

## **EL CLIENTE DE SERVICIOS DE PAGO: CONTRATACIÓN DE TARJETAS Y RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA DE PAGOS**

**María Rosa Llácer Matacás**

*Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona*

### **RESUMEN:**

La Propuesta de Directiva sobre medios de pago representa un avance en la unificación del régimen contractual de los medios de pago y de la responsabilidad derivada de este servicio. La contratación del servicio se somete a obligaciones de transparencia destinadas a proteger la clientela (no necesariamente consumidora pero sí necesitada de información adicional en consideración a la complejidad del servicio). La responsabilidad puede analizarse desde la perspectiva del cumplimiento del contrato marco de emisión y de las órdenes de pago, pero también como un daño patrimonial derivado de un servicio defectuoso que no puede controlar plenamente su uso fraudulento por terceros.

**Palabras clave:** Servicios de pago – tarjetas de crédito – clientela – consumidores – responsabilidad – uso fraudulento.

### **ABSTRACT:**

The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market will allow an improvement in harmonizing the legal framework for payments and the liability deriving from those services. The payment service contract must fulfill some rules established in order to ensure transparency of conditions and to protect customers (not necessary a consumer, but deserving additional information because the complexity of the service). We can analyze the liability with regard to compliance with the framework contract and payment orders, and with regard to the patrimonial damages caused by defective services, that are not able to avoid fraud.

**Key Words:** Payment services – credit cards – customers – consumers – liability – fraud.



## *El cliente de servicios de pago: contratación de tarjetas y responsabilidad en el sistema de pagos\**

### **I. LA UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE PAGO. APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE MEDIOS DE PAGO**

El régimen jurídico-privado de los servicios de pago y, en particular de las tarjetas de pago, se perfila en España como el resultado de una considerable doctrina jurisprudencial que, a falta de una regulación específica de la relación de los proveedores con la clientela en esta materia, aplica un conjunto de normas dispersas para resolver las cuestiones relativas a la contratación de estos medios de pago y a su funcionamiento.

Es evidente que la transposición de la futura Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior (Bruselas, 1.12.2005, COM (2005) 603 final; en adelante PDSP) se proyecta como un medio para armonizar, a nivel contractual, el régimen jurídico de la contratación de medios de pago y de la ejecución de las órdenes de pago. En buena medida plasma una serie de principios sentados en disposiciones europeas no vinculantes, de forma que, a las puertas del futuro progreso legislativo, resulta interesante revisar los criterios utilizados hasta el momento y su proyección futura.

Los servicios de pago designan un conjunto de actividades profesionales consistentes en ejecutar operaciones de pago o transferencias de fondos por cuenta de una persona física o jurídica (art. 2.1 PDSP), desarrolladas en el Anexo de la Propuesta. Estas actividades comerciales abarcan los servicios que vinculan un depósito y la retirada de efectivo, las ejecución de operaciones de pago a través de una cuenta de pago o con fondos cubiertos con una línea de crédito (débitos directos, pagos con tarjeta o dispositivos similares incluido el dinero electrónico, transferencias, órdenes permanentes), la emisión y/o adquisición de los instrumentos de pago, el envío de dinero y el pago a través de dispositivos de telecomunicaciones cuando el operador de la red o del sistema de comunicación a través de quien se realiza actúa únicamente como intermediario del usuario del servicio de pago. Los servicios de pago necesitan un sistema técnico de transferencia de fondos, regulado por disposiciones formales y normalizadas y dotado de normas comunes para el tratamiento, liquidación y/o compensación de operaciones de pago. En el pago mediante tarjeta, la orden se realiza a través de un instrumento de verificación de pagos (art. 43 PDSP).

La futura Directiva de medios de pago será un dispositivo complementario de la SEPA. El *Single Euro Payment Area* o zona única de pagos para el euro propiciará la adopción de un sistema interoperativo para los pagos mediante tarjetas de pago de uso común (SCF o SEPA Card Framework)<sup>1</sup>. El marco que regirá el pago con tarjeta, que se prevé definitivo para 2010, acabará con la distinción entre pagos nacionales y transfronterizos (así como la operativa fragmentada en marca nacional e internacional) y per-

---

\* Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto “*El consumidor y el cliente de servicios: su protección y la responsabilidad del prestador*”, concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-10554/JUR1).

<sup>1</sup> Véase EUROPEAN PAYMENT COUNCIL: *SEPA Cards Framework* (version 2.0, 8-3-2006, Doc cards-027/05). El sistema TARGET (*Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System*) ya ha permitido avanzar en la política monetaria única a través de la uniformización de los grandes pagos transfronterizos (sistema de liquidación bruta en tiempo real, sin compensación previa).

mitirá estandarizar un marco común para tarjetas de pago y los mecanismos de compensación y liquidación, de forma que cualquier tarjeta que cumpla con el marco SEPA será admitida en todo Estado Miembro. En este contexto, debe valorarse la voluntad de implantar estándares técnicos que mejoren la lucha contra el fraude (estándar EMV, “Europay, Mastercard, Visa”). La futura Directiva de medios de pago en el mercado interior, además de la armonización del régimen de establecimiento y autorización de las entidades de servicios de pago, persevera en la línea de asegurar un nivel alto de protección a los consumidores. Así se disponen los instrumentos de armonización máxima<sup>2</sup> del régimen de contratación de los medios de pago (requisitos de transparencia e información, obligaciones formales, contenidos mínimos) y de la ejecución de las órdenes de pago, sentando los parámetros para dirimir la responsabilidad derivada de la ejecución defectuosa o del uso fraudulento del instrumento. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a nuevo marco jurídico para los pagos en el mercado interior (Documento de consulta, COM/2003/0718 final) ya había incidido en la necesidad de aumentar la transparencia del mercado a través de una normativa comunitaria que permitiese codificar los requisitos de información en un único instrumento jurídico, los derechos y obligaciones de usuarios y proveedores y el régimen de responsabilidad derivado del uso de los medios de pago. El Cdo. 17 PDSP recoge este objetivo de armonización y transparencia en la contratación del servicio de pago, así como en la autorización y ejecución de la operación.

La Propuesta de Directiva aborda el régimen de contratación de los instrumentos de verificación de pagos, en particular de los contratos-marco en virtud de los cuales se emite un instrumento que permite ordenar pagos sucesivos, y regula la dinámica de la ejecución de estas órdenes. El art. 4.17 PDSP identifica como un instrumento de verificación de pagos a cualquier mecanismo o mecanismos personalizados y/o al conjunto de procedimientos empleados por el usuario de servicios de pago a fin de permitir al proveedor de servicios de pago autenticar una orden. Vamos a referirnos a los instrumentos que permiten retirar efectivo o bien ejecutar órdenes de pago sucesivas, en particular las tarjetas (de crédito, débito, de compra, recargables o prepago) teniendo presente que existen otros soportes o medios de canalizar las órdenes de pago a los que debe aplicarse el régimen de la Directiva (dinero electrónico o unidades firmadas electrónicamente y acumuladas en el disco duro del cliente –*e-wallet*- que permiten el ingreso en la cuenta del comerciante previa verificación de la entidad autorizante; pagos desde dispositivos móviles o electrónicos asociados a tarjetas -pago a través de móvil, PDA, Vía-T-).

El establecimiento de un régimen jurídico es particularmente deseable en España, dónde la regulación está absolutamente fragmentada, quedando los contratos sujetos a la legislación general, civil y mercantil, y de consumo. En particular, se hallan sometidos a la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y a la ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que habilita la detección de cláusulas abusivas que perjudiquen el necesario equilibrio que debe presidir todo contrato celebrado con consumidores. Si el contrato se celebra por medio de comunicaciones electrónicas, se aplica asimismo la ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y la reciente ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en adelante LCDSF<sup>3</sup>). La normativa secto-

---

<sup>2</sup> Cfr art. 78.1 PDSP: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1, el artículo 64 y el artículo 80, y en la medida en que la presente Directiva recoge disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o introducir disposiciones diferentes de las que en ella se establecen”.

<sup>3</sup> Asimismo se aplicará cuando corresponda, la ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (su ámbito de aplicación no cubre los contratos en que el consumidor reembolsa en un único plazo en un periodo

rial comprende algunas disposiciones que adolecen tanto de la fragmentación y del nivel normativo utilizado, como de la discutida virtualidad de las mismas en el sector estrictamente privado<sup>4</sup>. Asimismo, en un contexto tan falto de regulación específica, debe valorarse la fuerza práctica de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España o los Códigos de conducta o instrumentos de autorregulación comúnmente aceptados<sup>5</sup>.

Algunas recomendaciones de la Comisión europea, por su especificidad y proveniencia, constituyen un referente interpretativo e integrador de los clausulados, valorado y aplicado por la jurisprudencia y el propio sector. La Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 (87/598/CEE), sobre el Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico contempla las relaciones entre los participantes en el sistema de pagos, régimen que completó la Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 (88/59/CEE), relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas. La Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 (97/489/CE), relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos actualizó la perspectiva adaptándola a la evolución técnica.

## **II. EL CLIENTE FRENTE AL “SISTEMA DE PAGOS”. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN SERVICIO COMPLEJO Y NO TOTALMENTE SEGURO**

### **II.1. El usuario del sistema de pagos: cliente-titular de un medio de pago y consumidor**

El ámbito subjetivo de aplicación de la armonización supera la noción de consumidor. De hecho, plantea directamente la cuestión de la ampliación de la noción comunitaria de consumidor, a la vista de la proliferación de normas que protegen la contratación de productos o servicios complejos, independientemente de su destinatario, sobre las que se añade la protección específica de las normas de consumo si el destinatario reúne esta condición. Creemos que empieza a manifestarse una superación de la noción tradicional de consumidor, destinatario de bienes o servicios para uso privado, y que se está poniendo de manifiesto un substrato diferente, construido sobre la idea de la complejidad del proceso de contratación o del objeto del contrato.

---

que no supere los 3 meses o en 4 plazos que no rebasen los 12 meses) y la ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (dinero electrónico). Téngase en cuenta que los pagos transfronterizos en euros se someten al Reglamento 2560/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001 y, en lo no previsto, a la ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea.

4 Cfr Orden de 12-12-1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad; Orden PRE/1019/2003, de 24 abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; Circular del Banco de España 8/1990, de 7 septiembre, sobre Entidades de crédito y transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

5 Véase LÓPEZ JIMÉNEZ, José M<sup>a</sup>, “Las tarjetas bancarias”, *Diario La Ley*, núm. 6686, miércoles, 4 de abril de 2007. Téngase en cuenta el Código de Buena Conducta de la Banca Europea con respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta, por las Asociaciones del Sector Crediticio Europeo (14-11-1990, cfr *Memoria* del Banco de España de 1992).

Es llamativo constatar cómo los resultados de la Consulta de la Comisión Europea a los sectores interesados en un mercado único de los medios de pago vincularon la armonización del sector con los intereses de los consumidores<sup>6</sup>. Pero la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al nuevo marco jurídico para los pagos en el mercado interior (Documento de consulta COM/2003/0718 final) acogió la idea de cliente, más amplia, comprensiva de “otras personas, como minoristas y PYME, que utilizan servicios de pago”. Si bien pone énfasis en la protección del consumidor, establece un régimen general relativo a los requisitos de información que equilibre el contenido y volumen de información, “de modo que el usuario del servicio de pago pueda comprenderla y conocer sus derechos y obligaciones” y las salvaguardias legales en el caso de que el pago no se ejecute, lo sea de forma defectuosa o no autorizada. Esta perspectiva se vincula a la cuestión de la seguridad en el pago y del régimen de responsabilidad, así como a la prevención, investigación y lucha del fraude.

En la Propuesta de Directiva de medios de pago, la contraparte de la entidad de servicios de pago es el “usuario” (comprensivo del “ordenante” y el “beneficiario”), siendo el ordenante la persona física o jurídica que tenga derecho a disponer de fondos y permita su transferencia a un beneficiario (art. 4.4 PDPS). La propuesta de Directiva no protege tanto al consumidor cuanto al destinatario-usuario de un servicio complejo, sin perjuicio de rebajar el nivel de tutela legal cuando se considera que éste dispone de recursos suficientes. El Cdo. 22 PDSP puntualiza que el reparto de pérdidas en caso de operaciones de pago no autorizadas no se aplicará a los usuarios de servicios de pago que sean empresas cuyas dimensiones excedan las de una microempresa pues éstas, por lo general, se hallan en condiciones de evaluar el riesgo de fraude y adoptar las correspondientes disposiciones (cfr art. 51 PDSP). Por otra parte, el art. 2.1 PDSP establece que lo dispuesto en los Títulos III y IV (transparencia de las condiciones y derechos y obligaciones en la prestación y utilización de servicios de pago) no se aplicará a los servicios de pago cuando el importe de la operación sea superior a 50.000 €. Así pues, el beneficiario de la transparencia y la reglamentación de las operaciones de pago y del régimen de responsabilidad es el usuario, independientemente de su condición de consumidor, y los parámetros de la tutela legal se sitúan en la cuantía de la operación y las dimensiones de la empresa.

En esta línea, cabe señalar también la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>7</sup>. De nuevo, una disposición que pretende integrar el mercado único contiene disposiciones que favorecen la información general destinada a garantizar la calidad del servicio. De acuerdo con el objeto de la disposición (servicios remunerados prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro), no se tratan de disposiciones específicas o sectoriales. Deberán adaptarse pues a los requerimientos sectoria-

---

6 Resultados de la consulta en: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/payments/framework/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/payments/framework/index_en.htm). La respuesta al objetivo 2 (Aumentar la transparencia del mercado para los proveedores y los usuarios) revela la buena acogida de la normalización, o codificación de los requisitos en materia de información en un único instrumento jurídico pues “comportaría los mayores beneficios económicos debido a la simplificación y la seguridad jurídica que haría posibles” (véase Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa - Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2002/65/CE {SEC(2005) 1535} / COM/2005/0603 final - COD 2005/0245 ).

7 Téngase en cuenta que el art. 2.2.b de la Directiva 2006/123/CE excluye los servicios financieros de su ámbito de aplicación, si bien el argumento sigue siendo útil para suscribir esta tendencia a dispensar una tutela jurídica por razón del servicio. La Directiva beneficia tangencialmente a los consumidores (Cdo 4 y art. 22) pero es una norma con un calado mucho más amplio.

les y, asimismo, respetar las obligaciones propias de una relación de consumo, de acuerdo con la legislación aplicable (cfr art. 22.5 Directiva 2006/123/CE).

A medida que los servicios y las técnicas de comunicación ganan complejidad, se va produciendo una ampliación del ámbito subjetivo de tutela legal hacia las personas (físicas o jurídicas) que carecen de la formación necesaria para contratar (valorar, comparar...) de manera informada. Esta extensión no obedece a una clara voluntad de modificar el concepto de consumidor<sup>8</sup> sino de afrontar la regulación de nuevas manifestaciones sociales o económicas (usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, de servicios financieros, de medios de pago) dónde los clientes requieren unos niveles de información y de tutela adecuados<sup>9</sup>. Debería existir una orientación más clara o al menos concienciada de esta evolución para evitar la confusión propia de una acumulación de disposiciones. Así lo ha detectado el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre *Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior*, inclinándose por evitar un exceso de formalidades en lo que respecta a las obligaciones de información<sup>10</sup>.

