



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto de Estudios Internacionales y Europeos
Francisco de Vitoria

**DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL SOBRE
OPERACIONES NO AUTORIZADAS CON
INSTRUMENTOS DE PAGO
(EN ESPECIAL TARJETAS DE PAGO)**

MIGUEL RUIZ MUÑOZ

COLECCION ELECTRÓNICA

**INSTITUTO
DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS**

FRANCISCO DE VITORIA

Nº 5

Año 2014

Dirección de la colección:
Carlos R. Fernández Liesa
Montserrat Huguet Santos

ISBN: 978-84-697-2034-9
Depósito legal: M-36297-2014

Instituto Universitario de Estudios Internacionales
y Europeos “Francisco de Vitoria”
c. Madrid, 126. Edificio Luis Vives
28903 Getafe. Madrid. España
Despachos 11.1.19/11.1.18/11.1.23
Tel.: +34 91 624 98 43
Fax: +34 91 624 97 99
fvitoria@der-pu.uc3m

**DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL SOBRE OPERACIONES NO
AUTORIZADAS CON INSTRUMENTOS DE PAGO
(EN ESPECIAL TARJETAS DE PAGO)**

Miguel Ruiz Muñoz
Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

A la memoria del profesor Dr. Adolfo Aurióles Martín

Índice

1. INTRODUCCIÓN: LA ESCASA REGULACIÓN ANTERIOR DE LA MATERIA.....	11
2. ALGUNAS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: PLAZO DE TRANSPOSICIÓN, ARMONIZACIÓN PLENA, LAS MICROEMPRESAS, MINORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS, CONTRATO MARCO, LOS INSTRUMENTOS DE PAGO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	14
a. Plazo de transposición.....	15
b. Armonización plena.....	15
c. Microempresas y consumidores.....	16
d. La posible minoración de la responsabilidad de los usuarios/ordenantes.....	18
por los EEMM: no ejercicio de esta facultad	
e. El contrato marco: el contrato entre la entidad bancaria y sus clientes.....	19
f. Los instrumentos de pago.....	23
g. Ámbitos de aplicación: subjetivo y objetivo. Más allá de los consumidores y más allá de la contratación a distancia.....	28
3. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA REGULACIÓN ANTERIOR Y POSTERIOR A LA DIRECTIVA 2007/64/CE Y A LA LEY 16/2009.....	37
a. La regulación anterior: “el repudio de las operaciones”.....	37
b. La regulación anterior y posterior: la imputación del riesgo de anulación del cargo.....	40
4. UNA TRANSPOSICIÓN INCOMPLETA: LA NECESARIA DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 46 DE LA LOCM (HOY DEROGADO) Y 112 DEL TRLCU (ANTIGUO 106 DEL TRLCU).....	45
5. FUNDAMENTO DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO: SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO.....	47
6. AUTORIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAGO: NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO Y ACEPTACIÓN TÁCITA.....	49
7. OBLIGACIONES DEL USUARIO DE INSTRUMENTOS DE PAGO: DEBERES DE USO Y CUSTODIA, DE NOTIFICACIÓN Y RECLAMACIÓN.....	57
a. Deberes de uso correcto y de custodia: <i>el test de razonabilidad</i> y el buen padre de familia.....	57
i) La razonabilidad, la buena fe y el buen padre de familia.....	58
ii) El deber de custodia y conservación del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados.....	62
iii) Sobre el deber de no anotar el NIP en el instrumento de pago ni en documentos adjuntos.....	65
b. Deberes de notificación y de reclamación.....	69
i) Dos tipos de deberes de notificación: uno general y otro particular. Solapamiento parcial.....	71

