



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Alvarado Herrera, Lucía. Las operaciones de pago no autorizadas realizadas con tarjetas en el proyecto de código mercantil y en la ley de servicios de pago. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1963-1978. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20996>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS REALIZADAS CON TARJETAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y EN LA LEY DE SERVICIOS DE PAGO

LUCÍA ALVARADO HERRERA*

Resumen

Las siguientes líneas tienen por finalidad realizar una aproximación al régimen jurídico de las operaciones no autorizadas efectuadas con tarjetas en el Proyecto de Código Mercantil, en estrecha conexión con la normativa sobre prestación de servicios de pago. Se analizan los deberes y obligaciones de las entidades emisoras y de los titulares de las tarjetas, así como la atribución del riesgo por las pérdidas originadas como consecuencia de operaciones no autorizadas efectuadas con tarjetas extraviadas o sustraídas.

Contenido

1. Introducción. – 2. Cuestiones previas. – 3. La responsabilidad derivada del uso no autorizado de la tarjeta: Obligaciones y deberes de las partes. – 3.1. Deberes del titular de la tarjeta. – 3.2. Obligaciones y deberes de la entidad emisora. – 4. Régimen general de las operaciones de pago no autorizadas en la LSP. – 4.1. Deber del usuario de notificar las operaciones de pago no autorizadas. – 4.2. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago y del ordenante derivada de la ejecución de operaciones de pago no autorizadas. – 5. Régimen de las operaciones de pago no autorizadas derivadas del extravío o sustracción de una tarjeta en la LSP y en el PCM. – 5.1. Atribución del riesgo de pérdida antes de la notificación. – 5.2. Atribución del riesgo de pérdida tras la notificación. – 6. Un caso particular: operaciones de pago no autorizadas derivadas del uso de tarjetas en Internet.

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Mercantil¹ incluye, entre otras novedades, una regulación de las tarjetas, concretamente en el Título VI (“*De las tarjetas*”) del Libro Sexto (“*De los títulos-valores e instrumentos de pago y crédito*”). No pretende el Código Mercantil ofrecer una regulación exhaustiva de estos instrumentos; así lo manifiesta la Exposición de Motivos al señalar que “*el objeto del Título dedicado a las tarjetas es única y exclusivamente la normativa vinculada con la legitimación para el ejercicio del*

* Profesora Titular de Derecho mercantil. Universidad Pablo de Olavide.

¹ En adelante se utilizará la abreviatura PCM.

derecho documentado”². Se trata, en definitiva, de regular *ciertos* aspectos de *algunas* clases de tarjetas (tarjetas de crédito y de débito) y no de establecer un régimen jurídico completo de estos instrumentos de facilitación de pagos.

Una de las cuestiones que plantea la nueva regulación sobre las tarjetas es la de su relación (y coherencia) con el régimen vigente en materia de prestación de servicios de pago. Este régimen se contiene en la Ley de servicios de pago (y en su normativa de desarrollo) y se aplica, entre otros, a los pagos realizados con tarjetas.

El propósito de estas líneas es el análisis que la regulación proyectada realiza del uso no autorizado de las tarjetas en conexión con las normas previstas en la Ley de servicios de pago. En particular, será objeto de estudio el artículo 663-5 PCM, que establece los deberes de los titulares de las tarjetas y remite, en parte, las consecuencias derivadas de la utilización no autorizada de estos instrumentos a la Ley de servicios de pago. Ello debe ir precedido del tratamiento de algunas cuestiones previas, relacionadas tanto con la Ley de servicios de pago como con el Proyecto de Código Mercantil, tratamiento que facilitará la comprensión de los preceptos de la normativa proyectada.

2. CUESTIONES PREVIAS

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago³ (en adelante, LSP), que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior*⁴, estableció por primera vez en nuestro Ordenamiento un régimen jurídico básico para las transferencias, adeudos domiciliados y tarjetas de pago. Concretamente, el Título IV se ocupa de regular los derechos y obligaciones del

² Cfr. Exposición de Motivos VII-30. Sobre la ubicación sistemática del régimen jurídico de las tarjetas dentro del PCM vid. TOMILLO URBINA, J., “Las tarjetas de crédito”, en VV.AA., *Hacia un nuevo Código mercantil*, Madrid, 2014, pp. 620-621.

³ BOE núm. 275, de 14 de noviembre. La Ley 16/2009 ha sido desarrollada por el *Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago* (BOE núm. 131, de 29 de mayo). En materia de transparencia en la prestación de servicios de pago vid. la *Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago* (BOE núm. 148, de 18 de junio).

⁴ *Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE, y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DOUE L 319, de 5 de diciembre)* (en adelante, *Directiva sobre servicios de pago*). Sobre los antecedentes de la Directiva vid. RAMOS HERRANZ, I., “Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la Directiva y la Ley española de servicios de pago”, *RDM*, núm. 283, enero-marzo, 2012, p. 347. Se encuentra en la actualidad en fase de elaboración una nueva Directiva, que incorporará (y derogará) la Directiva 2007/64 [*Propuesta de Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE*, COM(2013) 547 final]. La finalidad de la propuesta es, esencialmente, contribuir al desarrollo de los pagos electrónicos en el mercado interior. La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago se completa con la *Propuesta de Reglamento sobre las tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta* [COM (2013) 550/3; 2013/0265]. Con la finalidad de promover y estimular el empleo de las tarjetas en los pagos de escasa cuantía por parte de los consumidores, el *Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (BOE núm. 163, de 5 de julio) ha adoptado diversas medidas en materia de tasas de intercambio, sin esperar a que la propuesta de Reglamento se haya materializado (vid., al respecto, TOMILLO URBINA, “Las tarjetas de crédito”, *op. cit.*, pp. 622-625).

proveedor de servicios de pago (entidad de crédito, entidad de pago o entidad de dinero electrónico) y del ordenante del pago (ordenante de una transferencia, titular de la cuenta que autoriza la domiciliación, o usuario que utiliza la tarjeta para realizar el pago).