## II.2. Notas para una configuración de la responsabilidad derivada del funcionamiento del sistema

La ejecución de una orden de pago demanda el buen funcionamiento global y los daños económicos derivados de la utilización del sistema por personas no autorizadas pueden originarse en diversos puntos del mismo.

El sistema electrónico de pagos, en el cual se inserta el uso del instrumento-tarjeta, cuenta con múltiples participantes: las entidades propietarias de la marca, que la explotan a través de franquicias concedidas a entidades financieras que emiten los medios de pago; las mencionadas entidades emisoras (operando de forma individual o agrupada); los establecimientos adheridos al sistema a través de una entidad aceptante y el titular del medio de pago, que contrata y utiliza la tarjeta para realizar pagos. Así, el sistema descansa sobre un substrato contractual complejo. El contrato de emisión, celebrado entre la entidad y el titular de la tarjeta, presupone un contrato de franquicia (entre la entidad financiera y la propietaria de la marca) la intervención de una sociedad gestora del sistema y, lógicamente los contratos de adhesión, entre una entidad y el establecimiento afiliado, que aceptará las tarjetas emitidas por una entidad o bajo la licencia de una marca. Finalmente, la orden de pago efectuada por el titular de la tarjeta a través del terminal del comerciante afiliado habilita el cumplimiento del contrato de adquisición de bienes o ser-

---

8 Sí existe una aclaración expresa en el art. 4.3 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, que protege a los consumidores, *incluidos los inversores*.

9 Sobre esta evolución, véase GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores y LLÁCER MATAACÁS, María Rosa, "La homogenización de la contratación en masa en el mercado interior: la Directiva 2002/65/CE y su contribución a la codificación del Derecho Contractual Europeo": *Contribución al Libro Verde sobre la política de los servicios financieros de la UE* (2005), [forum.europa.eu.int/.../financiacional\\_servicios\\_financial\\_2005-2010/universite\\_matacasgramun\\_1/ES\\_1.0\\_&a=d](http://forum.europa.eu.int/.../financiacional_servicios_financial_2005-2010/universite_matacasgramun_1/ES_1.0_&a=d); y LLÁCER MATAACÁS, María Rosa, *Respuesta al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo* (Bruselas, 08.02.2007 COM (2006) 744 final). Asimismo, Barral Viñals, I.: "Del consumidor-destinatari final al consumidor-no expert en la contractació en massa", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2006.

10 Indica el párrafo 4.4.1. del Dictamen: "el usuario privado de la SEPA necesita información distinta de la del vendedor que se sirve de aquélla. El hecho de que la Comisión prevea unos requisitos distintos en materia de transparencia en circunstancias similares resulta asimismo equívoco y costoso. En este caso cabe remitirse, en particular, a los requisitos en materia de transparencia de la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros" (COM (2005) 603 final — 2005/0245 (COD)).

vicios. Existe una vinculación entre todos los participantes en el sistema, que garantiza la ejecución de la orden de pago y que todo contrato de emisión o adhesión presupone.

Debemos valorar este fenómeno de conexión funcional que caracteriza el funcionamiento del sistema, resultante de la conjunción de varios contratos independientes. No es indiferente para determinar el régimen de la responsabilidad derivado del uso del instrumento de pago, su asunción por la entidad emisora o su propagación a otras entidades ajenas a la estricta relación contractual que vincula al cliente y al emisor<sup>11</sup>. El Cdo. 21 PDSP advierte que, en los casos que no consistan en pérdida o robo del instrumento de verificación de pagos (pensemos también en clonación), el usuario no debe sufrir perjuicios derivados de estos incidentes, mientras que el Cdo. 30 PDSP destaca la importancia de la confianza en el funcionamiento del sistema y la posición del proveedor, eslabón visible frente al consumidor a la par que parte contractual<sup>12</sup>. La capacidad de control se traduce jurídicamente en diligencia y responsabilidad. La consecuencia de esta premisa consiste en hacer “al proveedor de servicios de pago estrictamente responsable de la ejecución de las operaciones de pago que acepte del usuario”.

El análisis puede aplicarse a la perspectiva contractual (cumplimiento del contrato de emisión, entrega del instrumento, correcta ejecución de una orden, mantenimiento de fondos que permitan el cargo) y, sobre todo, desde la perspectiva de los daños infligidos por la intervención fraudulenta de un tercero. Estos daños resultan del funcionamiento anómalo del sistema, vulnerable a su propia utilización indeseada y causan un perjuicio cuyo riesgo debe repercutir en el patrimonio de los participantes<sup>13</sup>: empieza a percibirse que la solución no puede medirse sólo con criterios de imputabilidad y que para determinar el patrimonio responsable deberán tenerse en cuenta muchos factores. En algunos casos se constata que el proveedor, el titular de la tarjeta o el aceptante no han cumplido las obligaciones establecidas en el contrato marco (custodia, seguridad...), infracción que contribuye al cargo fraudulento. Pero otras veces es francamente difícil atribuir una negligencia. En cualquier caso, habiendo un perjuicio derivado de una vulnerabilidad que no sea imputable al cliente, no hay duda de que nos hallamos ante un daño resarcible (art. 2.1.c y 25 LCU). Sin el propósito de ahondar en la cuestión de la responsabilidad derivada de la utilización de servicios, cuyas múltiples facetas conforman un panorama de difícil sistematización<sup>14</sup>, apuntaremos algunas notas que permiten ordenar la jurisprudencia vertida sobre el funcionamiento de los medios de pago, en particular las tarjetas, y señalar los princi-

---

11 Véase SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *El sistema de tarjeta de crédito*, Comares, Granada, 2006, p. 16. MARINO LÓPEZ, Andrés, *Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 69 y 72.

12 Cdo 30 PDSP: “el funcionamiento eficaz y satisfactorio de los servicios de pago es imprescindible que el usuario pueda confiar en que el proveedor de servicios de pago ejecute la operación correctamente y en el plazo acordado. Ahora bien, desde un punto de vista formal, poco hay que pueda impedirlo. En primer lugar, el proveedor se halla en condiciones de evaluar los riesgos de la operación de pago que ha aceptado para su ejecución. En segundo, es él quien provee el sistema de pago, toma disposiciones a fin de revocar los fondos asignados erróneamente y, en la mayoría de los casos, decide qué intermediarios intervienen en la ejecución de una operación. En tercero, el gran número de operaciones de pago efectuadas le permite mutualizar más fácilmente el riesgo de error o fallo de funcionamiento del sistema de pago y reflejarlo en sus tarifas”.

13 Idea que apuntaba DE COSSÍO, A: “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho español”, *ADC*, T. II, 1966, pp. 527-528.

14 Incluso es fragmentario el impulso comunitario de la cuestión. Se ha priorizado el régimen de los daños personales (salud, seguridad física) resultantes de determinados servicios generadores de riesgo (turismo, deportes, ocio), apartando de momento otros servicios como los financieros, cuya vertiente contractual o comercial es más acusada y no provocan daños personales: véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores (6.6.2003 COM(2003) 313 final) y la Resolución del Consejo de 1 de diciembre de 2003 sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores.

pios que rigen la responsabilidad de los participantes en el mismo, en particular el emisor del instrumento de pago.

Desde la perspectiva de la infracción contractual, en el contexto de un sistema formado por una red o conexión de contratos dirigidos a habilitar un servicio de pago, hay elementos para sostener matizaciones en el principio de relatividad y en la responsabilidad por los fallos ocurridos en una de las fases de su funcionamiento. En este sentido, cabe señalar la legitimación de la entidad emisora (contraparte contractual) y la solidaridad con los participantes en el sistema, en particular la entidad propietaria de la marca<sup>15</sup>. Habida cuenta que el sistema de responsabilidad establecido por los art. 25 ss LCU (aparentemente pensados para la extracontractual) es apto para vehicular reclamaciones por daños contractuales<sup>16</sup>, el cliente bancario puede ordenar sus pretensiones en función del tipo de perjuicio sufrido y de los recursos dispuestos por cada uno de los regímenes<sup>17</sup>. Desde el punto de vista contractual, la “conformidad” en el contexto de un servicio de resultado consiste en el cumplimiento exacto de la prestación debida que encaja en el régimen general (art. 1124 y art. 8 LCU)<sup>18</sup>. La diligencia (perita) del prestador contribuye a integrar la propia prestación y su falta define el incumplimiento y, si ésta es imputable, determina la responsabilidad<sup>19</sup>. La inexecución de una orden de pago, el impago de las órdenes por fallos de los medios electrónicos o la tramitación equivocada de una orden inexistente (también el ordenante que no atiende los cargos, el pago de comisiones o que niega los cargos que efectivamente ha realizado) son conductas reconducibles al incumplimiento contractual. La responsabilidad se objetiviza en la medida que el proveedor perito tendrá que demostrar su proceder diligente o la negligencia del cliente (art. 26 LCU, art. 1101 CC)<sup>20</sup>. Esta asunción del buen fin de una prestación resultante de la colaboración de diversos profesionales por parte del que contrata con un consumidor, sin perjuicio del derecho de repetición, resulta claramente del art. L. 121-20-3 del Código de consumo francés, que regula este fenómeno en las ventas a distancia<sup>21</sup>. La entidad financiera proporciona el servicio y el acceso al sis-

15 Asimismo, una limitada propagación de la ineficacia contractual. La ley no admite que el titular de la tarjeta promueva la ineficacia de la orden de pago, derivada del incumplimiento del establecimiento o proveedor cuya prestación se ha satisfecho con aquélla. No obstante, el art. 46 LOCM sí permite bloquear la orden de pago derivada de la nulidad (no autorización o falta de consentimiento) de la orden de pago en las transacciones a distancia.

16 MARTIN CASALS, Miquel y SOLÉ FELUI, Josep, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *Derecho privado de consumo* (dir. María José Reyes López), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 203.

17 Véase una aplicación ambivalente de la objetivización de la responsabilidad (en la concreta ejecución de una orden –p.e. el titular no consigue extraer efectivo del cajero-, o en los daños por uso fraudulento del sistema por terceros ajenos a él –clonación de tarjetas-) en SÁNCHEZ GÓMEZ, op. cit., p. 107.

18 Resultado no físico, aunque perfectamente identificable tal como reflejaba el art. 1588.2 del Proyecto de Ley 121/000043 por la que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra (BOCG-Congreso, de 12-4-1994, V legislatura): “Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes”.

19 Sobre la función integradora de la diligencia, como elemento configurador de la prestación-actividad y diferenciado de la imputabilidad derivada de la infracción culposa de la diligencia (de la que deriva la indemnización de los daños y perjuicios, art. 1101 CC), véase BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 508-510.

20 Sobre una tendencia a la objetivización de la responsabilidad en las relaciones de consumo, en el contexto de la conformidad de los bienes de consumo, me remito a mi trabajo: “La garantía en les vendes de béns de consum”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. IV, 2005, p. 80.

21 Introducido por la ley n° 2004-575 de 21 de junio de 2004, *pour la confiance dans l'économie numérique*: “Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure”.

tema de pagos, contrata y conecta al cliente con el servicio. Debe asumir el riesgo técnico, cuando la orden no transcurre de conformidad con las expectativas descritas en el contrato ya que compromete a proporcionar un servicio fiable, con independencia de los intervinientes en el sistema<sup>22</sup>

No obstante, si la posición del cliente quiere reforzarse también debe considerarse viable la acción directa o una responsabilidad solidaria que implique a los demás participantes en el sistema. La propagación de efectos propia de los contratos vinculados o conexos podría contribuir a la misma, más allá de la intermediación de la entidad emisora que propone un contrato que hace referencia al funcionamiento general del sistema<sup>23</sup>. El art. 27.1.a LCU establece una regla de responsabilidad solidaria entre todos los participantes en la comercialización basada en la idoneidad del mismo, de acuerdo con su naturaleza e identidad<sup>24</sup>. De esta forma cabe implicar a la entidad franquiciadora de la marca del instrumento de pago que, además, crea una apariencia de vinculación con el titular ya sea directamente, ya a través de la entidad emisora. Si la utilización ilegítima de la tarjeta se ha producido por defectos del sistema, el consumidor-titular de la misma podrá reclamar solidariamente contra la entidad emisora y la propietaria de la marca<sup>25</sup>.

Desde la perspectiva de los daños causados por el uso fraudulento del sistema por un tercero, cabe recordar que los daños derivados de la prestación de servicios defectuosos deben indemnizarse al consumidor (art. 25 LCU). La noción y el régimen del servicio defectuoso deben buscarse en los arts. 25 y ss. LCU<sup>26</sup> y en la extensión del defecto de seguridad de los productos a los servicios (art. 3 ley 22/1994, sobre responsabilidad causada por productos defectuosos). En definitiva, los servicios también deben proporcionar una expectativa de seguridad, unos parámetros de funcionamiento objetivamente aceptables y propios de su naturaleza o categoría. Y desde la perspectiva en que nos situamos, la expectativa de seguridad deviene un criterio de imputación de los daños producidos por incidentes inesperados por los usuarios de un sistema de pagos que, precisamente, se presenta como seguro. El régimen se completaría con el establecimiento de un régimen de solidaridad al concurrir varios responsables o en caso de acuerdos de franquicia. Esta aproximación a los planteamientos de la ley 22/1994, sobre responsabilidad

---

22 Véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, "Tarjetas de crédito y tutela de consumo", *RDBB*, abril-junio 2005, núm. 98, p. 110: "el cliente y titular de una tarjeta confía en que su utilización inicie un procedimiento fiable y seguro, con independencia de que en él participen establecimientos comerciales y entidades emisoras, integradas en un mismo sistema caracterizado por su complejidad tecnológica. De ahí que cualquier anomalía que determine un perjuicio para el consumidor motivado por un mal funcionamiento del sistema determinará una responsabilidad propia de la entidad emisora, sin que deba admitirse la limitación o exoneración de esa responsabilidad por la vía de las condiciones generales aplicables".

23 Véase LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1994, p. 273. La autora destaca la idea de vinculación funcional entre varios contratos, de finalidad global, que justifica una propagación de efectos o una ampliación de la legitimación pasiva a efectos de responsabilidad y pone de relieve el art. 27 LCU. El art. 2.1 *in fine* PDSP señala: "A efectos de la presente Directiva, por operación de pago se entiende la acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, de depositar, retirar o transferir fondos de un ordenante a un beneficiario, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre los usuarios de servicios de pago".

24 Propone una solidaridad basada en la participación conjunta SÁNCHEZ GÓMEZ, op. cit., p. 109.

25 Véase MARIÑO LÓPEZ, op. cit., pp. 71 y 384.

26 Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro ordenamiento", *Estudios sobre Consumo*, núm. 34, 1995, p. 125; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 73. Para una noción del "defecto de seguridad del servicio" véase PASQUAU LIAÑO, M.: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios", en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos* (dir. A. Orti Vallejo), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág 79 y ss.; en particular pág. 83.

causada por productos defectuosos no culminó con una Directiva paralela a la 85/374, de forma que no existe una aproximación general a los daños producidos por servicios defectuosos, sino diversos regímenes aplicables a servicios concretos<sup>27</sup>.