ii) Solapamiento normativo de los deberes de notificación de las operaciones no autorizadas.....	72
iii) Naturaleza jurídica de los deberes de notificación y de reclamación: la carga o deber de denuncia. Forma, contenido e inexistencia de este deber.....	73
iv) Notificación de las operaciones de pago no autorizadas y reclamación de las ejecutadas incorrectamente.....	77
v) Posibles supuestos con necesidad de una doble notificación por el usuario: la notificación del extravío, robo o sustracción y la notificación de la operación de pago no autorizada.....	78
vi) Sobre el momento de la notificación: el plazo, el <i>dies a quo</i> y la carga de la prueba.....	79
vii) El plazo de trece meses desde la fecha del adeudo (o desde la notificación): ¿un plazo de prescripción o de caducidad?.....	86
c. Un posible supuesto de <i>fraus omni corrumpit</i> del deudor.....	91
d. Carácter dispositivo del plazo en las relaciones con no consumidores.....	92
e. El reparto de la responsabilidad: remisión.....	93

8. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LOS SERVICIOS DE PAGO EN RELACIÓN CON EL USUARIO DE LOS INSTRUMENTOS DE PAGO.....95

a. Obligación de entrega de los instrumentos de pago y de los elementos de seguridad personalizados del mismo: la asignación del riesgo.....	96
b. La prohibición del envío de instrumentos de pago no solicitados.....	98
c. El deber de facilitar al usuario de los servicios de pago los medios de comunicación adecuados.....	101
d. El deber de Impedir (bloquear) la utilización de los instrumentos de pago una vez efectuada la notificación en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada a que se refiere el artículo 27.b) LSP.....	103
e. El deber de comunicar al <i>usuario sin demoras injustificadas</i> las operaciones ejecutadas: periodicidad mínima mensual. La carga de la prueba.....	108
f. La obligación (responsabilidad) de anulación-devolución del importe de las operaciones no autorizadas: presupuesto y límites. La responsabilidad por las operaciones no autorizadas anteriores a la notificación del usuario de los servicios de pago.....	111
i) La doble relación del art. 60 DSP (art. 31 LSP): con el 61 DSP (art. 32 LSP) y con el 59 DSP (art. 30 LSP).....	111
ii) La no incidencia de otras relaciones jurídicas.....	118
iii) El deber de notificación como presupuesto de la devolución: la relación del art. 60 DSP (art. 31 LSP) con el art. 58 DSP (art. 29 LSP).	118
iv) Sobre el importe de la devolución.....	121

9. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUTENTICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAGO AUTORIZADAS.123

10. LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO/ORDENANTE POR LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS: LA APLICACIÓN DE UNA FRANQUICIA MÁXIMA DE 150 EUROS. LA INADECUADA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA.....	129
a. La norma general: responsabilidad hasta un máximo de 150 € por riesgo moral o por negligencia leve. Problemas de transposición en la norma española.....	131
i) Introducción: las situaciones de riesgo moral.....	131
ii) La distinción entre los supuestos de mera sustracción o apropiación indebida y los de pérdida o robo: justificación del tratamiento diferenciado.....	135
iii) La inadecuada transposición española y su posible interpretación conforme a la Directiva.....	139
iv) El importe de 150 €: un límite total y absoluto.....	140
v) El ámbito de aplicación de la norma general: los actos de negligencia leve.....	141
b. La responsabilidad por comportamientos fraudulentos, dolosos y culposos.....	141
i) La responsabilidad por comportamientos dolosos o por negligencia grave.....	142
ii) La necesaria coordinación entre las sanciones del art. 58 DSP (art. 29 LSP) y el 61.1 y 2 DSP (art. 32.1. y 2 LSP).....	150
iii) Sobre el importe de la responsabilidad: todas las pérdidas. Los pagos por encima del límite contratado.....	151
iv) Los descubiertos en cuenta corriente por el uso de instrumentos de pago.....	153
v) El uso abusivo de tarjetas institucionales o corporativas: <tarjetas de empresa>.....	154
c. Causas de exoneración de la responsabilidad: la utilización posnotificación y la carencia de medios de notificación.....	157
11. TABLA DE CORRESPONDENCIAS NORMATIVAS ENTRE LA DIRECTIVA 2007/64/CE (DSP) Y LA LEY 16/2009 (LSP).....	161
Bibliografía consultada.....	163