Las transferencias, adeudos domiciliados y tarjetas de pago tienen en común el ser instrumentos de pago, es decir, mecanismos que facilitan la transmisión del ordenante al beneficiario de un medio de pago. Diferenciamos, por tanto, el “medio de pago” (dinero efectivo, dinero bancario o moneda escrituraria, y dinero electrónico) del “instrumento de pago”⁵. La LSP no recoge de forma expresa esta distinción, pero parece hacer referencia a ella en su articulado, aunque utiliza términos algo diferentes. En efecto, la LSP define, de un lado, el instrumento de pago como “*cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago, utilizado por éste para iniciar una orden de pago*”⁶. De otro, señala que se entenderá por “fondos” los *billetes y monedas, dinero escritural y dinero electrónico*⁷; los “fondos” serían, por tanto, los “medios de pago” que circulan del transmitente al adquirente por medio de los instrumentos de pago.

El tratamiento unitario que ofrece la LSP de los instrumentos de pago mencionados obedece, en gran medida, a que todos ellos facilitan la realización de pagos mediante una transferencia de fondos (entendida ésta en sentido amplio) del ordenante al beneficiario, transferencia que se produce bien a iniciativa del ordenante (transferencias bancarias) –lo que origina una transferencia de crédito-, bien a iniciativa del beneficiario (adeudos domiciliados y tarjetas) –lo que da lugar a una transferencia de débito-. La transferencia de estos fondos al beneficiario es la finalidad perseguida por el ordenante, a fin de cumplir con su obligación de pago.

A la acción de transferir los fondos la denomina la LSP “operación de pago”⁸, si bien la definición incide en el carácter abstracto de dicha acción, al señalar que la operación de pago es independiente de las relaciones subyacentes entre el ordenante y el beneficiario. Se quiere con ello poner de manifiesto que las entidades no intervienen propiamente en una operación “de pago” (en el sentido de cumplimiento de una obligación) sino en una operación de transferencia de fondos, siendo las entidades ajenas a la finalidad perseguida por las partes con esa transferencia que, en la mayoría de las ocasiones, será la de realizar un pago.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, el destinatario de la regulación contenida en la LSP es el “usuario de servicios de pago”, entendido éste como una *persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos*⁹. El usuario puede ser un “consumidor” (*persona física que,*

⁵ Vid. sobre esta distinción MATEO HERNÁNDEZ, J.L., *El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos*, Comares, Granada, 2005, pp. 59-61.

⁶ Cfr. art. 2º. 23 LSP. La definición que ofrece la LSP presenta la gran ventaja de su “neutralidad” desde el punto de vista tecnológico; es decir, abarcaría tanto instrumentos de pago hoy conocidos como otros futuros que cumplieran esa función de facilitar los pagos.

⁷ Cfr. artículo 2º.15 LSP.

⁸ Art. 2º. 5 LSP: “Operación de pago: una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, consistente en situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos”.

⁹ Cfr. art. 2º.10 LSP.

en los contratos de servicio de pago actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional)¹⁰ o no serlo. Cuando el proveedor de servicios de pago contrate con un no consumidor podrá pactar con éste que no se apliquen determinados preceptos, entre ellos los relativos a los derechos y obligaciones relacionados con la utilización de instrumentos de pago¹¹.

Como se indicó anteriormente, la LSP se aplica a las *tarjetas de pago*, expresión que debe entenderse en el sentido de incluir todas aquellas tarjetas que puedan cumplir una función de pago: tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de prepago. Pues bien, la Ley regula tanto la emisión y adquisición de tarjetas de pago como la ejecución de operaciones de pago mediante estos instrumentos¹² (es decir, lo relativo a su utilización).

El Proyecto de Código Mercantil dedica tres capítulos a las tarjetas de pago. En el capítulo I (*“De las tarjetas en general”*) ofrece una definición y una clasificación de las tarjetas, a los efectos de determinar el ámbito objetivo de aplicación. El PCM define las tarjetas como *“instrumentos materiales que incorporan un dispositivo electrónico, emitidos en ejecución de un contrato con el emisor, cuya presentación y uso conforme a lo establecido en el contrato de emisión permite al titular de la tarjeta efectuar los actos o las operaciones determinados en ese contrato”*¹³, diferenciando, posteriormente, entre tarjetas de crédito y tarjetas de débito¹⁴. El capítulo II (*“Del uso de las tarjetas”*) se centra en la legitimación del titular de la tarjeta, mientras que el capítulo III (*“Del contrato de tarjeta”*), regula, entre otras cuestiones, las obligaciones y deberes de los emisores, contratantes y titulares de tarjetas.

Debe recordarse, como se indicó más arriba, que el alcance de las normas propuestas es limitado, en la medida en que el PCM se refiere única y exclusivamente a la normativa vinculada con la legitimación para el ejercicio del derecho documentado. Cabe preguntarse a qué *“derecho documentado”* se refiere la norma. El tratamiento unitario de las tarjetas de débito y de crédito nos hace pensar que el legislador, sin obviar lo referente a la tarjeta de crédito en cuanto que instrumento de concesión de crédito, se fija fundamentalmente en la tarjeta en tanto que documento que acredita (y

¹⁰ Cfr. art. 2º.11 LSP.

¹¹ Vid. art. 23.1 LSP. En concreto, por lo que a nuestro estudio interesa, las partes podrían pactar la no aplicación de ciertos aspectos del régimen de las operaciones de pago: consentimiento (art. 25); prueba de la autenticación y ejecución (art. 30); y responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas (art. 32).

¹² El artículo 1º 2 de la LSP enumera los servicios de pago incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley. Por lo que se refiere a las tarjetas, la LSP incluye entre los servicios de pago regulados por ella *“la ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar [art. 1º.2.c) 2º], y “la emisión y adquisición de instrumentos de pago” [art. 1º.2.e)].* No debe olvidarse que las tarjetas de prepago (también conocidas como tarjetas monedero) tienen la naturaleza de *“dinero electrónico”*, por lo que quedan sometidas, además, a las disposiciones de la *Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico* (BOE núm. 179, de 27 de julio).

¹³ Cfr. art. 661-1 PCM.