Desde la perspectiva de la ley 26/1984, cabe destacar una tendencia a la objetivización de la responsabilidad por los daños causados por servicios defectuosos, derivada de las características del sistema de servicios de pago. Los daños derivados de la prestación de servicios deben indemnizarse al consumidor, a menos que concurra su culpa exclusiva (art. 25 LCU), por quien presta o suministra el servicio a menos que éste pueda acreditar que ha cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio o actividad (art. 26 LCU)<sup>28</sup>. El régimen de responsabilidad por culpa queda fuertemente matizado en nuestro caso no sólo por su presunción y la carga de demostrar el empleo de la diligencia necesaria para evitar el daño, sino significativamente, por la evidencia de que el sistema de pagos sólo puede ofrecer una seguridad razonable. De ahí el difícil margen de maniobra de la entidad financiera cuando no existe culpa del cliente y el resultado de una responsabilidad quasi objetiva, matizada por un reparto equitativo del riesgo que la futura Directiva sobre medios de pago vehiculará hacia normas nacionales obligatorias. En cambio, desde la perspectiva de una obligación de seguridad general de los servicios, esta cuestión deviene secundaria.

Desde esta premisa, la asunción de los riesgos derivados del sistema no debe recaer sobre la parte más débil cuando, sin negligencia por su parte, se producen pérdidas que alguno de los participantes en el sistema deberá asumir<sup>29</sup>. La jurisprudencia ha puesto de relieve la legitimación de la entidad para responder del servicio de pagos de forma integral, es decir, asumiendo el daño derivado del servicio sin perjuicio de la repetición contra el participante responsable material del fallo. En definitiva, no cabe utilizar unas relaciones jurídicas que no trascienden a la clientela para eludir los perjuicios generados por el propio sistema. En este sentido, cabe citar el art. 4:202 de los *Principles of European Tort Law*, que hace responsable al empresario de todo daño causado por un defecto habido en la actividad de la empresa y define como el defecto como toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios<sup>30</sup>. La empresa, entendida como una coordinación de trabajo o recursos, colocará en el mercado unos servicios con unos *standards* de funcionamiento normal, expectativas definidas en relación al funcionamiento de los sistemas parecidos que operan en el mercado y sobre la base de los compromisos asumidos por el prestador de llevar a buen fin la operación o servicio. Estos parámetros pueden

---

27 Véase GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, en AA.VV., *Responsabilidad civil extracontractual*, Praxis Civil, Wolters-Kluwer, Barcelona, 1997, p. 202; PARRA LUCAN, María Angeles, "La propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios", *Estudios sobre Consumo*, núm. 21, 1991, pp. 11-2 y 18. La autora destaca que la propuesta modificó el planteamiento del Anteproyecto de 1989 que establecía un sistema de responsabilidad objetiva matizada basada en el carácter defectuoso del servicio, mientras que la malograda Propuesta de 1990 (cfr. DOCE C 12/8 de 18-1-1991) proyectaba una responsabilidad por culpa del prestador de servicios, sin perjuicio de la inversión de la carga de la prueba. En efecto, el art. 1.1 de la Propuesta establece la responsabilidad del prestador por el daño causado por su culpa en el marco de la prestación del servicio; y el art. 1.3 la obligación de garantizar en condiciones normales y razonablemente previsibles, la seguridad que cabe esperar legítimamente.

28 Véase GRAMUNT FOMBUENA, op. cit., pp. 202-2002. Destaca la evolución y aplicabilidad del art. 25 LCU a los servicios y a los productos defectuosos en el marco de la prestación de un servicio, BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Comentario al art. 25, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2005, p. 694.

29 Así, SAP Tarragona núm. 20/2004, de 27 diciembre (AC 2005\197).

30 Véase WIDMER, P., Comentario al art. 4:202, "Bases of liability", en *EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer Wien New York, 2005, pp. 97-98.

definir un mal funcionamiento y una responsabilidad que difumina los referentes contractuales o extracontractuales pues el proveedor responde por ser contraparte contractual (de hecho sustentará que la orden procedió del legitimado para formularla) pero asume las disfunciones del sistema desde una perspectiva más global (el cliente sin duda alegrará un daño patrimonial derivado de una vulnerabilidad del sistema).

La responsabilidad solidaria surgida de la participación en el daño confiere legitimación pasiva a la propietaria de la marca franquiciada o la entidad aceptante del comerciante. Esta situación no debe agotar sus consecuencias jurídicas en perjuicio del ordenante, repercutiendo sobre él los cargos resultantes del mal funcionamiento del sistema. Al contrario, tal como indica la SAP de Baleares núm. 160/2006, de 6 de abril (JUR 2006\144281) se da una concatenación de gestiones de las que debe responder frente al cliente, a quien se ofrece el referido servicio en correctas condiciones de uso<sup>31</sup>. Así, la entidad no sólo es la contraparte contractual, sino que ofrece y comercializa un sistema con unas características de funcionamiento que constituyen el objeto de contrato, identifican su cumplimiento y definen la conformidad del mismo<sup>32</sup>. El sistema sustenta un producto —un servicio complejo— cuyo funcionamiento conjunto se ofrece al mercado de forma no fragmentada, aunque el acceso al servicio se obtenga a través del contrato de emisión de la tarjeta y la orden de pago tenga un destinatario concreto. El contrato de emisión presupone la existencia del sistema y toda una serie de utilidades (así, la retirada de efectivo en cajeros automáticos), a la par que se vincula con otros productos propiamente bancarios o crediticios (así, la concesión de crédito asociada a la tarjeta). De ahí que la entidad deba responsabilizarse del buen fin del mismo, “independientemente del entramado de relaciones jurídicas que subyace en el contrato de tarjeta”, de forma que el cliente puede reclamar frente a su contraparte sin traer al proceso a los demás implicados en el funcionamiento de la tarjeta y sin perjuicio de las acciones de la entidad contra los mismos o de su participación en el proceso (SAP de Castellón núm. 402/2004, de 30 de diciembre, AC 2005\24)<sup>33</sup>. No obstante, el cliente queda inmune a esta concurrencia cuando media entre los profesionales participantes en el sistema. Así, la SAP de Castellón núm. 71/2000, de 12 de febrero (AC 2000\753), distribuye la responsabilidad sobre la entidad financiera y la propietaria de la marca en 1/3, respec-

---

31 Al valorar que Banco no acredita la entrega de la tarjeta al titular de la cuenta, indica: “de cualquier mal uso de esa tarjeta es responsable la entidad bancaria porque su obligación es la de cuidar en cuanto de ella dependa que solo los legítimos propietarios de sus fondos puedan manejar sus circuitos dispositivos; su exoneración ante una extracción irregular o indebida habría de basarse en la prueba de que utilizó todos los medios a su alcance para el correcto funcionamiento del mecanismo concatenado fondos-cajero-tarjeta de crédito-titular de los fondos, y esa prueba, le incumbía a ella por ser la creadora del referido mecanismo”.

32 Destacan la existencia y relevancia del sistema las SAP de Castellón núm. 71/2000, de 12 febrero (AC 2000\753), SAP de Baleares núm. 497/2003, de 17 de noviembre (AC 2004\431), SAP de Baleares núm. 154/2003, de 20 marzo (JUR 2003\199769).

33 Véase una descripción del funcionamiento del sistema y su consecuencia procesal en la SAP de Castellón núm. 494/1998, de 26 de octubre (AC 1998\2131): “El cliente, al menos en la práctica que se ha impuesto en la actualidad, tendría relaciones contractuales únicamente con el banco emisor de la tarjeta, mientras que los establecimientos suministradores de bienes y servicios que admiten el pago mediante tarjeta (es decir, están afiliados a un sistema de tales características) son quienes entablan relaciones con la entidad franquiciada-propietaria de la marca, a través de contratos de afiliación; por su parte, el banco se obliga, frente a dicha entidad franquiciada propietaria de la marca, a abonarle los cargos que le presente, con un descuento; y finalmente, el banco se los cargará al cliente a quien le había suministrado la tarjeta de crédito, anotándose en su cuenta corriente, cerrándose de esta manera el círculo. El hecho de que se hayan producido errores o anomalías en la cadena (sustracciones de tarjeta, incumplimiento de las obligaciones de los comercios al comprobar la identidad del usuario, etc.) que deriven finalmente en un cargo en la cuenta del cliente, como así ha sucedido en el presente caso, no puede llevar a obligar a dicho cliente a empezar a demandar a cada uno de los integrantes de la cadena”.

tivamente, sin perjuicio de sus propias acciones frente a los comerciantes adheridos al sistema. Razona que aparentemente las relaciones contractuales se reducen a las existentes entre el comerciante adherido y el sistema o entre el sistema y el banco emisor, pero añade que deben responder frente al perjudicado por los fallos de la seguridad del sistema que sin duda controla hasta el punto de disponer de la facilidad probatoria y de soportar la inversión de la carga de la prueba el reparto de responsabilidad<sup>34</sup>.

La distribución de responsabilidades también se justifica desde el punto de vista de un análisis económico del derecho: la confianza es la base del sistema financiero y un activo que preservan los proveedores y buscan o exigen los clientes al contratar y utilizar un sistema como el examinado, que compensa los riesgos con la ventaja de la comodidad y agilidad. En este sentido, la SAP de Tarragona núm. 20/2004, de 27 de diciembre (AC 2005\197) destaca que: “a la entidad bancaria le corresponde, desde una óptica de la teoría económica del derecho, asumir los riesgos que conlleva la tarjeta en sí porque ella se lleva los beneficios (comisiones de uso, mantenimiento, recargos, intereses, reducción de volumen de trabajo a su personal, fidelización de la clientela, etc.; por todo ello las potencian); entre estos riesgos están las fugas de seguridad”. Y para tal fin la responsabilidad corresponde al banco emisor de la tarjeta “quien necesariamente deberá responder, en su integridad, de las consecuencias dañosas producidas, con independencia de que el cajero integrado en la red sea propiedad de otra entidad bancaria, circunstancia ésta irrelevante para el usuario (...) debemos concluir que la responsabilidad inmanente a la emisión y uso de tarjetas de crédito corresponde a las propias entidades emisoras de dichas tarjetas (ya que fomentan el uso de un sistema más arriesgado que otros con más garantías pero menos ágiles, como los efectos de comercio) y sólo en el caso en que el titular de la misma incurriese en algún supuesto de falta de diligencia, debería ser responsable”<sup>35</sup>. Se trata de un sistema perfectible cuyas ventajas superan sus riesgos y puesto en el mercado a sabiendas de tal realidad. La confianza en el sistema es inseparable del riesgo razonable y, de ahí, la necesidad de un reparto del riesgo<sup>36</sup>. En realidad, la responsabilidad por los daños derivados del uso fraudulento del sistema de pagos pone de relieve una complejidad, propia de nuestro siglo, que repercute en las categorías jurídicas: es cierto que el proveedor crea un riesgo y arrastra a los profesionales participantes en el sistema, pero la responsabilidad derivada de los daños causados descansa en numerosos factores: los estándares de seguridad técnica aplicados por la industria, los estándares técnicamente posibles pero no económicamente inviables o no rentables (estándares que utilicen criptografía asimétrica, biometría), la decisión política de impulsar recursos que garanticen la seguridad y que prolonguen la situación de riesgo creado y asumible (e-DNI), la participación de las víctimas del daño en su causación.<sup>37</sup>

---

34 Concluye: “En definitiva, y sin perjuicio de los avances técnicos y legales (ejemplo, la reciente ley de firma electrónica), es obvio que el «sistema» tiene fallos de seguridad, y el riesgo de fallidos, se asume en razón y/o proporción a la respectiva responsabilidad, implicando al cliente solamente cuando se demuestre por Bancos y Cámara que ha incurrido en negligencia grave o dolo, o asumiendo el Banco y la Cámara -el sistema-, el fallo producido”.

35 Véase asimismo la SAP de Valencia núm. 200/2006, de 17 de mayo (AC 2006\1647)..

36 Véase LÓPEZ JIMÉNEZ, “Las tarjetas bancarias”, Diario La Ley cit.: “Se trata de una regla que en tanto no se perfeccionen los sistemas de seguridad basados en la firma digital y el cifrado de información, desplazan los riesgos inherentes al comercio electrónico a la parte más fuerte de las que están en liza, proporcionando una solución, siquiera sea transitoria, a un área, cual es la del comercio electrónico, definida por la inmediatez y celeridad, que no puede esperar a regulaciones jurídicas exhaustivas ni a remedios técnicos más o menos infalibles”.

37 Véase GÓMEZ POMAR, Fernando, “La salud del derecho de daños en España”, *InDret*, WP núm. 136, abril de 2003, p. 11.

### III. EL CONTRATO MARCO DE EMISIÓN DE TARJETA: TRANSPARENCIA Y RESPONSABILIDAD VINCULADA A LA CONTRATACIÓN

#### III.1. El contrato marco de emisión de tarjeta

En derecho español, el contrato de emisión de tarjeta continúa siendo atípico, próximo al de comisión, arrendamiento de servicios y, eventualmente, de crédito<sup>38</sup>. Sometido a la disciplina general civil y a la ley de condiciones generales de la contratación, su régimen se integra e interpreta a la luz de normas disciplinarias y de disposiciones no vinculantes o de resoluciones jurisprudenciales. Se trata de un negocio personalísimo<sup>39</sup> y oneroso (normalmente generan comisiones; aún resultando gratuita para el cliente, la entidad percibe un beneficio directamente derivado de su uso, en forma de comisión aplicada al comerciante). El contrato se somete a las normas de protección de la clientela derivadas de la normativa de consumo y de las disposiciones sectoriales; sin perjuicio de que se contrate a distancia, en cuyo caso se aplica la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico<sup>40</sup>. La Propuesta de Directiva no regula enteramente la celebración del contrato marco: sólo dispone las condiciones de transparencia en tutela de la clientela (sin especificar su obligatoriedad cuando sea un consumidor) por razón de la complejidad del servicio<sup>41</sup>.

La Propuesta aborda el régimen de transparencia de las condiciones de los servicios de pago en los contratos marco, tras hacer lo propio en relación con las operaciones de pago únicas. Entiende por contrato marco los acuerdos de servicios de pago caracterizados por comprometer a un proveedor de servicios de pago a ejecutar, en el futuro, una serie de operaciones de pago sucesivas o individuales a instancias del ordenante siempre y cuando se cumplan las condiciones acordadas. Dicho acuerdo podrá recoger las obligaciones y condiciones que deben cumplirse para abrir una cuenta de pago (art. 29 PDSP). Recogiendo el testigo de la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997, la Propuesta articula las condiciones de transparencia sobre las distintas fases contractuales. Cabe diferenciar entre la información general relativa al contrato marco y la información relativa a la operación de pago realizada al amparo del mismo. La primera se sitúa en dos fases: la información precontractual o general (art. 30 PDSP) y la infor-

---

38 Véase la SJPI de Cantabria, Santander, de 15 de noviembre de 2003 (AC 2003\1915).

39 Véase la SAP de Asturias núm. 124/2002, de 18 de marzo (AC 2002\604), que resuelve sobre la utilización fraudulenta de una tarjeta de crédito tras el fallecimiento de su titular, que se comunicó inmediatamente a la entidad bancaria y declara la obligación del banco de reintegrar las cantidades que salieron indebidamente de la cuenta.