Abreviaturas

AC	Actualidad Civil (Revista)
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ALCM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014
BGB	Código Civil Alemán
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCo	Código de Comercio
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CESL/PRCE	Common European Sales Law/ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final.
CFR/MCR	Common Frame of Reference/Marco Común de Referencia
CV	Convenio de Viena de 10 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías
CGC	Condiciones generales de la contratación
DCE	Directiva Comercio Electrónico
DDC	Directiva sobre los derechos de los consumidores
DN	Derecho de los Negocios (Revista)
DSP	Directiva sobre servicios de pago en el mercado Interior
EEMM	Estados miembros
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
InDRET	Revista para el análisis del Derecho
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LC	Ley Concursal
LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCS	Ley de contrato de seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEI	Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
LSC	Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)
LSP	Ley de Servicios de Pago
LSSICE	Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico
NUE	Noticias de la Unión Europea
PCM	Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013
PDEC/PECL	Principios de Derecho Europeo de Contratos

PDSP2	Propuesta de nueva Directiva de servicios de pago de 2013
PU	Principios UNIDROIT
RCE	Revista de la Contratación Electrónica
RCD	Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDMF	Revista de Derecho del Mercado Financiero
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RES	Revista Española de Seguros
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDCU/TRLCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
UCC	Uniform Commercial Code/Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos

1. INTRODUCCIÓN: LA ESCASA REGULACIÓN ANTERIOR DE LA MATERIA

La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior (en adelante DSP),¹ establece expresamente en su Considerando número cincuenta y seis la necesidad de desarrollar normas más detalladas sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago, dado que su regulación por las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE, resultaba claramente insuficiente.² Hasta la promulgación de la DSP el Derecho europeo de carácter vinculante sólo contaba con dos preceptos, aunque en realidad habría que decir que se trataba de sólo uno, dada la identidad de los mismos. Por un lado el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia,³ y por otro, una norma idéntica en el mismo ordinal de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.⁴ Estos breves y sencillos preceptos, a los que más adelante haremos referencia, fueron derogados de manera expresa, respectivamente, por los artículos 89 y 90 de la DSP, y se desarrolla en su lugar un nuevo régimen jurídico bastante más completo y complejo sobre el uso no autorizado de los instrumentos de pago, que se contiene fundamentalmente en sus artículos 54 a 61.

La Directiva sobre la contratación a distancia de 1997 fue derogada en su integridad y sustituida por la Directiva 2011/83/UE (en adelante DDC), con efectos desde el 13 de junio de 2014 (art. 31). La transposición al Derecho español de esta última directiva se ha producido con la Ley 3/2014, de 27 de

¹ Publicada en DOUE, L 319/1, de 5.12.2007 (la corrección de errores en DOUE, L 187/5-6, de 18.7.2009). Sobre esta materia hay que decir que en el momento presente existe una nueva Propuesta de Directiva sobre servicios de pago por la que se pretende modificar algunas directivas, y especialmente, derogar la vigente DSP de 2007 (Bruselas, 24.7.2013 COM (2013) 547 final). Una aproximación a las modificaciones que se proponen puede verse en Aparicio, M., “Importantes modificaciones de la normativa europea sobre servicios de pago”, Centro de Estudios de Consumo (www.uclm.es/centro/cesco), publicado el 30 de agosto de 2013. Haremos referencia a este nuevo texto de manera abreviada como PDSP² y comentaremos las novedades más relevantes que se pretenden introducir con el mismo. El Parlamento Europeo ha formulado una larga lista de Enmiendas a la PDSP², aprobadas el 3 de abril de 2014, accesible en la página Web de la institución. Igualmente haremos referencias a las mismas. En cualquier caso hay que advertir que los EEMM dispondrán de dos años, desde la fecha de su aprobación y publicación, para integrar la nueva directiva en su Derecho interno.