¹⁴ Art. 661-2 PCM: *“Tarjetas de débito. Mediante las tarjetas de débito el titular satisface una deuda dineraria o dispone de efectivo con cargo simultáneo a una cuenta con saldo disponible”*; art. 661-3 PCM: *“Tarjetas de crédito. Mediante las tarjetas de crédito el titular dispone de efectivo a crédito o satisface una deuda dineraria que asume el emisor como propia, aplazando el reintegro al emisor conforme a las modalidades pactadas en el contrato de emisión”*. No se aplicarían, por tanto, las disposiciones del PCM a las tarjetas prepago.

legítima al titular para su ejercicio) la existencia del derecho que ostenta el titular de exigir al emisor la realización de pagos por su cuenta¹⁵. Se atiende, por tanto, a la función de ser instrumento de pago (o medio de facilitación de pagos), con independencia de que el pago se realice con los fondos que el titular tiene en su cuenta (tarjeta de débito) o a crédito (tarjeta de crédito)¹⁶. Además, el PCM hace referencia a otros derechos, como el de la retirada de efectivo¹⁷ y, en general, cualquier derecho contemplado en el contrato de emisión de la tarjeta¹⁸.

A modo de resumen puede afirmarse que el PCM regula, al igual que la LSP, determinados aspectos de la emisión y uso de tarjetas de pago¹⁹. Entendemos que cuando la materia regulada por ambas normas sea idéntica, la LSP será de aplicación preferente, ya que se trata de una legislación especial²⁰. Debe tenerse en cuenta, además, que la regulación contenida en la LSP tampoco es exhaustiva, y puede ocurrir que determinados aspectos relacionados con las tarjetas no estén regulados en la LSP y sí en el PCM. En estos casos (es decir, a falta de previsión en la LSP), deberán aplicarse las disposiciones del PCM.

El problema se suscita, a nuestro modo de ver, cuando el usuario-titular de la tarjeta no tiene la condición de consumidor. En estos casos, si las partes no excluyen la aplicación de las normas de la LSP, ésta les será aplicable. En caso contrario (es decir, proveedor y usuario pactan la no aplicación de la LSP), podría entenderse que quedarían sometidas a la regulación contenida en el PCM.

3. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL USO NO AUTORIZADO DE LA TARJETA: OBLIGACIONES Y DEBERES DE LAS PARTES

La LSP se ocupa de las operaciones de pago no autorizadas en el Título IV (*“Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago”*), diferenciando dos supuestos distintos: régimen de responsabilidad en caso de

¹⁵ Nos parece relevante en este momento hacer referencia al concepto de tarjeta de crédito ofrecido por NÚÑEZ LOZANO (*La tarjeta de crédito*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, p. 27). El autor afirma que la tarjeta de crédito es un documento de legitimación intransmisible, idóneo para identificar a su titular a los efectos de ejercer dos clases de derechos: primero, el derecho a obtener el aplazamiento de los pagos de las deudas de dinero que contraiga en correspondencia con las prestaciones de su emisor propias de su actividad profesional; segundo, el derecho a encomendar a su emisor la realización de pagos. El primero de los derechos sólo estaría presente en la tarjeta de crédito, mientras que el segundo se predica tanto de la tarjeta de crédito como de la de débito.

¹⁶ Así se desprende del contenido de los artículos 661-2 y 661-3 transcritos *supra* en nota núm. 14.

¹⁷ Vid. los artículos 661-2 y 661-3 transcritos *supra* en nota núm. 14.

¹⁸ Art. 661-4 PCM: *“Cuenta de pago: Las tarjetas, sean de débito o de crédito, podrán incorporar la facultad de realizar, en relación con una o varias cuentas de pago, los actos especificados en el contrato de emisión al que el cliente se hubiera adherido”*.

¹⁹ En palabras de TOMILLO URBINA (*“Las tarjetas de crédito”*, *op. cit.*, p. 620), *“el propósito que guía el régimen jurídico de las tarjetas (Título VI) no es otro que el establecimiento de un conjunto de reglas relativas a determinadas cuestiones básicas estrechamente conectadas con la emisión, tenencia y uso de las tarjetas”*.

²⁰ Art. 001-4 PCM: *“Jerarquía de normas. 1. En las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código”*.

operaciones de pago no autorizadas (régimen general) y régimen de responsabilidad para los supuestos de operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído (régimen especial)²¹. En el caso de operaciones de pago realizadas con tarjetas, el régimen especial se aplicaría en los casos en los que el uso no autorizado fuera precedido de un previo extravío o sustracción de la tarjeta. El general englobaría todos los demás supuestos, es decir, usos no autorizados sin que medie extravío o sustracción de la tarjeta.

El PCM no establece un régimen general de responsabilidad de operaciones de pago no autorizadas, sino que, dado la materia regulada (las tarjetas de crédito y débito) regula exclusivamente los usos no autorizados de tarjetas, en concreto, los que van precedidos de una previa pérdida o sustracción (art. 663-5 PCM).

3.1. Deberes del titular de la tarjeta

El artículo 27 de la LSP impone una serie de deberes a los titulares de tarjetas. En primer lugar, el titular debe utilizar la tarjeta de acuerdo con las condiciones que regulan su emisión y uso, haciéndose hincapié en el deber de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto. Estas condiciones son establecidas en el contrato de emisión de la tarjeta²²: firmar la tarjeta, mantener en secreto el PIN, abstenerse de anotar el PIN en la tarjeta o en un documento –u objeto- que pueda encontrarse con la tarjeta; evitar que el PIN pueda ser deducido de datos personales del cliente, etc.

En segundo lugar, el usuario debe notificar a su entidad (o a quien ésta designe)²³, sin demoras indebidas, el extravío, sustracción o utilización no autorizada de la tarjeta²⁴. Este deber de notificación nace en el momento en que el usuario *tiene conocimiento* del extravío, sustracción o utilización no autorizada.

El artículo 663-5 del PCM (*Deberes de los titulares de las tarjetas*)²⁵ impone tres deberes fundamentales a los titulares de tarjetas: el deber de custodiarlas, de utilizarlas en los términos establecidos en el contrato y de notificar su pérdida o sustracción, o su utilización por persona no autorizada. Es en la obligación de notificación donde encontramos diferencias sustanciales entre la regulación prevista en

²¹ Vid. *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283.