40 En cualquier caso, la existencia de contrato es previa a toda responsabilidad. Así resultó en el caso contemplado por la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 290/2005, de 3 de junio (JUR 2005\194159). El demandado no sólo negaba haber ordenado los cargos sino también ser el titular de esa tarjeta por no haberla solicitado ni aceptado. La sentencia considera que, “negada la realidad de la firma por el demandado, la prueba de la relación contractual recae sobre la entidad bancaria”.

41 Para una crítica del solapamiento de disposiciones resultantes: LLÁCER MATACÁS, María Rosa, GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, “La normalización de los contratos hipotecarios y la armonización europea del derecho contractual de consumo: hacia un derecho para el nuevo ciudadano”, *Contribución al Libro Verde sobre la hipoteca. Comisión Europea* (2006), [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances-retail/home-loans/comments\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/home-loans/comments_fr.htm). Para una distinción entre la perfección del contrato y los deberes de transparencia vinculados a la celebración del mismo, véase RUBIO GIMENO, Gemma, “Validez y perfección del contrato electrónico”, *La regulación del comercio electrónico* (coord. I. Barral), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 45 y 47.

mación que debe facilitarse después de su entrada en vigor (art. 32 PDSP), contenidos ambos que deben adecuarse a lo establecido en el art. 31 PDSP. Aún en relación con el contrato marco, el texto pauta las modificaciones de las condiciones contractuales (art. 33 PDSP) y la rescisión del contrato (art. 34 PDSP). Por otra parte, la propuesta propicia la transparencia en cada una de las operaciones de pago realizadas, previa a la ejecución de una operación de pago individual (art. 35 PDSP) y posterior a la misma, dirigida al ordenante (art. 36 PDSP) y al beneficiario de los fondos (art. 37 PDSP).

### **III.2. Obligación de información vinculada a la celebración del contrato marco. Contenido mínimo y obligación de documentar. Incumplimiento**

La Propuesta mejora la obligación de información previa, que el art. 3.1 de la Recomendación 97/489/CE formulaba unitariamente. En este sentido, se aproxima a las pautas establecidas por la Directiva 2002/65/CE estableciendo una información general previa a la contratación, que debe llegar al cliente antes de quedar vinculado por cualquier oferta o contrato marco (art. 30 PDSP) y una obligación de información posterior a la celebración del contrato, puesta a disposición del usuario de servicios de pago, de manera fácilmente accesible (art. 32 PDSP)<sup>42</sup>.

La Propuesta pone de manifiesto así la estrecha vinculación entre obligación de transparencia y documentación, comprensiva de unos contenidos mínimos. La documentación aparece también como un mecanismo de garantía para el cliente (cfr art. 7 Orden de 12-12-1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad; norma 6ª de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 septiembre, sobre Entidades de crédito y transparencia de las operaciones y protección de la clientela, art. 7 LCC)<sup>43</sup>. Se constata la homologación entre el papel y demás soportes duraderos (cfr art. 4.19 y 30.1 propuesta y una obligación de claridad en su formulación y en el conocimiento de las condiciones de acceso a la documentación (art. 31.1.i y art. 31.2 PDSP).

El contenido mínimo de la información y de las condiciones contractuales documentadas deben ajustarse a lo establecido en el art. 31 PDPS. Téngase en cuenta que el contenido de esta información obligatoria integra la oferta y formará parte del contenido contractual, exigible por el titular del medio de pago contratado (cfr art. 8 LCU)<sup>44</sup>.

---

42 Asimismo, y cuando proceda, el proveedor de servicios de pago facilitará de la misma manera información adicional sobre los derechos y obligaciones que contemplan las normativas comunitaria y nacional en directa relación con la ejecución de operaciones de pago específicas, tales como obligaciones de información, declaraciones y aspectos fiscales. Esta disposición únicamente será aplicable en la medida en que el proveedor de servicios de pago haya recibido o quepa razonablemente esperar que haya recibido comunicación de dichos derechos y obligaciones

43 Véase LENER, R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1996, p. 19. Nos remitimos también a nuestro trabajo: "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación", en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Libro homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, La Ley-Kluwer, Madrid, 2006, p. 149.

44 Junto a las obligaciones vinculadas a la formación del contrato y a la ejecución de las órdenes de pago, la PDSP, al igual que la Recomendación de 1997, contiene algunas disposiciones que tutelan directamente el contenido contractual. El art. 33 PDSP somete la modificación de las condiciones contractuales a comunicación previa, siguiendo las pautas garantistas de los art. 30.1 y 31.2 en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de su aplicación propuesta. Admite que el proveedor pueda predisponer el valor positivo del silencio y exceptúa la fluctuación de los tipos de interés de referencia establecidos en el contrato marco, siempre que el proveedor haya informado debidamente al usuario de su derecho acordado contractualmente de modificar los tipos interés según una fórmula acordada. Uno de los objetivos de un régimen común de los medios de pago es el conocimiento por el usuario de los costes reales del servicio y de los métodos de fijación de precios (cfr Cdo. 29 PDSP). El art. 65 PDSP prevé de forma imperativa las fechas de valor y la puesta a disposición de los fondos.

La descripción debe garantizar un conocimiento útil y claro de los requisitos técnicos y de las obligaciones y responsabilidades del proveedor de servicios de pago y del usuario. Destacamos la información o el identificador único necesario para ejecutar correctamente la orden de pago, los plazos de ejecución, la indicación del derecho de rescisión<sup>45</sup>, las medidas de seguridad (custodia del instrumento, riesgos que comporta no adoptarlas, formas de comunicación con el proveedor para advertir de la pérdida, robo o uso no autorizado, condiciones de bloqueo del instrumento), la indicación de los límites de gasto, del momento de aceptación de la orden de pago, de los gastos e intereses y de los tipos de interés y de cambio aplicados.

Las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones se producirán a dos niveles. En efecto, el incumplimiento de las obligaciones vinculadas con el proceso de contratación debe sancionarse, cosa que no plantea la Propuesta de Directiva. Parece que toma carta de naturaleza la invalidez del contrato, como recurso que deja en manos del cliente-consumidor la impugnación unilateral del contrato<sup>46</sup>. Por otra parte, la omisión de información debe valorarse en la responsabilidad derivada del uso, autorizado o no en función de los casos, del instrumento de pago. La SAP de Castellón núm. 71/2000, de 12 de febrero (AC 2000\753) estima que no incurre en negligencia grave el usuario que deja la tarjeta en el vehículo en consideración al hecho que el emisor de tarjeta no facilitó a su cliente “las instrucciones precisas y detalladas, obtenidas a la luz de su indudable experiencia sobre la casuística de incidencias, sobre cómo comportarse, salvo lo relativo a aconsejar respecto a proteger el NIP y no anotarlo junto a la propia tarjeta”.

### III.3. La entrega material del instrumento de pago

La adhesión a un medio de pago entraña la obligación de entregar el instrumento de pago correspondiente. La diligencia exigible al emisor alcanza la forma de realizar la entrega o el envío, disponiendo los medios que aseguren que se realiza de forma personal y directa o que permitan desactivarlo si no existe la certeza de que se entregó. Esta afirmación se extiende al envío de las tarjetas en caso de renovación y evitará el uso fraudulento en caso de ser interceptadas o de llegar a manos de un tercero. No obstante, cuando se produce el envío no solicitado de un instrumento de pago para propiciar el establecimiento del servicio (es decir, fuera del caso de la reposición o renovación inicialmente pactadas), este argumento se añade, sin ser determinante, al régimen de los envíos no solicitados establecido para este servicio financiero (art. 13 LCDSF, art. 42 LOCM). La recepción de un instrumento de pago no genera obligaciones para el destinatario: su silencio no se interpretará como una aceptación de una oferta contractual ni queda obligado a satisfacer cantidad alguna a menos que decida aceptar expresa y voluntariamente la oferta. La SAP de Lugo núm. 30/2003, de 27 de enero (AC

---

45 La rescisión ex art. 34 PDSP se diferencia del derecho de desistimiento propio de algunos contratos de consumo y que se reconoce a los servicios financieros contratados a distancia y se aplica sólo a los consumidores: así el art. 10 del Proyecto de Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y es aplicable a la contratación de instrumentos de pago. Por otra parte, los contratos celebrados por tiempo prolongado o indefinido son por lo general rescindibles unilateralmente por los consumidores (cfr contrato de gestión de cartera de inversión, Circular 2/2000, de 30 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores establece el contenido mínimo de los contratos tipo de gestión de carteras).

46 La ley se refiere a la resolución contractual (art. 44.5 LOCM y art. 10.2 LATBI, la nulidad (7.1 LCC y art. 9.4 LCDSF) y la anulabilidad (art. 4 LCCFEM). Sobre el tema y la concesión de un poder de impugnación al consumidor, me remito a LLÁCER MATACÁS, M.R., *Respuesta al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo* cit., pp. 21-22.

2003\650) valora ambas consideraciones para amparar la devolución de unas disposiciones a cargo de cuenta del cliente mediante una tarjeta no solicitada, enviada en ocasión de una “campaña” y sin que el banco hubiera dispuesto las medidas necesarias a certificar su recepción y considera que “frente a ello no puede oponerse que el demandante prestó su consentimiento, perfeccionándose el contrato por la recepción y la utilización de la tarjeta”.

Un elemento previo a valorar es el hecho que la tarjeta haya salido efectivamente del círculo bancario, que se haya producido una entrega propiamente dicha, sin perjuicio de analizar en este caso si la entidad o el cliente incurrieron en algún tipo de negligencia. Así lo destaca la SAP de Toledo núm. 408/2000, de 16 de octubre (AC 2000\2539) al entender que la entidad bancaria emisora no acredita la entrega de la tarjeta renovada al no presentar acuse de recibo. El caso no era simple pues concurría la indiscreción del cliente, que había facilitado el número secreto a un supuesto empleado de la Caja, cosa que la sentencia de instancia había calificado de imprudencia causante del daño patrimonial, que no se hubiera producido si quien había interceptado la tarjeta no hubiera conocido el número secreto. No obstante, en opinión de la Audiencia, “el razonamiento sería válido si la tarjeta en cuestión estuviera en posesión de la actora”. No habiendo justificante de la entrega, en mano o por Correo, concluye que “la tarjeta en cuestión no salió nunca del círculo bancario al que pertenecía; es decir, el título de legitimación con el que se cometió el fraude no estuvo nunca en posesión de la titular”<sup>47</sup>.

El nivel de diligencia profesional, exigible a la entidad emisora, conlleva aplicar a la entrega todos los medios de envío que garanticen la recepción del instrumento de pago. El medio más fiable resulta ser la entrega presencial al interesado o a persona debidamente representada, debiendo rodear el envío por correo certificado de las debidas precauciones que permitan garantizar la recepción por el interesado. Por ejemplo, la SAP de Barcelona de 29 de junio de 2000 (AC 2000\3768), imputa a la entidad las consecuencias de la situación siguiente: habiendo comunicado un cliente la sustracción de su tarjeta de crédito, la entidad le remite una nueva tarjeta por correo certificado sin comunicarle previamente el envío, de forma fue entregada a otra persona que realizó los actos de disposición fraudulenta a través de cajero automático. Sin entrar en otros aspectos que podrían ser relevantes, como la custodia de las claves de acceso, la sentencia fija la “responsabilidad de la entidad bancaria demandada al no haber garantizado la recepción por parte del usuario de todos los elementos materiales y datos precisos para la utilización de la tarjeta”. Asimismo, la entidad tiene que acompañar la entrega del instrumento con las instrucciones relativas a su manejo tras la recepción. Esta consideración, con implicaciones en el régimen de la responsabilidad derivada del uso fraudulento de la tarjeta, sirvió para matizar la obligación de custodia que recae sobre el receptor de la tarjeta, familiar del titular, cuando la entidad es conocedora de la situación y no proporciona las instrucciones necesarias a quien se compromete a remitir la tarjeta a su titular. La SAP de Tarragona, de 30 de marzo de 2000 (AC 2000\3417) apreció una concurrencia de culpas en la sustracción de una tarjeta que el padre del titular le envió al extranjero por correo ordinario, desentendiéndose a continuación, al valorar que la entidad bancaria no había precisado las cautelas necesarias para asegurarse de que llegara a su titular. La entrega al no titular no deja de ser un encargo o mandato que debe acompañarse de las instrucciones precisas para su buen fin (art. 1719 CC).

---

47 La Sentencia valora además que “la Entidad Bancaria tiene la otra (tarjeta), y además puede fabricar (conocer) la primera; de las dos partes contratantes, la única que ha podido reunir las dos llaves en su poder, o evitar que caigan en manos ajenas es la Entidad Bancaria, asegurándose de que la nueva tarjeta llegaba a la posesión de su titular. Como el dinero se ha extraído con esa nueva tarjeta cuya vigencia se solapaba durante un mes (...) con la anterior, es preciso algún acto o documento que demuestre que llegó a poder del titular”.

## IV. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA: LA EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE PAGO

### IV.1. Eficacia de la orden de pago: la delegación pasiva

La Propuesta significará una mejora en la regulación de las operaciones de pago. La orden de pago representa una forma de ejecución del acuerdo marco, una utilización de la operativa que caracteriza al servicio contratado, a la vez que un mecanismo de cumplimiento del contrato de adquisición de bienes o servicios. La orden de pago descansa en un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo, es decir, la entidad bancaria que entregó el título de legitimación y asume el pago ante el establecimiento, liberando al adquirente. Se activa mediante la solicitud del titular-deudor para que el proveedor de servicios acepte la operación (art. 54 PDSP). Aceptada la orden, el usuario no podrá revocarla (art. 56 PDSP), a menos que existan motivos de impugnación por uso fraudulento o no autorizado (art. 48 PDSP, art. 46 LOCM)<sup>48</sup>. Los art. 42 y 43 PDSP contemplan específicamente la comunicación del consentimiento por medio de un instrumento de verificación de pagos, que se formulará directamente al proveedor de servicios de pago (caso del uso de una pasarela de pagos) o indirectamente, a través del beneficiario (mediante un terminal). Para el uso de dichos instrumentos, podrán acordarse límites de gasto periódicos y el prever en el contrato marco el derecho a bloquear su uso si se aprecian pautas de gasto hagan sospechar una utilización fraudulenta.