² Cfr., entre otros muchos, Castilla Cubillas, M, La tarjeta de crédito, en Tratado de Derecho Mercantil (dirs. Olivencia/Fernández-Novoa/Jiménez de Parga), T. XXVIII, Madrid-Barcelona, 2007, p. 175 ss., esp. 181 ss.; más recientemente 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, 283, 2012, p. 343 s., esp. 357.

³ Integrada en el Derecho español inicialmente por la Ley 47/2002, que reforma la LOCM (art. 46). Y en el momento presente dicha regulación la encontramos en el art. 112 (antes 106) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias de 2007 (en adelante TRLCU), según la reforma introducida por la Ley 3/2014, que a su vez deroga la regulación de la contratación a distancia de la LOCM (arts. 39 a 48).

⁴ Integrada en el Derecho español por la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre la misma materia, concretamente por su art. 12.

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, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (BOE, 28 de marzo de 2014).

En realidad este nuevo régimen jurídico que vamos a comentar en las páginas que siguen no es del todo novedoso, porque proviene en su mayor parte de tres disposiciones comunitarias de carácter no vinculante, concretamente de las tres Recomendaciones siguientes: la 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores);⁵ la 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas;⁶ y la 97/489/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos.⁷ Respecto a estas medidas no vinculantes el propio legislador comunitario nos dice, en los considerandos iniciales de la DSP, que se tratan de unas medidas que siguen siendo insuficientes, a lo que hay que unir la coexistencia de diversas disposiciones nacionales y un *marco comunitario incompleto que da lugar a confusiones y a la ausencia de seguridad jurídica*. De ahí la necesidad de desarrollar un marco jurídico moderno y coherente que garantice la coordinación de las disposiciones nacionales, en lo que a nosotros interesa en este momento, respecto a los derechos y obligaciones de los usuarios y proveedores de estos servicios de pago. Y todo ello se ha venido a concretar en un único texto legal de carácter vinculante que integra, con algunas modificaciones y añadidos, el escaso tratamiento derogado de las Directivas antes mencionadas con las normas incluidas en las tres Recomendaciones igualmente citadas.⁸

El estudio de los preceptos de la disposición europea lo hacemos conjuntamente con los preceptos correspondientes de la disposición española de transposición, la Ley 16/2009, de servicios de pago (en adelante LSP), especialmente sus artículos 25 a 32, que se corresponden con los antes mencionados 54 a 61 de la DSP. Respecto a estas referencias a la ley española, comentaremos las posibles diferencias con el tratamiento de la Directiva y, en su caso, el posible ejercicio por parte del legislador español de alguna de las opciones permitidas a los Derechos nacionales. Téngase en cuenta que si bien la DSP parte de un principio de armonización plena, lo que *prima facie* deja un escaso margen a los Derechos nacionales, como enseguida veremos, existen a lo largo del articulado algunos preceptos en los que se excepciona ese principio de plena armonización.

⁵ DO L 365 de 24.12.1987, p. 72.

⁶ DO L 317 de 24.11.1988, p. 55.

⁷ DO L 208 de 2.8.1997, p. 52.

⁸ No entramos ahora en otro tipo de consideraciones sobre estas Recomendaciones, como puede ser el alcance de este denominado *soft law* comunitario, especialmente por lo que se refiere a su utilización como parámetro de interpretación del *hard law*; sobre esta cuestión, para una primera aproximación, remitimos al lector interesado a Alonso García, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, Cizur Menor, 2007, p. 120-128 y 217-218. Más adelante abordaremos algún aspecto sobre la misma (*infra* epígrafe 9).