²² El artículo 12.5.a) de la *Orden EHA/1608/2010* (cit. *supra* en nota núm. 3) impone a la entidad emisora de la tarjeta el deber de facilitar al usuario, con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta, “una descripción de las medidas que el usuario de servicios de pago deberá adoptar para preservar la seguridad de un instrumento de pago...”.

²³ El artículo 12.5.a) de la *Orden EHA/1608/2010* (cit. *supra* en nota núm. 3) impone a la entidad emisora el deber de facilitar al usuario, con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta, información sobre la forma en que debe realizarse la notificación.

²⁴ Crítica RAMOS HERRANZ (“Las obligaciones y la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 359) el empleo de la expresión “sin demoras indebidas” por su falta de seguridad jurídica, ya que deja “en las manos de la interpretación jurídica judicial y extrajudicial (incluida claro está la doctrinal-científica) la delimitación del nivel exigido para cumplir con tal obligación”.

²⁵ Resulta acertada la diferencia que establece el PCM entre *obligaciones* del contratante (art. 663-6) y *deberes* del titular de la tarjeta (art. 663-5). Son obligaciones del contratante la de pagar al emisor la cuota o cuotas periódicas establecidas en el contrato y, además, si se trata de una tarjeta de crédito, reintegrar al emisor las cantidades adeudadas por el contratante derivadas del uso de la tarjeta.

la LSP y la recogida en el PCM. En efecto, señala este último que el titular de la tarjeta tiene el deber de “*comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta o su utilización por persona no autorizada*”. No aclara la norma, sin embargo, cuándo surge ese deber, a diferencia de la LSP, que establece expresamente que el deber de comunicación surge en el momento en el que el titular de la tarjeta tiene conocimiento de la pérdida, sustracción o uso no autorizado.

Interesa destacar, además, que el PCM distingue entre dos supuestos distintos que originan el deber de comunicación del titular de la tarjeta: la pérdida o sustracción de la tarjeta, de un lado; y la utilización por persona no autorizada, de otro. Es decir, diferencia, al igual que lo hace la LSP, entre usos no autorizados de la tarjeta que van precedidos de la previa pérdida o sustracción del instrumento de pago de aquellas otras en las que no media la pérdida o sustracción. Lo que sucede es que, como se pondrá de manifiesto más adelante, el PCM, a diferencia de la LSP, únicamente regula (y además parcialmente) las consecuencias derivadas de usos no autorizados de tarjetas previamente sustraídas o extraviadas.

3.2. Obligaciones y deberes de la entidad emisora

El artículo 28 de la LSP enumera, sin diferenciarlos, una serie de obligaciones y deberes que recaen sobre la entidad emisora de la tarjeta

En primer lugar, la entidad tiene la obligación de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados de la tarjeta (el PIN, claves de coordenadas para el uso de la Banca electrónica, etc.) sólo sean accesibles al titular. Esta obligación se extiende tanto al momento anterior a la comunicación al cliente de estos elementos de seguridad (el precepto establece expresamente que la entidad soportará las pérdidas que puedan derivarse del envío al cliente de la tarjeta o de algún elemento de seguridad personalizado de la tarjeta) como al momento posterior a esa comunicación. Ello no es incompatible con la diligencia que se exige al titular de la tarjeta en la custodia de estos elementos personalizados; lo que significa, entendemos, es que la entidad tiene que adoptar las medidas (técnicas) oportunas para que esos elementos no sea accesibles a terceros no autorizados por el titular. En segundo lugar, la Ley impone a la entidad una obligación de no hacer: abstenerse de enviar tarjetas no solicitadas, salvo en los casos de sustitución. Aclara la Ley que dicha sustitución puede venir motivada por la incorporación a la tarjeta de nuevas funcionalidades no solicitadas expresamente por el titular siempre que se cumplan dos condiciones: primero, que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad; segundo, que la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente.

Junto a estas obligaciones, la LSP impone a las entidades el deber de garantizar la disponibilidad en todo momento de medios *adecuados y gratuitos*²⁶ para que el titular

²⁶ La Directiva sobre servicios de pago no hace referencia al carácter gratuito de la notificación, por lo que en este aspecto la Ley española incrementa el nivel de protección del usuario.

pueda notificar el extravío, la sustracción o utilización no autorizada de la tarjeta²⁷. Les atribuye, además, la carga de impedir la utilización de la tarjeta una vez efectuada la notificación de su extravío o sustracción, o el uso no autorizado.

El PCM, por su parte, se ocupa de las obligaciones de la entidad emisora en el artículo 663-2. De entre ellas destaca la de incorporar a la tarjeta medidas de seguridad razonables para impedir el uso indebido de la misma²⁸.

4. RÉGIMEN GENERAL DE LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS EN LA LSP

Según señala el artículo 25.1 de la LSP, una operación de pago se considera autorizada cuando el *ordenante* ha dado el consentimiento para su ejecución; a falta de este consentimiento la operación de pago se considera no autorizada. Según el mismo precepto, “*el ordenante y su proveedor de servicios de pago acordarán la forma en que se dará el consentimiento así como el procedimiento de notificación del mismo*”.

El titular de la tarjeta (ordenante en los términos de la LSP) acordará con la entidad emisora la forma de dar este consentimiento en el contrato de emisión de tarjeta: tecleo del PIN en el TPV (tarjetas dotadas de chip)²⁹; firma de la factura emitida por el establecimiento (tarjetas con banda magnética); facilitación del número de la tarjeta, fecha de caducidad y código de verificación de la tarjeta (operaciones no presenciales); etc.

4.1. Deber del usuario de notificar las operaciones de pago no autorizadas

El artículo 29 de la LSP dispone que cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha realizado una operación de pago no autorizada (que podrá tener origen en un error o en una actuación fraudulenta de un tercero) deberá comunicarlo al proveedor de servicios de pago sin tardanza injustificada (art. 29 LSP). Lo normal es que el usuario del servicio de pago tenga conocimiento de estas operaciones no autorizadas accediendo a los datos de los movimientos de su cuenta (consulta por Internet, comunicación de la entidad por SMS, envío de extracto, etc.).