Mediante una tarjeta de crédito, el titular delega el pago a su entidad, que asume abonar la cantidad adeudada a la entidad aceptante del establecimiento<sup>49</sup>. Se trata de una modificación del sujeto pasivo, amparada en una relación de cobertura, inserta a su vez en el sistema de pagos, y autorizada previa comprobación de la identidad del ordenante, de la suficiencia de saldo o de crédito y de la inexistencia de incidencias que hagan dudar de la legalidad de la operación. La orden de pago libera al titular-comprador, que deja de ser deudor, sin extinguir la deuda, que el establecimiento adherido reclamará a la entidad emisora a través de su propia entidad<sup>50</sup>. Ésta asume el pago y extingue la obligación, en consideración a la relación de cobertura<sup>51</sup> y del compromiso de rembolsar asumido por el titular de la tarjeta, naciendo un nuevo crédito a favor de la entidad contra el titular que se ha beneficiado del crédito. Puede funcionar como una delegación promisoría (el emisor se compromete a pagar) o solutoria (el emisor carga directamente)<sup>52</sup>. Así, la delegación que opera a través del sistema se inicia con la orden de pago realizada en el establecimiento adherido al sistema y a favor del mismo. Comunicada la orden y los datos de la tarjeta por los medios electrónicos, así como la identidad y datos del comerciante, la entidad emisora la autoriza y asume la posición delegataria.

48 El art. 41 PDSP contempla la ratificación de una operación.

49 Para un análisis del pago electrónico desde la perspectiva de la delegación, véase BATUECAS CALETRIO, Alfredo, *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 129. Previamente, GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen, *Las tarjetas de crédito. Relaciones contractuales y conflictividad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 103-104.

50 Véase BOQUERA MATARREDONA, Josefina, "El impago de la deuda por la entidad emisora de la tarjeta de crédito", *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 542, que desarrolla la idea de que no se produce una anticipación o financiación de la deuda del titular de la tarjeta, sino una asunción por parte del emitente que actúa *causa solvendi* y soportando el riesgo de falta de reembolso.

51 Véase MALUQUER DE MOTES, Carlos, *Derecho de obligaciones*, PPU, Barcelona, 2003, p. 121. No queda pues pendiente la satisfacción de la prestación ni la extinción de la obligación (cfr art. 1170.2 CC), liberando al deudor primitivo (art. 1206 CC).

## IV.2. Autenticación y autorización de la orden de pago: la seguridad del sistema

Junto con el medio de pago, el emisor ofrece y se responsabiliza de la existencia de una red de terminales y puntos de venta adecuados para procesarlo y de la gestión eficiente del proceso que terminará con el cargo en la cuenta del cliente<sup>53</sup>. Normalmente es el proveedor de servicios de pago quien suministra el instrumento de verificación de pagos, que permite autenticar la orden. El art. 4.17 PDSP lo define como el mecanismo o mecanismos personalizados y/o conjunto de procedimientos empleados por el usuario a fin de permitir al proveedor de servicios de pago autenticar la orden formulada, es decir comprobar que el usuario está autorizado para emitirla (art. 4.13 PDSP). La aceptación de una orden de pago resulta de la concurrencia de tres requisitos reflejados en el art. 54 PDSP: el proveedor recibe la orden de pago, autentica la orden, incluida la eventual verificación de la disponibilidad de fondos y acepta la obligación de ejecutar la operación de pago ordenada. Las órdenes iniciadas a través de medios electrónicos permiten una rápida aceptación, gracias a mecanismos de comprobación autenticación automatizados, integrados en el sistema.

La seguridad del sistema reposa en la fiabilidad de la autenticación, sobre la cual incide la intervención diligente de los participantes en el mismo. Realizados los primeros cotejos presenciales, el establecimiento pide la autorización de la operación a la entidad emisora, la cual controla los datos objetivos de la tarjeta (límite de disposición, vigencia de la tarjeta, utilización por encima del límite de crédito, inexistencia de notificaciones que hagan sospechar un riesgo<sup>54</sup>), autentica al usuario y acepta la orden de pago.

No obstante, el control efectuado en el establecimiento debe matizarse en función del tipo de tarjeta o del sistema de autenticación. Como veremos al tratar la responsabilidad derivada de uso fraudulento, difiere el enfoque de las órdenes efectuadas mediante la simple inserción de la tarjeta, las que requieren la firma del titular o las que demandan el tecleo de un PIN<sup>55</sup>. Si la orden se realiza presencialmente, entregando el

---

52 El funcionamiento de la tarjeta de débito conlleva el cargo inmediato en la cuenta corriente del titular, que constituye su límite de disposición a menos que la entidad le conceda crédito (cfr art. 19.4 LCC). Siendo el cargo inmediato, no queda pendiente de satisfacer la prestación entre entidad y ordenante: de hecho la entidad se limita a cumplir la orden de pago. LÓPEZ JIMÉNEZ (op. cit., nota 20) resume: “El titular de la tarjeta (delegante) da orden de realizar una prestación a favor del establecimiento (delegatario) en atención a una relación jurídica subyacente (compraventa, por ejemplo) (...). El destinatario de la orden del titular de la tarjeta es la entidad de crédito delegado, que asume la deuda de aquél y queda obligado frente al establecimiento”.

53 Véase GETE-ALONSO CALERA, op. cit., pp. 58 y 75, destacando la obligación de proporcionar los medios para que la tarjeta actúe: “la presencia de los establecimientos y de los dispositivos técnicos que permitan la operatividad de la tarjeta, a la que está obligada la entidad, comprota, el que ésta sea responsable contractualmente, frente al titular, de los mismos y de los fallos o errores que pudieran producirse y de los que resulte lesión del derecho del titular de la tarjeta”.

54 La fiabilidad de la comprobación electrónica es superior a la de las listas consultables *in situ*.

55 Considera la STS núm. 1212/2001, de 21 diciembre RJ 2001\10053 que en unos casos “la autorización para el uso, requerirá la debida identificación del titular y la estampación de su firma autógrafa en el documento en que conste la operación, una copia del cual será enviado al emisor. En el otro extremo, para operaciones de reducida importancia económica, bastará la inserción de la tarjeta en la máquina dispensadora del servicio, sin exigencia alguna de identificación de quien pretende valerse de la misma. En un término medio se halla el supuesto de autos, en que además de la presentación o inserción de la tarjeta se hace preciso el marcado o «tecleo» del PIN (número de identificación personal, número secreto o número clave) elemento este último que supe a la exhibición del documento de Identidad y a la firma autógrafa del titular de la tarjeta y permite -eventualmente incluso a quien no sea su titular si cuenta con la pertinente autorización habiéndosele facilitado el documento y el dato numérico- la obtención de servicios, bienes o dinero a través de máquinas preparadas para entender y comprobar tal sistema de identificación de usuario”.

medio de pago, el comerciante debe controlar la identidad y cotejar las firmas. En cambio, las órdenes cursadas a distancia requieren un incremento de las medidas de autenticación. Así, las pasarelas de pagos usadas en el comercio electrónico, aplicaciones basadas en protocolos de pago seguro mediante claves adicionales de autenticación. Las pasarelas, residentes en un servidor seguro, permiten una gestión separada de los datos de las tarjetas, liberando al vendedor de esta responsabilidad (disminuyendo pues el riesgo de repudio) y ofreciendo mayor seguridad en el pago al cliente<sup>56</sup>. También debe aportar seguridad la superación de la tarjeta de banda magnética y la implantación de tarjetas provistas de *chip*, aptas para incorporar el estándar SET, los certificados digitales incorporados al nuevo e-DNI, el uso de datos biométricos o incluso la normalización de sistemas de pago alternativos como el pago a través de móvil en las transacciones de comercio electrónico (p.e. Mobipay)<sup>57</sup>.

Los contratos de afiliación recogen la obligación del establecimiento de identificar al ordenante (nombre, DNI, exhibición de la tarjeta con la correspondiente fotografía del titular). La falta de un cotejo visual de las firmas, presentes en la tarjeta, el DNI y la orden de pago, puede derivar la responsabilidad hacia el comerciante. En este sentido, la SAP de Sevilla de 21 de enero de 2004 (AC 2004/4) considera que las consecuencias del fraude no deben recaer totalmente sobre la entidad si concurre una actuación negligente del comerciante, habida cuenta que ambos extraen beneficios del sistema de pagos<sup>58</sup>. Esta obligación de cotejar las firmas se llevará a cabo con una diligencia normal, no perita, tal como pone de manifiesto la SAP de Sevilla de 31 enero de 1995 (AC 1995\838): “en la comprobación de firmas e identidades, no puede en modo alguno obligar a la entidad acreedora ni a ninguno de sus vendedores o empleados a actuar como Peritos calígrafos (...) un mero examen superficial y aproximativo del parecido formal o externo de los rasgos caligráficos de las firmas utilizadas”<sup>59</sup>.

En el momento de efectuar el abono al establecimiento, la entidad comprobará de nuevo las firmas y la identidad del titular. La SAP de Baleares núm. 497/2003, de 17 de noviembre (AC 2004/431) determinó la responsabilidad de un banco al que se había notificado la pérdida o sustracción, no debiendo perjudicar al consumidor los retrasos

---

56 El sistema SSL (Secure Sockets Layer, <https://>) ofrece una comunicación cifrada mediante criptografía simétrica, mientras que el sistema SET (Secure Electronic Transaction) funciona sobre la base de certificados electrónicos que asegura no sólo la integridad y confidencialidad de la operación, sino también la identidad de los intervinientes en la misma.

57 En relación con la seguridad de los pagos electrónicos, véase LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 230 y ss. El autor (op. cit., pp. 121 ss) destaca las claves generales de seguridad de la banca electrónica: el establecimiento de claves o contraseñas de acceso (y adicionalmente una clave de firma), el cifrado de las comunicaciones (entorno seguro de transmisión), la disponibilidad de un servidor seguro (es decir que trabaje bajo protocolos de encriptación –SSL–) y los certificados de firma electrónica (criptografía simétrica –clave compartida– o asimétrica –clave pública y privada, no compartida–). Sólo se equipara a la firma manuscrita la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (art. 3.3 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica).

58 En este caso, se tomó en consideración que el comerciante no había adoptado las precauciones exigibles en consideración con el contexto descrito en la Sentencia: “como era el hecho de haber comprobado que coincidía el titular de la tarjeta con la identidad de la persona que hacía uso de ella, mediante la exhibición del correspondiente documento nacional de identidad, máxime cuando no se trata de cargos normales los efectuados, y menos en un local de copas, aunque sea un club de alterne, pues se llegaron a realizar cuatro operaciones distintas, cada diez minutos aproximadamente y todas ellas en un espacio de tiempo de tan sólo una hora, y por importes de 109.200, 25.280, 936.000 y 52.000 de las antiguas pesetas, sin que, no obstante, se solicitara la identificación del portador de la tarjeta, ni se pusiera objeción alguna pese a que la firma estampada en los tickets de dichas operaciones no coincidía, en absoluto, con la del titular de la tarjeta”.

59 Si bien esta resolución lleva sus afirmaciones a extremos dudosos, en el sentido de no poderse obligar a los empleados “a que procedan a la identificación mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad de todos y cada uno de los reales compradores de las mercancías o artículos vendidos”.

del sistema en disponer los medios de bloqueo, llegando a permitir operaciones con saldo negativo<sup>60</sup>.

### **IV.3. El cumplimiento de la orden de pago autorizada por el titular: obligaciones del titular y del emisor**

La ejecución de una orden de pago no controvertida debe hacerse, lógicamente, dentro de los parámetros del contrato marco y en el contexto de la exigibilidad de las obligaciones civiles y la responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de las mismas. La Propuesta no regula la obligatoriedad general del contrato marco o de la orden de pago pues se centra en las garantías y transparencia en sede de contratación y en las obligaciones y responsabilidades específicas que rodean la orden y surgen de la utilización del instrumento de pago.

El titular debe atender los cargos y utilizar la tarjeta dentro de los límites contractuales (dentro de los límites de disponibilidad, en condiciones de vigencia –tarjeta no caducada o activa, no cancelada-). Si dispone más allá del límite autorizado, la cantidad ordenada queda fuera de eventuales aplazamientos y debe abonarse inmediatamente, si no hay previsión al respecto. También deben atenderse los cargos derivados del uso conocido y consentido de la tarjeta por otra persona: la SAP de Lugo núm. 84/2005, de 10 de marzo (JUR 2005\96632) considera que, acreditados los cargos por la entidad financiera, corresponde al cliente oponerse a los que considere erróneos, probando de forma concreta los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de cada uno.

Asimismo, el emisor debe gestionar las órdenes de pago y cargarlas correctamente en la cuenta del ordenante, imputándose los errores de gestión. La STS núm. 1013/1994, de 15 de noviembre (RJ 1994\8488) contempla un caso cuyas consecuencias económicas fueron más allá del importe del cargo (es decir, constituían una indemnización de daños y perjuicios). Una entidad canceló por error la tarjeta de un cliente al confundirlo con otro, homónimo pero carente de saldo. El primero no pudo adquirir un billete de avión con su tarjeta de crédito, que incorporaba un seguro de accidentes, con tan mala fortuna que falleció en accidente aéreo. Demandada por los familiares del fallecido, el Tribunal valora que la entidad dispone de medios para identificar a un cliente moroso. No obstante aprecia una concurrencia de culpas al considerar que el cliente había podido contratar un seguro análogo para suplir la cobertura de la que no podía disponer a través de la tarjeta.

## **V. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL USO NO AUTORIZADO DEL MEDIO DE PAGO**

El uso fraudulento de un medio de pago nos sitúa ante la intervención no autorizada de un tercero, ya sea por robo, pérdida o falsificación de la tarjeta o de las claves de acceso, en definitiva, del instrumento de pago. Habida cuenta de que todas las partes que intervienen en el sistema cargan con un determinado nivel de diligencia, de que el cliente cuenta con única contraparte y de que el propio sistema, con todas sus ventajas, no puede garantizar su infalibilidad, la distribución del riesgo resultante del uso fraudulento de los instrumentos de pago es necesariamente compleja. Analizaremos la

---

<sup>60</sup> También apela a la diligencia de la entidad crediticia la SAP de Asturias núm. 2/2004, de 12 de enero (JUR 2004\79620), caso en que la negligencia del comerciante se alegó extemporáneamente, después de haberse abonado la cantidad nueve meses antes.

responsabilidad derivada de la inobservancia de las obligaciones de los participantes en el sistema (en particular, el emisor y el titular de la tarjeta) y desde la perspectiva de su mencionada vulnerabilidad. Valorar las consecuencias del uso indebido implica tener en cuenta el canal de utilización del instrumento (pagos en establecimientos, a distancia, extracciones de dinero en cajeros automáticos), los criterios generales de distribución del riesgo y los niveles de diligencia exigibles a cada participante en el sistema que hayan podido facilitar el cargo fraudulento (véase SAP de Tarragona de 30 de marzo de 2000, AC 2000\3417)<sup>61</sup>.

## V.1. Valoración de la posición predominante. Fijación de la diligencia y carga de la prueba

El proveedor de servicio de pagos ostenta una posición predominante al proveer y disponer a favor del cliente los instrumentos necesarios para emitir órdenes de pago. El art. 44 Propuesta revela esta capacidad de control al obligar al proveedor a mantener al menos durante un año los registros internos que permitan localizar las operaciones de pago y rectificar errores. A la entidad emisora –así como a los demás profesionales que intervienen en el sistema- se le exige una diligencia profesional (cfr SAP de Valencia núm. 200/2006, de 17 de mayo, AC 2006\1647, citada más adelante).