En los epígrafes siguientes nos vamos a ocupar, en primer lugar, de una serie de cuestiones generales desde las que parte la Directiva, especialmente en lo relacionado con nuestro objeto de estudio (2). A continuación en segundo lugar se expondrá una breve síntesis sobre la regulación vigente anterior y posterior a la DSP y a la LSP (3). En tercer lugar advertiremos sobre lo que a nuestro juicio constituye una transposición incompleta de la DSP (4). En cuarto lugar haremos referencia al fundamento del nuevo régimen jurídico diseñado por el legislador europeo (5). En quinto lugar hablaremos de la necesaria autorización de las operaciones de pago (6), para pasar inmediatamente al estudio de las diferentes obligaciones de las partes y las consiguientes responsabilidades. En cuanto a las obligaciones del usuario de los instrumentos de pago destaca muy especialmente la obligación de notificación y de reclamación (7). Y por lo que se refiere al proveedor de dichos instrumentos de pago las obligaciones propias que den seguridad a la relación y la imputación de riesgos a su cargo, especialmente la fundamental obligación (responsabilidad) de devolución y reabono en los casos de operaciones de pago no autorizadas anteriores a la notificación (8). En el apartado siguiente nos ocuparemos de la importante cuestión sobre la carga de la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago (9). En el décimo, verdadero núcleo central de la regulación, nos referiremos a los supuestos legales de responsabilidad del usuario/ordenante por las operaciones de pago no autorizadas, con especial atención a la franquicia de 150 € (10).

2. ALGUNAS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: PLAZO DE TRANSPOSICIÓN, ARMONIZACIÓN PLENA, LAS MICROEMPRESAS, MINORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS, CONTRATO MARCO, LOS INSTRUMENTOS DE PAGO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

a) Plazo de transposición:

En cuanto al plazo de transposición de la Directiva a los Derechos nacionales de los Estados miembros finalizó el 1 de noviembre de 2009 (artículo 94), por tanto se puede decir que el legislador español en principio cumplió dado que la LSP fue publicada en el BOE sólo catorce días más tarde de la fecha marcada. No obstante hay que matizar que la transposición de la Directiva sólo se llevo a efecto de manera parcial por la ley citada, como se pone de manifiesto en la misma en sus Disposiciones finales primera y décima que se remiten a un desarrollo reglamentario posterior. Estos desarrollos reglamentarios se han producido a modo de goteo en diferentes y sucesivas disposiciones, primero con el Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (BOE, 29.5.2010), en segundo lugar con la OEH 1608/2010, de 14 de julio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE, 18.6.2010), en tercer lugar la OEH 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, finalmente, con la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. A lo que hay que añadir algún precepto de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. Ni que decir tiene que un panorama normativo de este tipo resulta siempre criticable por evidentes razones de seguridad jurídica, pero más si cabe en el presente caso porque estamos ante un sector del Ordenamiento jurídico donde entran en juego intereses económicos directos de la gran mayoría de los ciudadanos.

b) Armonización plena:

Una cuestión probablemente más relevante es que estamos ante una armonización plena, de manera que los Estados miembros no podrán mantener ni introducir disposiciones diferentes a las normas armonizadoras (artículo 86 DSP). No obstante, la Directiva a lo largo de su articulado establece algunas excepciones a este principio general y permite cierto margen de maniobra a los Derechos nacionales (artículo 86.1).⁹ Sobre esta facultad otorgada a los EEMM hay que decir, en términos generales y sin perjuicio de lo que más adelante se

⁹ Cfr. arts.: 30.2, 33, 34.2, 45.6, 47.3, 48.3, 51.2, 52.3, 53.2, 61.3, 72 y 88 DSP. En esta relación de preceptos se nota la falta del art. 51.3, donde de manera similar a lo establecido en el 30.2, que sí está incluido en la lista, se permite a los Estados miembros la equiparación de las **microempresas** con los consumidores, por lo que creemos que se trata de un *lapsus* que debe ser corregido e integrado por vía interpretativa. Sobre la definición de microempresa, la Directiva (art. 4.26) se remite a los arts. 1 y 2.1 y 3 del Anexo de la Recomendación 2003/361/CE (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

dirá, que el legislador español no ha hecho un uso intensivo de la misma. Más concretamente, *por lo que se refiere a la regulación del uso no autorizado de las tarjetas de pago, hay que decir que está sometida al principio general de armonización plena con dos salvedades*, una de carácter subjetivo y más general, porque no sólo afecta a nuestro objeto de estudio, como es la relativa a la posible equiparación de las microempresas con los consumidores; y otra más concreta y de carácter objetivo, sobre la posible minoración de la responsabilidad de los ordenantes en los casos de operaciones de pago no autorizadas. Veamos algo más sobre estas dos salvedades.