²⁷ Además, cuando el titular de la tarjeta lo solicite, la entidad deberá facilitarle, también de forma gratuita, medios que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma.

²⁸ Art. 663-2 PCM: “*De las obligaciones del emisor. Son obligaciones del emisor de la tarjeta: a) La de incorporar a la tarjeta las medidas de seguridad razonables para impedir el uso indebido de la misma. b) La de entregar la tarjeta o tarjetas a la persona con la que contrate o a la persona o personas indicadas por éste. c) La de satisfacer, por cuenta del contratante, en pago de los bienes o de los servicios adquiridos por el titular o titulares de las tarjetas emitidas, los cargos presentados por los empresarios o entidades asociadas a la red constituida por el propio emisor o a la que éste se hubiera adherido. d) La de remitir un resumen detallado de las operaciones realizadas con la tarjeta, mensualmente o con la periodicidad menor que se hubiere pactado, al domicilio o a la dirección electrónica indicados por el contratante o, si se hubiera pactado en el contrato, por el titular o por cada uno de los titulares de las tarjetas*”.

²⁹ En ocasiones, ciertas entidades emisoras no requieren siquiera el tecleo del PIN cuando se trata de pagos de escasa cuantía (normalmente operaciones iguales o inferiores a 20 euros).

Señala más adelante el precepto que esta comunicación deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono. El establecimiento de este plazo no contradice lo dicho anteriormente, es decir, el usuario no tiene trece meses para notificar a su entidad la operación no autorizada, sino que dicha notificación debe realizarse *sin tardanza injustificada* desde que conoció dicha operación. Ahora bien, al vincular el plazo de la notificación (*sin tardanza injustificada*) al conocimiento, la entidad del usuario queda en una situación precaria, pues habría cargos que podrían ser impugnados incluso años después de haberse producido. Para evitar que esto suceda, la LSP establece el plazo de trece meses máximo para la notificación. Transcurridos trece meses desde que se realizó el cargo o el abono indebido, si el usuario comunica la operación no autorizada aunque sea de forma inmediata desde que tuvo conocimiento del cargo no autorizado, su entidad no será responsable en los términos del artículo 31 LSP³⁰. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior al de trece meses.

4.2. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago y del ordenante derivada de la ejecución de operaciones de pago no autorizadas

El artículo 31 de la LSP establece que, efectuada la comunicación de la operación no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación³¹. Es decir, que cuando el usuario niegue haber autorizado la operación, su entidad deberá reintegrarle su importe. Luego son los proveedores y no los usuarios los que deben soportar la pérdida originada³².

A pesar de los términos en que se expresa el precepto, que podrían hacer pensar que basta con que el usuario niegue haber autorizado la operación para que la entidad sin más le devuelva el importe, el proveedor de servicios de pago podrá alegar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia (art. 30.1 LSP).

Interesa señalar que el precepto establece, en su apartado 2, que el registro de la operación por la entidad no basta necesariamente para demostrar que la operación fue

³⁰ Este plazo máximo decae cuando el proveedor de servicios de pago no ha proporcionado o hecho accesible (por ejemplo, a través de los canales de banca a distancia) al usuario la información correspondiente a la operación de pago (art. 29.2 LSP).

³¹ En algunos casos, las condiciones generales concretan, de un lado, que la devolución se realizará a solicitud del cliente y, de otro, la forma en que debe realizarse esa solicitud (por escrito, con copia de la denuncia, en su caso, o adjuntando la documentación que justifiquen su pretensión). El artículo 31 contempla no sólo la devolución del importe de la operación sino que establece, además, que la entidad “restablecerá la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe al estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada”. Ello implica el ajuste de la fecha valor de la cuenta, a efectos de intereses, la anulación de comisiones e intereses por descubiertos originados por la ejecución de operaciones no autorizadas, etc. (vid., en este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., *Comentarios a la Ley de servicios de pago*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 578). La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (cit. *supra* en nota núm. 4) señala expresamente que los Estados “(V)elarán asimismo por que la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del ordenante no sea posterior a la fecha de adeudo del importe” (art. 65.1).

³² El artículo 12.5.d) de la Orden EHA/1608/2010 (cit. *supra* en nota núm. 3) obliga a la entidad emisora a facilitar al usuario con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta información sobre la responsabilidad que asume en virtud del artículo 31 de la LSP.

autorizada por el ordenante, ni que éste actúe de forma fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave las obligaciones del artículo 27.

Ahora bien, se ha señalado, con acierto, que la entidad debe realizar una actividad de comprobación, a fin de probar los hechos anteriormente mencionados, lo que compagina mal con la exigencia legal de que la devolución sea inmediata³³.

Entendemos, además, que la entidad podrá negarse a devolver el importe de la operación no autorizada cuando pruebe que el usuario incumplió con el deber que le impone el artículo 29 de notificar, desde que tuvo conocimiento del hecho, sin tardanza injustificada, las operaciones de pago no autorizadas o, como se indicó anteriormente, cuando han transcurrido trece meses desde la fecha del adeudo o del abono³⁴.

En relación con la aplicación de este precepto a las tarjetas, únicamente resultaría aplicable a aquellos casos en los que el cargo no autorizado no vaya precedido de un previo extravío o sustracción de la tarjeta (por ejemplo, clonación de la tarjeta, captura de datos y utilización de los mismos para la realización de una compra por Internet, etc.). Para los casos de pérdida o sustracción lo que procede es aplicar el régimen *especial* previsto en el artículo 32 de la LSP³⁵.

Queda por determinar que ocurriría si el usuario no comunica a su entidad la operación no autorizada en el plazo máximo señalado en el artículo 29 (trece meses). Pues bien, el primer inciso del artículo 31 (“*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley*”) nos lleva a concluir que en estos casos el proveedor de servicios de pago queda liberado de la obligación de devolución, quedando ésta sustituida por el deber de hacer lo posible por recuperar los fondos.