Tratándose de un servicio, el régimen de responsabilidad debe ajustarse a los art. 26 y 27.1.a LGDCU, es decir, al sistema de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba hacia la entidad financiera, basada en la organización del sistema<sup>62</sup>. En definitiva, las acciones u omisiones de quien facilita un servicio de pagos generan responsabilidad, a menos que se acredite haber cumplido con las exigencias, estándares de seguridad, protocolos, cuidados y diligencias exigibles para el buen funcionamiento de este tipo de servicio. La participación de varias entidades en la prestación del servicio, luego en la producción del daño si no es posible individualizarlo, determina la responsabilidad solidaria, sin perjuicio del derecho de repetición (art. 27.2 LGDCU).

No obstante, en un sistema dónde los fallos de seguridad aparecen como algo inevitable e incluso intrínseco, los criterios de responsabilidad se acompañan de un sistema de distribución del riesgo. Así, las entidades financieras participantes en el sistema de pagos responden de la idoneidad del servicio, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan, sistema de responsabilidad objetiva matizada que permite demostrar la diligencia propia así como la imprudencia del cliente. En este contexto, el conjunto de legislación aplicable así como los requisitos técnicos adecuados al estado actual de los conocimientos, son criterios a utilizar para medir el nivel de diligencia prestable en la ejecución del servicio. Los art. 46 y 47 PDSP contribuyen a fijar las obligaciones del usuario y del proveedor en relación con los instrumentos de verificación de pagos. Aún así, admitida la posibilidad de incidentes en un marco que no permita averiguar el responsable de los cargos indebidos, es preciso articular un sistema de responsabilidad que sea el reflejo jurídico de los intereses económicos concurrentes en el sistema, ámbito dónde los proveedores del servicio o del sistema son los mejor dispuestos para soportar el riesgo creado. Los arts. 49 y 50 PDSP establecen la

---

61 Destacan la existencia de unos criterios generales que ordenan la responsabilidad derivada del uso no autorizado de tarjetas FARRANDO MIGUEL, I. y CASTANER CODINA, J., "Atribución y distribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas", *RDBB*, enero-marzo de 2001, núm. 81, pp. 88-89.

62 Sobre la responsabilidad y la carga probatoria basadas en la organización del sistema, véanse las SAP Asturias núm. 69/2005, de 15 de febrero (AC 2005\422) o la SAP de Madrid de 6 de octubre de 2004 (AC 2004, 2101).

responsabilidad del proveedor y del usuario en caso de pérdidas debidas a operaciones de pago no autorizadas.

La SAP de Tarragona núm. 20/2004, de 27 de diciembre (AC 2005\197) analiza la posición predominante de la entidad de crédito a los efectos de fijar la carga de la prueba de la falta de diligencia del cliente: “Existen diversos motivos por los que debe ser la propia entidad de crédito la que la debe asumir: porque es generadora de la fuente de riesgo (las tarjetas las emite ella y, como hemos dicho, se beneficia ella, habiendo sistemas más seguros pero menos rentables y dinámicos económicamente), porque es la parte fuerte en un contrato de adhesión (art. 10 LGDCU), porque ella marca las reglas de funcionamiento y seguridad de las tarjetas (en el propio contrato de tarjeta de crédito) y porque ella está en condiciones, en su caso, de repetir contra otras entidades que pudiesen ser las causantes de dicho mal funcionamiento (las empresas de software o hardware que diseñan el sistema de seguridad de las tarjetas, las que diseñan los cajeros, las terminales para pago en los comercios o los mecanismos electrónicos para el control del acceso a las salas de los cajeros; los comercios por no haber solicitado el PIN, la exhibición del DNI o no haber comprobado la firma autorizada; la compañía, en su caso, emisora de la tarjeta que no prevé otros mecanismos extras de seguridad; el propio falsificador, comprobando las filmaciones en los cajeros donde se extrajeron las cantidades, etc.; naturalmente ello conlleva unos esfuerzos en recursos humanos y materiales que en ningún caso podrían ser realizados por el cliente y que debe soportar la entidad de crédito)”<sup>63</sup>.

Asimismo, debe conectarse la predisposición de los medios con la facilidad probatoria ex art. 217.6 LEC. Así lo hace la SAP de Madrid núm. 642/2004, de 6 de octubre (AC 2004\2101) que, reconociendo que para extraer dinero de un cajero automático es preciso utilizar el código PIN, considera que este número puede conocerse manipulando o leyendo la banda magnética si se conoce el funcionamiento o la forma de descifrar estos elementos. Por lo tanto impone a la entidad la carga de “probar que sólo el titular de la tarjeta puede acceder a su número secreto, lo cual incumbe no sólo como hecho que acreditaría la alegada negligencia de la demandada y con base en el artículo 217.3 LEC si no incluso con base en el artículo 217.6 de la misma LEC ya que a él ha de resultar accesible y sencillo determinar que los mecanismos de seguridad y/o electrónicos de los cajeros y la banda magnética no puede descifrarse sin las concurrencia de la actora”. En definitiva, serán frecuentes las situaciones que derivan simplemente de la no infalibilidad del sistema, sin que pueda constatarse una infracción de la diligencia media exigible al cliente (presuponiendo que ha recibido instrucciones suficientes y que las ha observado), analizado su comportamiento y habida cuenta de que el número no se deduce de la tarjeta<sup>64</sup>.

---

63 En el mismo sentido, véanse las SAP de Castellón núm. 71/2000, de 12 de febrero (AC 2000\753), SAP de Madrid núm. 254/2006, de 25 de abril (AC 2006\839) y SAP de Zaragoza núm. 169/2006, de 28 de marzo (JUR 2006\140539).

64 Véase la mencionada SAP de Tarragona núm. 20/2004 que no considera relevante que a la tarjeta tuviera acceso la sobrina de la Sra. Aurora o que los familiares fuesen a su casa donde guardaba el documento con el PIN, pues ello no implica falta de diligencia, más allá de la que ostentaría cualquier buen padre de familia del art. 1104 CC: “Respecto a la sustracción, alega el recurrente que otras personas han podido tener acceso a dicha tarjeta en los puestos de trabajo de la recurrida (bar y fincas), lo que, a juicio de este Tribunal, no supone una falta de diligencia de la recurrida, puesto que no se trata de una actividad especialmente arriesgada (llevar o dejar el bolso en el puesto de trabajo de uno), y que tampoco prueba que el PIN fuese junto a la tarjeta o estuviese escrito en ella (...). Pero aunque fuese cierto que dicho número no se deduce de la banda magnética, debería la entidad de crédito haber aportado el correspondiente peritaje técnico de dicho funcionamiento... puesto que a pesar de las medidas de seguridad, lo cierto es que los «hackers» o salteadores pueden entrar en los sistemas informáticos, como también es público y notorio, y conseguir los códigos necesarios; es decir, no se considera probada ni la falta de diligencia de la recurrida ni la infalibilidad del sistema respecto al sistema de número secreto o PIN”.

La posibilidad de control de las entidades sobre los medios y el registro de las operaciones, repercute sobre el nivel de acreditación de las operaciones. En este sentido se ha señalado que es insuficiente el extracto con la referencia de los asientos anotados o liquidación unilateral de cuenta, sin más apoyatura documental que justifique la realidad de las compras, que debe acompañarse de los documentos emitidos por los establecimientos adheridos al sistema. En este sentido se pronuncian las SAP de Tarragona de 30 de marzo de 2000 (AC 2000\3417), la SAP de Las Palmas núm. 326/2005, de 10 de junio (JUR 2005\191744), la SAP de Asturias núm. 314/2006, de 11 de septiembre o la SJPI de Cantabria, Santander, de 15 de noviembre de 2003 (AC 2003\1915), indicando esta última que “el banco debe aportar no sólo los listados de cargo de la tarjeta, enviados por el banco al usuario, sino el soporte de los documentos emitidos por los establecimientos adheridos a su sistema de tarjetas que han de calificarse como imprescindible soporte de los simples listados de cargo de tarjeta visa que se han acompañado a la demanda, pero que sin dicho apoyo carecen de eficacia probatoria alguna, ante la impugnación llevada a cabo por la demandada”. La STS núm. 1212/2001, de 21 de diciembre (RJ 2001\10053) sentó la necesidad de aportar los documentos emitidos en este caso por unas estaciones de servicio adheridas al sistema de tarjetas, recordando la Recomendación de la Unión Europea de 17 de noviembre de 1988, “que disponía la conveniencia de que en el plazo de 12 meses los emisores de tarjetas de crédito llevaran registros internos suficientemente detallados en los que quedara constancia de las operaciones realizadas a través de las mismas, a cuyo fin deberían concertarse con los suministradores de sistemas sobre las medidas necesarias al respecto”. Se añadía que en cualquier controversia con los titulares de las tarjetas correspondería al emisor demostrar que la operación discutida había sido correctamente registrada y contabilizada y no resultaba afectada por averías técnicas o cualquier otra anomalía<sup>65</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha matizado esta afirmación en algunos casos. Así, da relevancia privilegiada a los documentos generados por el sistema de gestión de los pagos, ajeno a las partes litigantes: la SAP de Lugo núm. 160/2006, de 29 de mayo (JUR 2006\198502) destaca la ajenidad del extracto de VISA y pone de relieve su carácter automatizado “sin que haya motivo de duda sobre su autenticidad pues indica no solo la tarjeta, sino también, comercio, importe, resultado, fecha y hora”<sup>66</sup>. El régimen de las extracciones en cajeros automáticos o del uso de tarjetas en autopista, también es particular pues sólo cabe aceptar los extractos suministrados por el banco. En este caso, debe valorarse el comportamiento del afectado, así si recibe periódicamente los extractos del uso de la cuenta, si ha realizado alguna reclamación anterior o si interesa alguna prueba concreta tendente a demostrar la inexactitud de los extractos (véase la SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2002, JUR 2002\162075)<sup>67</sup>.

---

65 Asimismo, indica la sentencia: “Aun sin tener en cuenta esta Recomendación, o los pronunciamientos en análogo sentido el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y del Código de Buenas Prácticas Bancarias de la Asociación de Banca Europea, resulta evidente que la norma sobre carga de la prueba contenida en el artículo 1214 del Código Civil imponía que la demandante se procurase y aportase con su demanda aquellos documentos emitidos por las estaciones de servicio adheridas a su sistema de tarjetas que han de calificarse de como imprescindible soporte de sus propias facturas que si ha acompañado a la demanda, pero que sin dicho apoyo carecen de eficacia probatoria alguna, ante la impugnación llevada a cabo por la demandada”. Véase también la STS de 5 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9633).

66 Véase también la SAP de Valencia núm. 241/2006, de 15 de junio (JUR 2006\253331).

67 Véase un compendio de los extremos a acreditar en la SAP de Murcia núm. 179/2006, de 13 de julio (JUR 2006\252759): “Ciertamente, no obstante la declaración de rebeldía, el actor ha de acreditar los hechos en que se apoya su reclamación, de acuerdo con lo establecido en el art. 217.2 LEC, lo que se estima ha realizado aportando el contrato de la solicitud de tarjeta (documento nº 1, folio 3 y 4), la certificación de la Caixa Galicia (documento nº 2, folio 5), los extractos correspondiente a las operaciones realizadas en cada periodo (documento nº 3, folio 6 a 42) y telegrama de notificación del saldo deudor (documento nº 4, folio 43 y 44), pruebas que estimamos acreditan la realidad de la deuda”.

## **V.2. Uso fraudulento y responsabilidad derivada de la infracción imputable de obligaciones. La participación del comerciante**

Sin perjuicio de la responsabilidad del propio tercero en la indemnización de los daños derivados de la utilización fraudulenta de la tarjeta, la intervención de los otros participantes en el sistema no es irrelevante a la hora de repartir o asumir los cargos derivados de la misma. En efecto, el uso de la tarjeta conlleva, en cada participante, aplicar un grado de cuidado o diligencia necesarios para llevar a buen fin la orden de pago o evitar que se puedan atender órdenes de pago no formuladas por el titular del instrumento de pago. En este sentido, debe valorarse en la negligencia del titular del instrumento, del emisor del mismo o del propio comerciante al aceptar un pago sin realizar las verificaciones oportunas. El titular es responsable de todas las pérdidas por operaciones no autorizadas en que haya actuado de manera fraudulenta o incurrido en negligencia grave, sin aplicar ningún tipo de limitación (art. 50.3 PDSP), mientras que el proveedor negligente debe reembolsar o restablecer inmediatamente al usuario, pero también indemnizar económicamente si procede (art. 49 PDSP y art. 1101 CC). No obstante la negligencia de más de un participante en el sistema provocará el tanto de culpa correspondiente, afectando también al comerciante debe cumplir las obligaciones derivadas del contrato de adhesión.

El art. 46 PDSP recoge las obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con la utilización del instrumento y las precauciones a tomar en caso de detectar un mal uso (cfr art. 5 Recomendación 97/489/CE). Debe utilizarlo de conformidad con sus condiciones de emisión y uso y comunicar al proveedor o a la entidad que éste designe su pérdida, hurto o utilización no autorizada, sin demora y en cuanto tenga conocimiento de ello. En particular, se recoge la obligación de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad de que vaya provisto desde su recepción. Tomará todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del instrumento de pago y de sus medios de utilización, como firmarlo inmediatamente y custodiar el PIN, evitando una anotación fácilmente reconocible (en el instrumento de pago u objetos adyacentes). Así, comete una negligencia grave quien se deja grabar con una cámara de vídeo mientras utiliza el cajero y además retrasa la denuncia de los hechos (SAP de Madrid de 27 de junio de 2000, JUR 2000\217489)<sup>68</sup>. No obstante, no cabe presumir negligencia grave en la custodia en todos los casos en que las operaciones no reconocidas se validen electrónicamente con el número de identificación personal (véase la SAP de Zaragoza núm. 182/2005, de 12 de abril, JUR 2005\134564, que declara la abusividad de una cláusula en este sentido). En principio, cada situación debe analizarse en concreto, aunque se detectan algunas presunciones fácticas derivadas de la propia situación. El art. 48.3 PDSP resta valor presuntivo al hecho de que el proveedor de servicios haya registrado el uso del instrumento que no será, de por sí, suficiente para demostrar, ni la autorización del pago, ni que el usuario haya actuado de manera fraudulenta o cometido negligencias graves respecto de sus obligaciones con arreglo al artículo 46 PDSP.

