



Roj: **SAP Z 680/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:680**

Id Cendoj: **50297370052019100340**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **17/04/2019**

Nº de Recurso: **1148/2018**

Nº de Resolución: **332/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm 000332/2019

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D.. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D.. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO (Ponente)

En Zaragoza, a diecisiete de abril de dos mil diecinueve.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Procedimiento Ordinario 0000757/2017 - 00, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0001148/2018, en los que aparece como parte *apelante*, GRUPAJES EUROPEOS, S.A., representada por la Procuradora de los tribunales, MARIA DEL PILAR MORELLON USON; y asistido por el Letrado VICTOR MANCERA DURAN; y como parte *apelada-impugnante*, MBANK SA representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. CELIA CEBRIAN ORGAZ y asistido por el Letrado Dº SALVADOR JAVIER MENDIETA GRANDE siendo el Magistrado-Ponente el Ilmo. SR ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 23 de julio de 2018, cuyo FALLO es del tenor literal: " Que desestimo la demanda presentada por D^a Pilar Morellón Usón, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de Grupajes Europeos SA frente a Mbank SA. Cada parte abonará las costas generadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de GRUPAJES EUROPEOS, SA; se interpuso contra la misma recurso de apelación.

Y dándose traslado a la parte contraria *se opuso al recurso e impugnó la Sentencia dictada*; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de marzo de 2019.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes procesales

Ejercitó la actora acción con fundamento en la responsabilidad extracontractual contra la demandada, entidad bancaria que actuó como proveedor de los servicios de pago en favor del beneficiario en el caso objeto de enjuiciamiento. La acción u omisión culpable la actora la centra en el hecho de que la demandada no comprobó en la transferencia SEPA la identidad entre el destinatario de la transferencia que la actora hacía constar en la misma y el verdadero titular de la cuenta de destino de la misma. Que, al no ser la persona designada sino otra, al parecer mediante el empleo por esta del fraude, ocasionó la pérdida de los fondos transferidos.

La demandada formuló la declinatoria de jurisdicción y mantuvo que la ley aplicable era la de la República de Polonia y que conforme a las normas de aplicación la competencia era de los tribunales polacos.

La declinatoria fue desestimada.

La demandada mantuvo en su contestación a la demanda que la ley aplicable al caso era la polaca, que no cometió un acto imprudente y que la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, excluía la responsabilidad del proveedor de servicios de pago que cumple una orden de pago atendiendo exclusivamente al indicador único, aunque existan datos adicionales como el destinatario de la transferencia.

La sentencia de la instancia desestimó la demanda.

La actora formuló recurso de apelación fundada en que:

-Existe una conducta negligente de la demandada, que no comprobó la identidad entre el destinatario de la transferencia SEPA y el beneficiario que constaba en la misma.

-Existe infracción del art. 44 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

-También se infringió la doctrina jurisprudencial de las audiencias que en supuestos similares imponían la responsabilidad a la entidad bancaria.

La parte demandada, por la vía de la impugnación de la sentencia, interesó se declarase la falta de competencia de los tribunales españoles en cuanto el lugar de producción del daño era Varsovia con el siguientes razonamientos: con arreglo al art. 7.2.2) del Reglamento (UE) no **1215/2012** del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la competencia para conocer de la causa era de los tribunales polacos.

Razones de lógica jurídica exigen el examen de la tacha de incompetencia realizada a los tribunales españoles, previamente al examen del fondo del litigio.

SEGUNDO. - Competencia judicial internacional para conocer de la causa

Formula la demandada, pese a ser absuelta en la instancia, una cuestión planteada oportunamente mediante la declinatoria de jurisdicción internacional y que el juez *a quo* desestimó.

A su juicio y en contra de lo argumentado por el juez *a quo*, el perjuicio en esta operación se produjo en Polonia y, por ello, eran los tribunales de la República de Polonia los competentes para conocer de la causa. Con fundamento en diversas sentencias del TJUE rechaza la demandada que la competencia pueda venir dada por tener el actor su residencia o el centro de intereses en España, así como la teoría de la ubicuidad y mantiene que el perjuicio se produjo en Polonia, pues fue cuando la transferencia llegó a su destino y se permitió disponer de los fondos al presunto "hacker" mediante su transferencia a una tercera cuenta cuando se produjo el perjuicio.

Así mantiene el Reglamento (UE) no **1215/2012** del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en su artículo 7.2) que:

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;

Estima la Sala que es perfectamente escindible espacialmente la actuación tachada de culposa y el daño, el propio Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"); así parece entenderlo al declarar en su artículo 4.1 que:



Artículo 4

Norma general

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país.

Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

Sentado lo anterior, estima la Sala que el perjuicio se materializa cuando el numerario sale de la cuenta del ordenante, no solo porque disminuye su patrimonio, sino porque, a pesar constar la orden con un número de identificación único, el destinatario o beneficiario que constaba en la misma no tenía esa cuenta abierta en la entidad de destino y, caso de estimarse la tesis de la actora, la entidad demandada debía haber rechazado la orden de pago, pues no consta siquiera que el beneficiario que constaba en la orden referida tuviera siquiera alguna cuenta en dicha entidad; de tal manera que, siempre en la tesis de la actora, el pago no debía de haber sido aceptado y, por tanto, el perjuicio se produjo en la cuenta del actor en España. Por tanto, dando por reproducidas el resto de las atinadas consideraciones vertidas por el juez *a quo* en sus autos de fecha 17 de enero y 6 de febrero de 2018, se estima que el daño se produjo en España, siendo esto un dato meramente fáctico que determina la competencia de los Tribunales españoles, con arreglo al indicado Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 y a la doctrina del TJUE referida en la sentencia apelada, que atiende como fuero competente tanto al lugar de producción del daño como al de la acción o hecho causal que originó dicho daño.

Por tanto, este motivo de impugnación ha de ser rechazado y, consecuentemente, ha de ser considerada la jurisdicción española competente para conocer de la causa.

TERCERO. - Ley aplicable. Existencia de responsabilidad.

Consideró la resolución recurrida que el perjuicio se había producido en España y que, por tanto, la ley aplicable era la española ex art. 4.1 del Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II").

Ha de partirse que es la normativa española la aplicable. El juez *a quo* considera que esta da el mismo tratamiento a la cuestión litigiosa que la ley polaca en cuanto la misma constituye también desarrollo de la Directiva comunitaria -Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE- la cual garantiza un tratamiento idéntico de la cuestión en ambos países. Concluye la sentencia de la instancia que la entidad prestadora de servicios de pago no responde de aquellos servicios de pago en los que el número de identificación único sea observado por el proveedor de servicios, sin que la existencia de otros datos adicionales suponga una responsabilidad añadida.

A tal conclusión la recurrente opone dos argumentos:

De una parte, existe una defectuosa aplicación, más bien inaplicación, del art. 44 de la Ley de servicios de pago y, consecuentemente, de la directiva en cuanto la exoneración de responsabilidad al que presta el servicio de pago lo es solo al proveedor del ordenante, no al del beneficiario, en cuanto este, a diferencia del proveedor de servicios del ordenante, sí puede comprobar y confirmar que el número de identificación único indicado coincide con el resto de los datos adicionales que el ordenante puede haberle señalado.

Amén de que se trata de una interpretación novedosa mantenida en sede de recurso y ajena a las manifestaciones anteriores de la actora en la demanda y en la audiencia previa, lo cierto es que recientemente el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, dictado para el desarrollo de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, da una nueva redacción, conforme al artículo 88 de la indicada Directiva de 2015, en su art. 59 al art. 44 de la ley aplicable al caso, en los siguientes términos:

**Artículo 59. Identificadores únicos incorrectos.**

1 Cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario especificado en dicho identificador.

2 Si el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago es incorrecto, el proveedor no será responsable, con arreglo al artículo 60, de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de la operación de pago.

No obstante, el proveedor de servicios de pago del ordenante se esforzará razonablemente por recuperar los fondos de la operación de pago. El proveedor de servicios de pago del beneficiario cooperará en estos esfuerzos también comunicando al proveedor de servicios de pago del ordenante toda la información pertinente para el cobro de los fondos.

En caso de que no sea posible recobrar los fondos con arreglo al párrafo primero, el proveedor de servicios de pago del ordenante facilitará al ordenante, previa solicitud por escrito, toda la información de que disponga que sea pertinente para que el ordenante interponga una reclamación legal a fin de recuperar los fondos.

De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor podrá cobrar gastos al usuario del servicio de pago por la recuperación de los fondos.

3 Cuando el usuario de servicios de pago facilitara información adicional a la requerida por su proveedor para la correcta iniciación o ejecución de las órdenes de pago, el proveedor de servicios de pago únicamente será responsable, a los efectos de su correcta realización, de la ejecución de operaciones de pago de acuerdo con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago.

La misma no distingue, como sí lo hace en el número 2 del art. 59, al exonerar de responsabilidad en el número 3 en caso de suministro de datos adicionales, a uno u otro proveedor.

Por tanto, la argumentación de la resolución recurrida, conserva todo su valor, incluso tras la interpretación auténtica que la última norma indicada establece, en cuanto supone una legislación adaptada a la nueva realidad tecnológica, pero que sigue limitando a la responsabilidad al error en el número de identificado único.