Por lo que se refiere a la responsabilidad del ordenante derivada de la ejecución de una operación de pago no autorizada, la regla general viene recogida en el apartado 2 del artículo 32, según el cual el ordenante (en nuestro caso, el titular de la tarjeta) asumirá todas las pérdidas cuando haya actuado de forma fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o con negligencia grave sus obligaciones del artículo 27³⁶.

³³ Vid. en este sentido LÓPEZ JIMÉNEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 577. Apunta el autor que la norma debería haber establecido un plazo concreto para el desarrollo de esta actividad, transcurrido el cual la entidad debería de devolver el importe de la operación no autorizada de forma inmediata.

³⁴ Así se deduce del primer inciso del artículo 31 LSP, que establece que “(*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley...*)”.

³⁵ Así lo entiende el Banco de España: “(*El Servicio viene entendiendo que, en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta derivada de una copia del instrumento de pago, no estaríamos en el supuesto contemplado en el artículo 32 de la Ley de Servicios de Pago, que establece ... la responsabilidad del ordenante por las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, ya que en estos supuestos el titular de la tarjeta no ha perdido su posesión y, por tanto, el supuesto no tiene encaje en el artículo 32 de la ley, teniendo cabida éste, sin embargo, en el artículo 31 de la ley, en tanto que se trata de una operación de pago no autorizada*)” (*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283).

³⁶ La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (*cit. supra* en nota núm. 4) contempla como novedad las consecuencias derivadas de operaciones de pago no autorizadas cuando se trate de pagos realizados a través de medios de comunicación a distancia. En estos casos, cuando el proveedor de servicios de pago no exija autenticación fuerte, el ordenante sólo soportaría las consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta (cfr. art. 66.1, párrafo segundo).

5. RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS DERIVADAS DEL EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN DE UNA TARJETA EN LA LSP Y EN EL PCM

El artículo 32 de la LSP se ocupa de las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de tarjetas extraviadas o sustraídas. Cobra aquí especial relevancia, por su incidencia en la atribución del riesgo, la obligación del titular de la tarjeta de notificar el extravío o la sustracción.

En efecto, como se ha señalado previamente, la LSP impone al titular de la tarjeta la obligación de notificar al proveedor de servicios de pago (o a la entidad que éste designe), sin demoras indebidas, el extravío o la sustracción de la tarjeta en cuanto tenga conocimiento de la pérdida o sustracción. El último inciso resulta de particular interés, ya que la notificación “sin demoras indebidas” debe realizarse no desde el acaecimiento del hecho (extravío o sustracción) sino desde que el titular tiene conocimiento del hecho³⁷.

En términos distintos se manifiesta el Proyecto de Código Mercantil. En efecto, el Código no hace depender el nacimiento de la obligación de notificar la pérdida o la sustracción del conocimiento efectivo por el titular de la tarjeta de la pérdida o sustracción; simplemente señala que el titular deberá “*comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta*” (art. 663-5). La redacción del precepto permite afirmar que, cuando se trate de un usuario no consumidor y las partes (cliente-entidad) hayan pactado (a instancias de la entidad) la no aplicación del artículo 32 de la LSP (por ejemplo, insertando una cláusula en el contrato en virtud de la cual la notificación debe realizarse a la mayor brevedad posible desde el acaecimiento de la pérdida o sustracción de la tarjeta), el usuario no consumidor no encontrará una mayor protección en el Código Mercantil. Cuando el usuario sea un consumidor, el contenido del artículo 32 es de aplicación obligatoria, por lo que el deber de notificación surgirá una vez que el titular de la tarjeta haya tenido conocimiento de la pérdida o sustracción.

5.1. Atribución del riesgo de pérdida antes de la notificación

En el período que media entre el extravío o la sustracción y la notificación del titular a la entidad, la LSP atribuye el riesgo al titular de la tarjeta. En efecto, según señala el apartado 1 del artículo 32 LSP, cuando la pérdida tenga su origen en la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, aquélla será soportada por el titular de la tarjeta (por tanto, incluso aunque su actuación haya sido diligente). Ahora bien, con la finalidad de no hacer excesivamente gravosa la posición del titular de la tarjeta, la LSP limita esta responsabilidad a 150 euros³⁸.

³⁷ Vid., sobre esta cuestión, la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 792), comentada, entre otros, por RAMOS HERRANZ en “Las obligaciones y la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 361-365. Más recientemente, SJM Madrid, 8 septiembre 2011 (AC 2011, 2146).

³⁸ El artículo 12.5.c) de la *Orden EHA/1608/2010* (*cit. supra* en nota núm. 3) obliga a la entidad emisora a facilitar al usuario con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta información sobre su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 LSP, con mención del importe correspondiente. La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (*cit. supra* en nota núm. 4) rebaja el límite hasta los 50

El artículo 32.1 LSP establece una excepción al régimen general de responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas, régimen general que se contiene básicamente en el artículo 31. Constituye una excepción porque, de aplicar el régimen general señalado anteriormente, el titular no respondería si ha actuado de forma diligente o si, concurriendo negligencia, ésta puede calificarse como leve³⁹. La razón de esta excepción –y, por tanto, de la alteración del régimen general de responsabilidad– parece derivar del deber de custodia que pesa sobre el titular en relación con la tarjeta, deber que en última instancia justificaría la atribución del riesgo (aunque limitado) al titular de la tarjeta. Con ello se consigue que el titular, además de custodiar de forma adecuada el instrumento de pago, notifique de forma inmediata la pérdida o sustracción, a fin de evitar incluso la pérdida de los 150 euros. Por otro lado la entidad, al soportar el riesgo de las pérdidas superiores a 150 euros, procurará incrementar la seguridad del procedimiento de pago.

El titular de la tarjeta soportará el total de las pérdidas cuando haya actuado de forma fraudulenta o incumpliendo, con dolo o negligencia grave, los deberes que le impone el artículo 27 de la LSP (art. 32.2 LSP). El registro de la operación de pago por la entidad no basta para demostrar la actuación fraudulenta ni la existencia de dolo o negligencia grave (art. 30.2 LSP).