La custodia sobre el instrumento de pago y el control del lugar dónde se guarda y su permanencia, es un comportamiento exigible contractualmente o derivado de una diligencia media o razonable. Así, la SAP de Madrid núm. 642/2004, de 6 de octubre (AC 2004\2101), tras recordar que un experto puede llegar a descifrar el PIN manipu-

---

<sup>68</sup> La SAP de Palencia núm. 25/1999, de 3 de febrero (AC 1999\442) aprecia negligencia en el titular de la tarjeta que proporcionó ingenuamente el PIN al sustractor, en cuyo caso no opera la limitación de responsabilidad ("en el caso que nos ocupa no opera la limitación de las 25.000 ptas., no porque el titular no comunicara la pérdida o sustracción de la tarjeta en el plazo de 24 horas, que sí lo hizo, sino porque propició de forma ingenua o negligente a quien le había sustraído la clave secreta, según antes se ha razonado").

lando o leyendo la banda magnética, no consideró acreditada la negligencia de la titular de una tarjeta “ya que el deber de custodia de la tarjeta no puede ir tan lejos como para obligar al titular de la misma a comprobar con periodicidad determinada si se encuentra o no en su poder la tarjeta, ya que en principio no hay por qué pensar ordinariamente que se ha extraviado una tarjeta de crédito, de tal manera que la tardanza en comunicar la desaparición será reveladora de negligencia cuando se haya omitido hacerlo de forma inmediata una vez conocida la desaparición de la misma”. En un supuesto en que los sustractores sustituyeron las tarjetas por otras, provocando una apariencia de normalidad, se ha considerado que dejar la tarjeta dentro de un vehículo cerrado no supone una infracción grave del deber de custodia ni tampoco, en este caso, la falta de comunicación inmediata del robo (SAP de Asturias núm. 69/2005, de 15 de febrero, AC 2005\422). En cambio, cuando las condiciones de utilización de la tarjeta favorecen un uso fraudulento, como es el caso de las tarjetas para el pago de gasolina utilizadas por transportistas, el nivel de custodia es superior y tiene que adaptarse a las características del producto que se utiliza: así lo consideró la SAP de Girona núm. 97/2006, de 17 de marzo (JUR 2006\221093) que imputa al transportista la responsabilidad y exonera a los empleados de la gasolinera<sup>69</sup>.

La obligación de custodia debe cumplirse de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por la entidad, aspecto que constituye uno de sus deberes y que conduce a analizar cada caso en función de la capacidad de cada una de las partes de cumplir con el nivel de diligencia exigido. La SAP de Castellón núm. 71/2000, de 12 de febrero (AC 2000\753) no comparte la exoneración de la entidad sobre la base de una pretendida negligencia grave del usuario al dejar la tarjeta en su vehículo. Toma en consideración que el emisor no facilitó instrucciones precisas al cliente cuando, por su experiencia, está en condiciones de hacerlo y concluye que no se debe trasladar al usuario la diligencia que también incumbe a las demás partes, comerciantes incluidos, pues “no cabe exigir una diligencia extraordinaria al titular de la tarjeta exonerando, al tiempo, de esa diligencia extraordinaria a las demás partes”.

Se observa, no obstante, una dudosa tendencia (por la inseguridad que entraña) a presumir que el número PIN no se custodiaba adecuadamente (así, se halla junto a la cartera o se ha revelado), cuando el tiempo que emplean los sustrayentes en hacer uso fraudulento de la tarjeta es tan corto que elimina cualquier duda acerca de la posibilidad de conocer el número por otros medios. La SAP de Salamanca núm. 363/2004, de 1 de octubre (AC 2004\2280) imputa al usuario una falta de diligencia en la custodia del número de acceso al valorar que sólo habían transcurrido siete minutos desde la sustracción hasta la realización de los reintegros y disposiciones, presumiendo que si el

---

69 La diligencia se medía entre Campsa y la Compañía de transportes. Se valora en este caso que “el conductor que utiliza la tarjeta no tiene que presentar identificación personal alguna, pues su nombre no consta en la tarjeta, ni tampoco se exige que el empleado compruebe la firma, pues no se acredita que la tarjeta vaya firmada por nadie. Por otro lado no resulta razonable exigir la documentación del camión, pues, puede ser que no sea propiedad del titular de la tarjeta y exigir otro tipo de documentación chocaría con la celeridad en el tráfico mercantil y más aun en una gasolinera de las características de La Jonquera en la que repostan una gran cantidad de vehículos”. Visto que las posibilidades de utilización fraudulenta de la tarjeta son mayores que en el caso de una tarjeta de crédito a nombre del que debe utilizarla (se apunta a la posibilidad de utilizar placas de matrícula falsas), la sentencia infiere que “el poseedor de tal tarjeta debe extremar la vigilancia en su custodia y concluye que “no habiéndose acreditado que los empleados de la gasolinera actuaran con negligencia, no quedando tampoco acreditado en qué circunstancias y el día en que realmente se sustrajo la tarjeta, no quedando acreditado que el suministro del día 16 fuera fraudulento y que de ser cierta la sustracción también pudo ir acompañada de una alteración de matrículas, no cabe más que imputar la responsabilidad al conductor y empleado de la actora al no custodiar debidamente la tarjeta. Además, no sólo debía ser diligente en la custodia de la tarjeta por lo antes dicho, sino que también debía ser diligente en comprobar su existencia en el lugar donde la tenía, siendo inadmisibles que tardara cuatro días en apercibirse de la sustracción”.

infractor estuvo en condiciones de acceder (o conocer) el PIN de la tarjeta era porque el número “estaba sin duda con la tarjeta o adminículo (cartera) en que se portaba al momento del atraco por los malhechores, llevándose con esa cartera y utilizándolo para aquel ilícito designio, sin que en buena y normal lógica pueda comprenderse razón distinta, no existiendo medios técnicos o conocimientos distintos para ello, por muy sofisticados y ágiles que se proclamen en orden a acceder a esa clave numérica; pues los mismos aún posibles en términos generales exigen también lógicamente una preparación en el lugar, tiempo y ejecución que no puede razonablemente concebirse concurrir en tan limitado espacio de tiempo”. La SAP de Salamanca núm. 223/2004, de 7 de junio (AC 2004\1347) coloca el listón de la presunción en el cuarto de hora<sup>70</sup>. Creemos que la presunción fáctica debería descansar en un cúmulo de datos que permitan reforzar esta referencia temporal (así acierto del número al primer intento, circunstancias en que se pierde o roba la tarjeta) para evitar una vinculación ligera entre el tiempo empleado en hacer uso del título y el forzoso conocimiento del número de acceso (cfr SAP de Madrid núm. 348/2005, de 5 de mayo, JUR 2005\179031).

El titular debe notificar cualquier anomalía al emisor o a la entidad especificada por éste, sin demora y en cuanto tenga conocimiento de ello. Este momento traslada el riesgo a la entidad, sin perjuicio de los matices o modificaciones derivados de límites cuantitativos, fraude o negligencia. La Recomendación 97/489/CE planteaba una diligencia “razonable”, expresión más laxa que la proyectada, más exigente a partir del descubrimiento de la anomalía<sup>71</sup>. Está claro que, en este contexto, la capacidad de sospecha también debe someterse a un nivel de diligencia exigible. Así, la SAP de Castellón núm. 494/1998, de 26 de octubre (AC 1998\2131) considera que el titular de la tarjeta debe sospechar del robo en su automóvil. La sentencia (sin perjuicio de la actuación de los establecimientos, no ajustada a los términos de los contratos de afiliación), aprecia un doble nivel de negligencia: en la custodia de la tarjeta (al dejarla junto con el permiso de conducir en un coche estacionado lo que facilita la identificación del titular) y, en particular, en las nulas medidas de comprobación posteriores al robo tras haber detectado que la puerta del vehículo había sido forzada, pues el titular sólo actuó transcurrido un tiempo después de recibir los cargos del banco.

De nuevo, el referente temporal vuelve a cobrar significado, esta vez para eximir de responsabilidad a la entidad, que conoce las incidencias si se las comunica el usuario (sin perjuicio de su capacidad de detectar operaciones desproporcionadas, sucesivas o sospechosas). No existen criterios definidos: se ha considerado infracción del requi-

---

70 Presume la sentencia que: “como quiera que el acceso a dicha tarjeta de crédito por parte de la persona que posteriormente realizó el uso fraudulento de la misma estuvo provocado por una sustracción de la cartera y, habida cuenta de que el infractor estuvo en condiciones de acceder al número secreto de la tarjeta, número PIN, en un máximo de un cuarto de hora desde su obtención, el número PIN que daba acceso a la cuenta se hallaba también dentro de la cartera sustraída. No puede en buena lógica, teniendo en consideración el muy escaso margen de tiempo con que contó el infractor desde la sustracción hasta la primera extracción en el cajero, alcanzarse conclusión distinta, lo que conduce a entender que no existió posibilidad técnica de que éste accediera al número PIN por otros medios distintos al de la propia presencia de tal número en el interior de la cartera por cuanto que el acceso a tales claves en tan corto lapso de tiempo (de poco más o menos quince minutos) exigiría unos conocimientos, unos medios técnicos y un tiempo de dedicación que no podían razonablemente concurrir en el presente caso, en el que además el teclado del número correcto se produjo en todas las ocasiones al primer intento”. Véase también la SAP de Baleares núm. 478/2002, de 17 de julio (AC 2002\2036).

71 El retraso en comunicar el robo o pérdida puede concurrir con fallos del sistema, dando lugar a una compensación de culpas: así, la SAP de Huesca núm. 261/2003, de 31 de octubre (JUR 2004\42398) aprecia la conducta negligente del apelante (que echando de menos la tarjeta de crédito no procede inmediatamente a comunicarlo) y de los establecimientos donde se efectuaron las compras fraudulentas (que no comprueban la identidad y firma del portador de la tarjeta cuando realizó unas burdas imitaciones). Véase también la SAP de La Rioja núm. 256/2003, de 4 de julio (JUR 2003\243843).

sito de urgencia la tardanza de 42 días en comunicar la sustracción<sup>72</sup>, aunque esta claridad se pierde en plazos más cortos (así la tardanza de cuatro días que también se considera negligente)<sup>73</sup>. El consenso se matiza al enjuiciar el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de las cláusulas que eximen de responsabilidad a la entidad si el titular no notifica rápidamente. La SAP de Madrid núm. 15/2004, de 11 de mayo, (AC 2005\832) no ve desproporción en la obligación de comunicar de forma inmediata o urgente, sin perjuicio de la ponderación de las circunstancias. Sobre las cláusulas que eximen de responsabilidad a la entidad si el cliente tarda más de veinticuatro horas en notificar, la SAP de Madrid núm. 254/2006, de 25 de abril (AC 2006\839) se pronuncia a favor de su validez en un caso dónde la usuaria no tenía que sufragar los cargos por haberse producido antes de transcurrir este tiempo (aunque ella no se hubiera percatado de la sustracción ni la hubiera notificado hasta cuarenta y ocho horas después), estableciendo que “la recta interpretación de la cláusula no permite que se utilice la reducida demora en la comunicación -menos de veinticuatro horas sobre el plazo estipulado e inmediatamente después de advertir la sustracción- como fundamento de la exención de responsabilidad de la entidad bancaria e imputación a la titular de las tarjetas, cuando dicha demora resultó irrelevante, y no fue la causa de que se produjeran más disposiciones fraudulentas”<sup>74</sup>. Creemos que la sentencia está admitiendo la necesidad de ponderar la aplicación de la diligencia debida al caso concreto y que, consiguientemente, no es admisible una exención apriorística<sup>75</sup>. A nuestro juicio, sólo la conducta negligente de unos de los participantes en la operación puede alterar el reparto del riesgo inherente al sistema. Las cláusulas contractuales pueden perfilar los criterios de actuación pactados (así la diligencia exigible) pero no eliminar este reparto por franjas horarias<sup>76</sup>.

Por otra parte, el art. 47 PDSP fija las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de verificación de pagos, quien debe cerciorarse de que terceras personas no puedan acceder a los elementos de seguridad personalizados, abstenerse de enviar instrumentos de verificación de pagos no solicitados (salvo sustitución por caducidad o para añadir o modificar elementos de seguridad) y garantizar la disponibilidad de medios adecuados para comunicar las incidencias y bloquearlos. El art. 7 de la Recomendación 97/489/CE explicitaba que el emisor sólo podía revelar el número de identificación personal u otros códigos al propio titular y su deber de mantener un registro interno durante un período de tiempo suficiente que dejara constancia de las transacciones y permitiera rectificar errores (cfr art. 44 PDSP).

La entidad, al disponer los canales de comunicación con el cliente, soporta también la carga de acreditar la notificación (así, grabar la conversación)<sup>77</sup>. El art. 47 PDSP indica que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario medios que le permi-

---

72 Véanse la SAP de Castellón núm. 302/2003, de 5 de noviembre (AC 2004\211) y la SAP de Girona núm. 238/2005, de 9 de junio (JUR 2005\181562).

73 Véase SAP de Barcelona de 25 de enero de 1999 (AC\3165). Véase una referencia de la diversidad al respecto en: BUSTO LAGO, José Manuel, ALVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp.743-744.

74 La SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005 ha declarado su validez argumentando que la entidad emisora de la tarjeta carece de otro medio para conocer la sustracción o extravío que la propia comunicación del cliente. Véase asimismo la SAP de Vizcaya núm. 224/2005, de 28 abril (AC 2005\1406).

75 Así valoramos la SAP de Madrid núm. 256/2006, de 25 de abril, AC 2006\873, que imputa totalmente la pérdida a la titular sobre la base de esta tardanza en comunicar pero también de la negligencia en la custodia de la tarjeta). Veremos más adelante que el tema conecta con la aplicabilidad del límite cuantitativo al riesgo correspondiente al titular.

76 Véase en sentido acorde con esta afirmación, la SAP de Toledo núm. 270/1999, de 1 de julio (AC 1999\1739) y SAP de Madrid núm. 371/2006, de 26 de mayo (AC 2006\1863).

77 Véase la SAP de Valencia núm. 114/2002, de 18 de febrero (JUR 2002\115640).

tan demostrar que ha comunicado la pérdida, hurto o la utilización no autorizada. En este sentido, parece asentar la carga probatoria sobre un referente legal, prescindiendo de la regla de la disponibilidad, al establecer una obligación de comunicar la recepción de aquella notificación. Debería hacerse en algún tipo de soporte duradero (papel, correo electrónico) que permita al usuario guardar y recuperar el medio de prueba. La entidad no debería probar un hecho negativo (no haber recibido la llamada, que podría hacerse sobre la base de un registro), sino una circunstancia positiva, como es enviar un acuse de recibo.

El art. 48 PDSP marca la dinámica de la impugnación de las operaciones de pago ya realizadas. Cuando el usuario niegue haber autorizado una operación el proveedor debe presentar, como mínimo, pruebas de que la operación de pago ha sido autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y de que no se ha visto afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. Este principio de prueba retorna al usuario la necesidad de presentar datos o pruebas materiales que permitan presumir que no pudo autorizar la operación de pago ni actuó de manera fraudulenta o cometió negligencias graves en relación con sus obligaciones de comunicar cualquier anomalía sin demora. Esta actividad probatoria del usuario, tal como está redactado el art. 48 PDSP parece una carga, cuya inobservancia impone unas consecuencias negativas (presunción de actuación negligente o fraudulenta). Creemos que la facilidad probatoria del proveedor comprende la posibilidad técnica de aportar datos y que el art. 48.3 confirma que no requiere penalizar al usuario (al establecer que el registro del uso del instrumento no es de por sí suficiente para demostrar que el usuario ha autorizado el pago o ha actuado de manera negligente o fraudulenta)<sup>78</sup>.