En segundo lugar, invoca doctrina jurisprudencial menor concretamente las SAP de Córdoba (Sección 1ª) nº 92/2015, de 23 de febrero y la SAP de Madrid (Sección 12) nº163/2015, de 23 de abril que realizan una interpretación distinta y más exigente para el proveedor de servicios de pago en supuestos similares.

Estima la Sala que ninguna de ellas responde en realidad al supuesto de hecho plasmado en la presente litis, esto es, una orden de pago realizada por el ordenante, aquí el actor, a su proveedor de pago para que realice una transferencia con el sistema SEPA y con un identificador único de la cuenta, añadiendo entre los datos de la transferencia la identidad del beneficiado de la orden de pago, una empresa del mismo grupo de cuya identidad no existe duda. El proveedor de servicios de pago del ordenante cumple con exactitud la orden atendiendo solo al identificador único de la cuenta de pago; el proveedor de servicios de pago del beneficiario también cumple la orden de pago sin comprobar la coincidencia entre el destinatario señalado mediante un dato adicional y el titular de la cuenta individualizada mediante el indicador único, bien por estar automatizado el sistema o por no exigirlo la ley nacional polaca en cumplimiento de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, pese a que el titular de la cuenta no es el beneficiario identificado en la orden.

En el supuesto contemplado por la AP de Córdoba - SAP de Córdoba (Sección 1ª) nº 92/2015, de 23 de febrero existe una transferencia, que, en vez de ser una operación neutra, acaba sirviendo, ciertamente el número de identificador único era correcto y no se aplicó al que resultaba como beneficiario de una transferencia, sino a un tercero. Pero, además, la propia entidad que actuaba como proveedor de servicios del beneficiario, que no era el verdadero titular de la cuenta, aplicó los fondos recibidos a compensar o satisfacer debito de este con la propia entidad bancaria que actuaba como proveedor de servicios del beneficiario. Dicha actuación fue considerada culpable y se le exigió responsabilidad a la entidad. En declaración de dicha resolución:

"no hizo una comprobación somera que hubiera bastado para advertir el error, o como mínimo que había algo que no era correcto, dada la discrepancia entre uno y otros datos (número de cuenta por un lado, y nombre y domicilio por otro); pero en vez de eso, seguramente **en su afán de cubrir las posiciones deudoras** que mantenía el destinatario aparente de la transferencia, no reparó en la incongruencia de las menciones reseñadas en la orden de transferencia, no realizó comprobación alguna al respecto y dispuso de los fondos, ya que no se limitó a ponerlos a disposición de la beneficiaria aparente, sino que se apresuró a aplicarlos en su propio interés.



En el supuesto contemplado por la AP de Madrid - SAP de Madrid (Sección 12ª) nº163/2015, de 23 de abril, también partiendo del alto estándar de diligencia exigible a la entidad bancaria estima que no basta con comprobar el número de identificación único, sino también los datos adicionales, si bien añade "pero además, el actor era ajeno a la cuenta en la que se abonó la transferencia por cuanto nunca llegó a firmar su aceptación como autorizado de la misma que había propuesto su titular Claudia, por lo que en modo alguno podía ser tenido como beneficiario de las transferencias realizadas".

En definitiva, en ambos casos la entidad realizó alguna actuación añadida más que el aplicar la orden de pago a la cuenta designada que dejó a la vista su falta de diligencia, siquiera leve, pero suficiente atendiendo a su calificación como "comerciante experto" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011).

Por tanto, la doctrina jurisprudencial invocada, por más que en modo alguno se rechaza, se matiza en el sentido de estimar que la actuación de la entidad prestadora de medios de pago, en ambos casos la del beneficiario, realizó alguna actuación más que la de mera transferencia de numerario, siendo su actuación en ambos casos no conforme con la máxima diligencia exigida a operadores de este tipo.

Por todas estas razones estima la Sala que la sentencia ha de ser confirmada en este extremo, con íntegra desestimación del recurso interpuesto por la actora.

En consecuencia, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

CUARTO. - Costas procesales

Las costas de esta alzada se rigen por los arts. 394 y 398 LEC, por lo que, dada la existencia de dudas de derecho tanto en cuanto a la competencia judicial internacional como a la correcta interpretación del derecho de la UE y nacional no se hace especial declaración sobre las costas de los recursos.

En virtud de lo expuesto

FALLO

La Sala acuerda desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por **GRUPAJES EUROPEOS S.A.** y el interpuesto por la vía de la impugnación de la sentencia por **MBANK S.A.** contra la sentencia de 23 de julio de 2018 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos. Las costas de los recursos no se impondrán a las recurrentes.

Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir dada la desestimación de los recursos.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.