Cuando existan operaciones no autorizadas derivadas del uso de tarjetas, pero sin que medie extravío o sustracción, se aplicará el régimen general (por ejemplo, en los casos de clonación de tarjetas, de operaciones realizadas con la tarjeta a través de Internet, etc.)⁴⁰. Es decir, si el titular niega haber autorizado la operación, la entidad deberá devolverle de inmediato su importe (sin perjuicio de que la entidad pueda probar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por fallos técnicos u otras incidencias –art. 30.2-). De lo expuesto podemos deducir que el artículo 32 de la LSP resulta aplicable en todos sus apartados a los pagos no autorizados realizados con tarjetas extraviadas o sustraídas, y que su apartado 2 resulta aplicable, además, al resto de operaciones de pago no autorizadas (derivadas de transferencias, domiciliaciones, y pagos con tarjeta en las que no medie extravío o

euros [art. 66.1: “(N)o obstante lo dispuesto en el artículo 65, el ordenante podrá estar obligado a soportar, hasta un máximo de 50 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o de la apropiación indebida de un instrumento de pago”].

³⁹ Así se deduce, además, del primer inciso del apartado 1 del artículo 32, que señala expresamente lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo 31...”; es decir, a pesar de que con carácter general el riesgo por operaciones de pago no autorizadas se imputa al proveedor de servicios de pago (entidad emisora de la tarjeta), en caso de pérdida o sustracción de una tarjeta el riesgo recae sobre el titular de la misma (vid., en este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, *Comentarios...*, op. cit., p. 599). Refuerza el contenido de esta interpretación el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y del Reglamento n° 24/2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad* [COM(2013) 549, de 24 de julio de 2013], punto 3.4.2.

⁴⁰ En este sentido se manifiesta el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283), cuando afirma que dentro del artículo 31 de la LSP deben incluirse “las operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que su titular no ha perdido la posesión de aquella, esto es, en los aquellos casos en los que se ha llevado a cabo una copia de la tarjeta, o bien la realización de operaciones de pago no autorizadas realizadas a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc.”.

sustracción). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el contenido del artículo 32 es disponible para las partes en los casos en los que el usuario no sea un consumidor⁴¹.

El PCM no se pronuncia, a nuestro modo de ver acertadamente, sobre las consecuencias derivadas del uso no autorizado de la tarjeta antes de la comunicación, remitiendo expresamente a la LSP.

5.2. Atribución del riesgo de pérdida tras la notificación

Tras la notificación del extravío o de la sustracción a la entidad emisora (o a la entidad que ésta haya designado), el titular de la tarjeta no sufrirá pérdida alguna derivada de su utilización (salvo, claro está, en los casos que exista una actuación fraudulenta) (art. 32.3 LSP). La notificación marca, pues, el momento en el que cesa la responsabilidad del titular de la tarjeta. Si el titular no puede notificar la pérdida o sustracción debido a que la entidad emisora no tiene medios disponibles para ello, ésta asumirá íntegramente las pérdidas (art. 32.3 LSP).

La prueba de la notificación corresponde al titular de la tarjeta. Precisamente, para facilitar su cumplimiento, la LSP impone al proveedor de servicios de pago la obligación de facilitar al usuario, cuando éste lo solicite y de forma gratuita⁴², medios que le permitan demostrar que ha efectuado dicha notificación. Esta obligación tiene, no obstante, un límite temporal: dieciocho meses desde que se produjo la notificación.

En términos parecidos se manifiesta el PCM, al señalar que “(L)a utilización no autorizada de la tarjeta por un tercero no producirá efecto alguno desde que se hubiera comunicado la pérdida o sustracción al emisor en la forma establecida en el contrato” (art. 663-5.2). El contenido de este apartado adquiere especial relevancia cuando el usuario-titular de la tarjeta no tiene la calificación de consumidor. En efecto, al ser el artículo 32 de la LSP materia disponible para las partes cuando el usuario no es un consumidor, las partes (a instancias de la entidad) podrían pactar que las pérdidas ocasionadas por operaciones realizadas con la tarjeta una vez efectuada la notificación deberán ser soportadas por el titular de la tarjeta. Cabría preguntarse sobre la viabilidad de tal pacto, si entendemos que resulta aplicable el artículo 663-5.2 PCM, y que éste tiene carácter imperativo. Es decir, podría interpretarse que el PCM pretende que, aun en los casos en los que el titular de la tarjeta no sea un consumidor, las pérdidas ocasionadas por la utilización de la tarjeta tras haberse comunicado el extravío o la sustracción no podrían imputarse a éste. Esta interpretación parece encontrar apoyo en el hecho de que el PCM no regula las consecuencias de los usos no autorizados antes de la notificación, sino que remite, como se dijo anteriormente, a la legislación sobre servicios de pago. No actúa de igual manera con la utilización no autorizada una vez realizada la comunicación, ya que señala expresamente que dicha utilización no producirá efecto alguno.

⁴¹ Vid. nota núm. 11.

⁴² La Directiva no establece el carácter gratuito de esta medida, por lo que la entidad podría cobrar al cliente los gastos derivados de su cumplimiento. La LSP, de forma parecida a lo que ocurre con la notificación del extravío, sustracción o utilización no autorizada, impone el carácter gratuito.

6. UN CASO PARTICULAR: OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS DERIVADAS DEL USO DE TARJETAS EN INTERNET

Aunque la práctica bancaria ha generado diversas soluciones de pago adaptadas específicamente a los pagos realizados a través de Internet, es cierto que aún se sigue utilizando la tarjeta “física” para realizar este tipo de operaciones. El Proyecto de Código Mercantil no se refiere expresamente a esta posibilidad, pero parece tenerla en cuenta cuando, al regular el deber de comprobación de la legitimación del portador de la tarjeta que recae sobre el establecimiento, señala que “(E)n los casos de presentación material de la tarjeta, la persona a la que se presente tiene el deber de comprobar la legitimación del portador en la forma que hubiera sido establecida...”⁴³. Es decir, el deber de comprobación se exige en los casos en los que puede ser cumplido –cuando la operación es presencial y hay una “presentación material” de la tarjeta-; no se exigirá, por tanto, en los supuestos en los que no exista presentación material porque la operación de pago se realiza a distancia (por ejemplo, por teléfono o en forma electrónica).