La recepción del extracto de las operaciones marca un momento importante a efectos probatorios. El titular debe impugnar los cargos y hacerlo en el plazo pactado, indicando cuáles son los cargos incorrectos. En este sentido, la SAP de Granada de 27 de enero de 2004 (JUR 2004\101670) valoró en contra del usuario su falta de denuncia y de comunicación y el hecho de que, demandado en el procedimiento en reclamación del saldo deudor, tampoco indicara cuáles habían sido las disposiciones fraudulentas<sup>79</sup>. La falta de impugnación se interpreta como una conformidad tácita de las órdenes de pago pues, si bien los extractos constituyen un documento unilateral de la entidad a efectos probatorios que representa un privilegio para su emisor, son un principio de prueba de la regularidad de la operación, sobre la cual debe manifestarse el titular del instrumento de pago provocando el consiguiente reparto de la carga probatoria. La SAP de Las Palmas, de 29 de septiembre de 1998 (AC 1998\1883) niega la existencia de un privilegio probatorio a favor de la entidad pero constata que “del aporte probatorio actuado a instancias del Banco demandante aparece acreditada la certeza de la relación contractual de la cuenta de ahorro suscrita y de la concesión de la tarjeta de crédito relacionada con la anterior, así como la existencia -no negada en la contestación a la demanda- de una notificación bancaria periódica de todos los apuntes contables derivados del mantenimiento de dicha cuenta que precisamente eran remitidos para evidenciar una posible disconformidad”, valorando que al no haberse efec-

---

<sup>78</sup> Así se desprende del citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre *Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior* (apartados 4.6.1. y 4.6.2.) que, compartiendo la postura de la Comisión de aliviar la carga de la prueba que corresponde a los usuarios, añade: “No obstante, tal enfoque no puede tener por resultado que el proveedor de servicios de pago no pueda presentar pruebas contrarias en casos de abuso grave. El artículo 48, apartado 2, impide precisamente que los proveedores de servicios de pago puedan demostrar la conducta negligente o, incluso, dolosa por parte del usuario”.

<sup>79</sup> Véanse, asimismo, las SAP de Soria núm. 116/1996, de 2 de septiembre (AC 1996\1507) y SAP Lugo núm. 160/2006, de 29 de mayo (JUR 2006\198502).

tuado ninguna reclamación respecto de los apuntes contables notificados “es dable a entender una presunción de veracidad, tanto más cuanto que la actitud mostrada, como oposición a la demanda, se identifica con una posición pura y globalmente negativa, sin acreditar en forma positiva las razones por las que no se acepta el estado contable presentado por el Banco demandante”.

La participación del comerciante puede ser determinante en la aceptación de una orden de pago fraudulenta. La comprobación de la firma, de la referencia fotográfica incorporada al instrumento o la solicitud del DNI al cliente son obligaciones de seguridad que, contenidas en el contrato de adhesión, conforman su proceder diligente. El sistema de captación del número de la tarjeta incide sobre el grado de diligencia exigible: si dispone de una pasarela de pagos segura, garantizada con el uso de certificados, se preocupará de tramitar el pedido pues la gestión del pago corresponde al sistema; pero la disminución del nivel de seguridad incrementa el nivel de diligencia exigible. La SAP de Sevilla núm. 638/2002, de 30 de julio (JUR 2003\89123) resuelve una adquisición fraudulenta efectuada por Internet y toma en consideración que el establecimiento no había comprobado que los receptores de las mercancías fueran los titulares de la tarjeta, introduciendo así un nuevo elemento de precaución<sup>80</sup>.

Esta participación del comerciante justifica con frecuencia la concurrencia de culpas. Por ejemplo, la SAP de Castellón núm. 402/2004, de 30 de diciembre (AC 2005\24) toma en consideración que el titular tuvo ilocalizada la tarjeta durante 18 días desde el momento de la sustracción, pero también valora “la notoria falta de comprobación de identidad y firma de quien utilizaba la tarjeta por parte de establecimientos adheridos al sistema”. Del mismo modo, la SAP de Baleares núm. 154/2003, de 20 de marzo (JUR 2003\199769) valora el incumplimiento de la titular de la tarjeta de los deberes de guarda y custodia, al no comunicar su robo hasta transcurridos treinta y dos días después del robo, la responsabilidad del Banco sobre el exceso sustraído del límite mensual disponible y de los establecimientos comerciales por la deficiente comprobación de la identidad y firma de quien utilizó la tarjeta por parte de establecimientos adheridos al sistema.

### **V.3. RESPONSABILIDAD Y RIESGOS DERIVADOS DE LA VULNERABILIDAD DEL SISTEMA**

#### **V.3.1. El límite cuantitativo a la responsabilidad del titular. La anulación del cargo**

El art. 50.1 PDSP establece la responsabilidad del usuario de servicios de pago en un máximo de 150 euros por las pérdidas derivadas del uso de un instrumento de verificación de pagos perdido o robado y acaecidas antes de dar cumplimiento a la obligación de comunicación al proveedor de servicios de pago. Después de la comunicación, no sufre ningún perjuicio (art. 50.3 PDSP), aunque esta regla se cumple siempre

---

<sup>80</sup> Considera que “es la empresa demandada quien debe soportar las consecuencias económicas del fraude, que se cifran en el saldo deudor, por importe de 17.878.638 pesetas (...), puesto que fue ella quien no adoptó las precauciones que pudieran haber evitado el fraude, como haber comprobado que la entrega de las mercancías objeto de estas operaciones se efectuó a quien era el verdadero titular de la tarjeta, o a persona autorizada por éste, comprobación a la que estaba obligado en virtud de lo dispuesto en el contrato, en su cláusula V, 2 c). Y, si bien es cierto que con la creación y utilización de las tarjetas se benefician las entidades financieras, ello no es motivo para hacerles cargar con las consecuencias del fraude, puesto que también los empresarios se benefician con este sistema de ventas”.

que no exista una particular imputabilidad de ninguno de los dos. Así, el párrafo 4º del art. 50.4 PDSP sienta que el titular no asume ninguna responsabilidad si el proveedor no ha ofrecido los medios para la notificación del robo o pérdida o anomalía y su párrafo 2º imputa las pérdidas al titular negligente. Creemos que esta orientación no debe modificarse pues lleva implícita una opción de reparto del riesgo en un sistema vulnerable, que va más allá de la imputabilidad de los participantes<sup>81</sup>.

Asimismo, en la contratación a distancia, el titular de la tarjeta puede anular inmediatamente el cargo cuando el importe se ha cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de tarjeta (art. 46 LOCM y art. 12 LCDSF). Esta potestad de impugnar unilateralmente la orden de pago constituye un mecanismo en manos del titular que garantiza su posición. No obstante, la entidad bancaria puede iniciar las actuaciones legales que crea oportunas, con el fin de demostrar que el cargo era procedente (el titular ordenó efectivamente el pago o no custodió adecuadamente la tarjeta) o bien de imputar la pérdida al comerciante que no cumplió con las obligaciones de seguridad recogidas en el contrato de adhesión.

La misma dinámica habían recogido ya las Recomendaciones europeas, las Resoluciones del SRBE y la propia jurisprudencia al atribuir valor interpretativo a las mismas y apreciar un desequilibrio en perjuicio del usuario en las cláusulas que establecieran mínimos de responsabilidad más elevados. La SAP de Asturias núm. 69/2005, de 15 de febrero (AC 2005\422) considera *obiter dictum* que sería abusivo aplicar el límite de 150 € a cada operación de reintegro para toda la suma de dinero extraída en el tiempo que media entre la sustracción y la comunicación y que, por lo tanto, lo adecuado sería aplicarlo a la cantidad global. La SAP de Zaragoza núm. 182/2005, de 12 de abril (JUR 2005\134564) considera abusiva la exclusión del límite de responsabilidad en la clonación de tarjetas.

### V.3.2. El riesgo técnico del sistema de servicio de pagos

El sistema de pagos constituye un servicio falible razonablemente seguro. Un análisis económico pone de relieve las ventajas que proporciona: negocio para las entidades financieras y los comerciantes aceptantes y comodidad y otras ventajas, como la obtención de crédito, para el usuario. Este destinatario del servicio es su substrato imprescindible y soportaría mal el desplazamiento hacia él de los riesgos del sistema. Las entidades financieras aparecen como los aglutinantes del servicio: ponen en circulación el instrumento de pago, comercializan un sistema con una fiabilidad lo más alta posible, asumen ante el cliente la gestión de las órdenes de pago. Son a la vez interlocutores contractuales, responsables del funcionamiento global del sistema ante el cliente y responsables de la gestión efectiva de una parte del circuito que permite materializar la orden y realizar los cargos<sup>82</sup> y, de ahí, la asunción de los fallos de seguridad cuando ninguno de

---

81 En este sentido, no compartimos la opinión del Comité Económico y Social Europeo, que en su Dictamen sobre *Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior* (apartado 4.8.3) considera que “la limitación de la responsabilidad del usuario a 150 euros prevista en el artículo 50 es adecuada si, pese a haber utilizado con precaución su instrumento de verificación de pagos, no repara en que lo ha extraviado, pero denuncia su pérdida de inmediato. Si el usuario no denuncia la pérdida de inmediato, a pesar de estar obligado a ello conforme al artículo 46, y el proveedor de servicios de pago no tiene tampoco posibilidad alguna de evitar o limitar los daños que dicha conducta acarree, no se debería beneficiar ese usuario en perjuicio del usuario que actúe con la debida precaución”.

82 Véase BARUTEL MANAUT, Carlos, *Las tarjetas de pago y crédito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 695-696, quien pone de relieve la utilidad del análisis económico de la responsabilidad del emisor en el sistema de tarjeta, derivado de la evidencia del riesgo derivado de su emisión. Destaca que la finalidad del

los usuarios (titular y establecimiento adherido) pueden detectar el fraude. La asunción de las deficiencias del sistema (con el mencionado límite: 150 €) no deja de representar un reequilibrio que permite a las entidades asumir el sistema de responsabilidad matizadamente objetivo, distribuyendo los riesgos entre los participantes en función de su capacidad de control y de su posición jurídica y económica subyacente.

El esfuerzo por repartir el riesgo en el propio sistema se pone de manifiesto en la SAP de Madrid núm. 327/2004, de 23 de abril (JUR 2004\228548), que resuelve las diferencias surgidas en torno a un contrato de afiliación de un establecimiento y muestra la relación entre la rebaja de la comisión y la exención de la responsabilidad de la entidad. Dicho contrato no eximía de responsabilidad a la entidad y fijaba una comisión considerablemente superior a la habitual (se trataba de un sistema de ventas por teléfono). Frente a esta relación propuesta por la entidad, la sentencia considera que el comerciante ha gestionado la orden con la diligencia exigible y pone de relieve que, al negociar el nuevo contrato de afiliación, el comerciante había rehusado una cláusula de exoneración expresa, aunque se propusiera una reducción del tipo de comisión aplicable del 5,5% al 2,75%, prefiriendo, en definitiva, el reparto originario del riesgo.

Extraordinariamente ilustrativa respecto de la asunción del riesgo técnico derivado de la comercialización y del lucro resulta al SAP de Valencia núm. 200/2006, de 17 de mayo (AC 2006\1647). Contempla un caso de clonación de tarjeta con la que se realizaron varias extracciones de efectivo desde Tallin (Estonia) y considera acreditado que su titular que había permanecido en España y había conservado la tarjeta en su poder, descartando la existencia de un tercero interpuesto al valorar su contacto inmediato con la entidad al conocer las extracciones. Admite “la existencia de un riesgo calificado como «fugas del sistema» en cuanto a la sustracción de tales tarjetas y el uso fraudulento de las mismas por parte de terceras personas, ajenas a la relación contractual bancaria que acceden en muchos casos a dichos instrumentos y la información secreta de los mismos como sus claves por medio de técnicas sofisticadas”. Adelantando que las consecuencias perjudiciales del riesgo en principio han de asumir las entidades bancarias, razona que “son ellas la parte fuerte o dominante del contrato, las generadoras de la fuente del riesgo dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el propio contrato de adhesión y por último porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad y su seguridad, pues son las que han configurado en el punto ahora que interesa, los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad”. Por el contrario, toma en consideración que la titular es totalmente ajena a la gestión del sistema, no habiendo ámbito material dónde aplicar un comportamiento diligente más allá del que le es exigible (custodia y notificación) ni capacidad de control del riesgo que justifique una participación en el reparto del mismo más allá del mínimo que las Recomendaciones europeas consideran equilibrado y que han inspirado las buenas prácticas de las entidades así como sus clausulas. Así, concluye “Presumir que aún operada la apropiación ilícita de la clave secreta por tercero a través de esos medios «tecnológicos» existe falta de diligencia del clien-

---

sistema de responsabilidad consiste en incentivar el uso de la tarjeta, cosa que descarta endurecer la responsabilidad del usuario, parte débil de la relación: “A mayor actividad, menor coste y mayores beneficios, parte de los cuales pueden destinarse a la perfección del sistema y a la dotación de los fraudes”, añadiendo que “si el riesgo aparta al cliente de la transacción, los dos empresarios a los que interesa la consecución de la transacción económica estén dispuestos a eximirle de dicho riesgo”. El autor justifica la naturaleza objetiva de la responsabilidad en que el emisor “es quien implanta el sistema, lo ha difundido y disfruta de los beneficios económicos del mismo; por tanto a él se imputan las deficiencias, aunque no le sean directamente imputables” y pone de relieve que esta perspectiva se extiende más allá de los casos de fraude: “Cualquier deficiencia mecánica del sistema no imputable directamente al emisor redundaría en perjuicio del titular, puesto que si éste deseara obtener resarcimiento o reparación, debería dirigirse contra el culpable directo.”

te-consumidor, resulta desproporcionado e injusto al imponerle en tal situación una sanción cuando resulta completamente ajeno a tal proceder y gravarle con una carga probatoria claramente perjudicial”.

La propia inseguridad, inevitable en el sistema, conduce a atribuir la responsabilidad a la entidad que no puede demostrar no sea posible conocer el número de acceso o copiar la banda magnética. La SAP de Madrid núm. 642/2004, de 6 de octubre (AC 2004\2101), al dudar de la negligencia del titular, toma en consideración que la entidad no ha acreditado que “tal número no pueda ser conocido a través de la manipulación o lectura de la banda magnética por personas que conozcan el funcionamiento y desciframiento de tales elementos”, atribuyéndole la carga de probar que sólo el titular de la tarjeta puede acceder a su número secreto<sup>83</sup>. La SAP de Tarragona núm. 20/2004, de 27 de diciembre (AC 2005\197) considera que, descartada la negligencia del titular en la custodia, corresponde a la entidad acreditar la infalibilidad del sistema respecto al sistema de número secreto o PIN. En este razonamiento, no deja de ser paradójico que, presupuesta la diligencia de los usuarios, se admita la exoneración de la entidad que acredite la infalibilidad del sistema. Sólo una generalización de la certificación electrónica y la sustitución de las bandas magnéticas permitirían replantear el reparto del riesgo. En definitiva, cobra relevancia la oportunidad de una obligación de seguridad general de los servicios, matizada por un eventual reparto legal del riesgo y la materialización de la diligencia necesaria en la ejecución del servicio.

---

<sup>83</sup> La sentencia no descarta que el sustractor haya podido ver el número secreto “de forma subrepticia y por ello inevitable para el titular de la tarjeta”, pero considera que este hecho no revela, por sí solo, una negligencia de la actora.