Más allá de esta referencia implícita, el Proyecto de Código Mercantil no se ocupa de regular estos supuestos, por lo que quedaría subsumido en el más general de usos no autorizados de la tarjeta sin que medie previa pérdida o sustracción que tampoco regula el Proyecto de Código Mercantil.

Podríamos preguntarnos, llegados a este punto, cuál sería el régimen jurídico aplicable a una operación de pago no autorizada realizada en el ámbito de Internet (es decir, en el marco de una contratación no presencial). La cuestión no tiene una fácil respuesta, en la medida en que el supuesto tendría encaje tanto en la LSP como en el TRLGDCU.

En efecto, el artículo 112 del TRLGDCU⁴⁴ se ocupa del pago mediante tarjeta en los contratos a distancia y, más concretamente, de los supuestos en que se ha producido un cargo fraudulento o indebido utilizando el número de la tarjeta. Pues bien, en estos casos el titular de la tarjeta podrá exigir la inmediata anulación del cargo⁴⁵. No aclara la norma a quién debe dirigirse el titular de la tarjeta para solicitar esta anulación. Lo más razonable sería entender que el titular de la tarjeta debe dirigirse a su entidad, de forma que ésta procediera a realizar el abono del importe cargado de manera fraudulenta o

⁴³ Cfr. art. 662-2 PCM. Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, TOMILLO URBINA, “Las tarjetas de crédito”, *op. cit.*, pp. 625-627.

⁴⁴ Téngase en cuenta que el TRLGDCU ha sido modificado recientemente por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28 de marzo)*. Mediante esta Ley se traspone al derecho interno la *Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (DOUE L 304, de 22 de noviembre)*, afectando, entre otras materias, al régimen jurídico de los contratos a distancia, que pasan a estar regulados en los artículos 92 a 113, de forma conjunta con los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Como consecuencia de esta modificación, el antiguo artículo 106 (*Pago mediante tarjeta*) ha pasado a ser el 112 (*Pago del contrato a distancia mediante tarjeta*).

⁴⁵ Art. 112 TRLGDCU, apartado 1, primer inciso: “(C)uando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo...”.

indebida. Seguidamente, la entidad del titular procederá, por ella misma o a través de la entidad del empresario, a adeudar la cuenta de éste. Y es que, en última instancia, el riesgo por el pago indebido o fraudulento se impone al empresario, tal y como se deduce del texto del artículo 112 TRLGDCU: “(E)n tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad”⁴⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista de la LSP, el supuesto descrito sería una operación de pago no autorizada al que le sería aplicable el régimen general para las operaciones no autorizadas descrito anteriormente (art. 31 LSP), o el régimen especial (art. 32 LSP), en el caso de que hubiera mediado una previa sustracción o extravío de la tarjeta. En estos casos, el riesgo por las pérdidas se hace recaer sobre el proveedor de servicios de pago (es decir, sobre la entidad emisora de la tarjeta), que deberá devolver de inmediato al titular el importe de la operación o sobre el titular de la tarjeta (art. 32 LSP), si bien con los límites establecidos en la propia norma.

Que la entidad emisora pueda, a su vez, reclamar el importe al establecimiento dependerá de lo pactado entre ellos, sin que la LSP regule el contenido del contrato entre la entidad emisora y el establecimiento⁴⁷. EL TRLGDFCU, sin embargo, al imponer el riesgo al establecimiento sí que incide en estas relaciones, si bien únicamente cuando la relación subyacente sea un contrato a distancia.

La distorsión se produce debido a que la Ley de Servicios de Pago no derogó el artículo 106 del TRLGDCU (ahora, tras la reforma operada en marzo de 2014, artículo 112) ni el artículo 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, como sí hizo con el artículo 12 de la Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros con Consumidores, apartándose así de lo previsto en la Directiva sobre servicios de pago. En efecto, esta Directiva derogó los preceptos de las Directivas sobre contratos a distancia con consumidores y sobre comercialización a distancia de servicios financieros, ya que en la Directiva se ofrecían normas más detalladas sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago⁴⁸. Ello implicaba la derogación del artículo 46 LOC, del artículo 106 TRLGDCU y del artículo 12 LCDSFC. Pues bien, como se ha indicado, únicamente este último fue derogado por la LSP⁴⁹. Recientemente se ha subsanado en parte el problema existente, ya que la Ley que modifica el TRLGDCU ha derogado el régimen de las ventas a distancia contenido en la LOCM (arts. 39 a 48)⁵⁰ y, en consecuencia, la regulación que ésta contenía de los pagos con tarjetas en las ventas a

⁴⁶ Cfr. art. 112 TRLGDCU, apartado 1, segundo inciso. Apunta MARIMÓN DURÁ (“El uso no autorizado de la tarjeta en Internet tras la Ley de servicios de pago”, en *Estudios de Derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de Valencia, Valencia. 2010, p. 482) que “las entidades de crédito no suelen plantear grandes problemas para llevar a cabo estas operaciones, sabedoras de que, en virtud de los pactos contenidos en el contrato de adhesión al sistema con los comerciantes, van a tener una posición bastante cómoda para repercutir en ellos las cantidades devueltas”.

⁴⁷ Vid. MARIMÓN DURÁ, “El uso no autorizado de la tarjeta...”, *op. cit.*, p. 490.

⁴⁸ Vid. MARIMÓN DURÁ, “El uso no autorizado de la tarjeta...”, *op. cit.*, p. 483. En concreto, son los artículos 89 y 90 de la Directiva sobre servicios de pago los que suprimen, respectivamente, los artículos 8 de las Directivas 97/7/CE y 2002/5/CE.

⁴⁹ Vid. Disposición Adicional Novena LSP.

⁵⁰ Vid. Disposición Derogatoria única 1.

distancia. A nuestro modo de ver, cuando se modifique (o derogue) la LSP como consecuencia de aprobación de la nueva Directiva sobre servicios de pago, el legislador español debería derogar el artículo 112 TRLGDCU, de forma que la ejecución de pagos con tarjeta, ya se trate de pagos presenciales o pagos a distancia, quede subsumida íntegramente en la normativa sobre servicios de pago.