c) Microempresas (*rectius*, microempresarios) y consumidores:

La primera salvedad, referida a todo el contenido del Título IV, sobre derechos y obligaciones relativos a la prestación y utilización de servicios de pago, está recogida en el artículo 51.3 de la DSP,¹⁰ que establece lo siguiente:

“Los Estados miembros podrán disponer que las disposiciones del presente título se apliquen a las microempresas de la misma forma que a los consumidores”

Se trata sin duda de una norma importante que, sobre la base de la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 que define tanto a las microempresas, como a las pequeñas y medianas empresas,¹¹ da un paso adelante a favor de la equiparación entre el consumidor y el más pequeños de los empresarios, pero sin llegar al extremo de imponerla porque se limita simplemente a facultar a los Estados miembros para disponer lo que crean más conveniente.¹² Así se puede comprobar tanto en el Considerando número veinte como en el articulado (artículos 30 y 51 DSP):

En el considerando veinte de la citada Directiva se dice lo siguiente: “Dado que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, no deben disponer del mismo nivel de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no pueden establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar a las empresas y organizaciones ue convengan lo que estimen conveniente. No obstante, los

¹⁰ Una norma idéntica se establece en el art. 30.2 respecto al Título III de la Directiva relativo a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

¹¹ En el art. 2 del Anexo de la citada Recomendación se define a la microempresa como *una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocio anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros* (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

¹² La Directiva habla de la equiparación de las microempresas con los consumidores, cuando la equiparación debe establecerse más correctamente no con la empresa sino con el sujeto titular de la misma que es el microempresario, ya sea éste una persona física, una persona jurídica, o bien un ente sin personalidad jurídica plena (Cfr. art. 1 del Anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión). En este último caso ya sea como sucede en algunos Derechos nacionales con las sociedades de personas (Cfr. Kübler, F., *Derecho de sociedades*, 5ª ed., tr. esp., Madrid, 2001, p. 59 ss.), o bien en nuestro Derecho con las comunidades de bienes (Cfr. Norma segunda de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España).

Estados miembros deben disponer de la facultad de establecer que las microempresas, según la definición recogida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, reciban el mismo trato que los consumidores. Determinadas disposiciones esenciales de la presente Directiva deben aplicarse en todos los casos, sea cual fuere el tipo de usuario.”

Abrir la posibilidad de la equiparación entre consumidores y microempresarios está más que justificado en el ámbito de los servicios de pago, porque la posición de este tipo de pequeños empresarios frente a las entidades de crédito está muy próxima a la de los consumidores. Están tan necesitados de tutela como los consumidores porque ocupan en el mercado una posición igualmente débil frente a los bancos, especialmente por la asimetría en la información disponible.¹³ Pero lo que verdaderamente sorprende en esta disposición no es la facultad otorgada a los Estados miembros, sino que no se haya establecido la equiparación de manera imperativa por la propia norma europea. Además, por otro lado, la remisión a los derechos nacionales, si bien puede dar lugar a una diversidad de regulaciones, que empuje a la mayoría de los EEMM hacia el nivel de máxima protección, también puede suceder todo lo contrario. O en el mejor de los casos, la diversidad de tratamientos jurídicos nacionales hará a unos de mejor condición que otros en función del derecho nacional aplicable y con la consiguiente afectación a la competencia. En buena lógica la cuestión debería haber sido tratada en el ámbito europeo como una cuestión de mínimos, sin perjuicio de las posibles mejoras por los derechos nacionales, y siempre de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad,¹⁴ porque en este punto igualmente parece necesaria la armonización a escala comunitaria, máxime cuando con dicha disposición se pretende alcanzar un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y para usuarios en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago. Si bien es cierto que, en principio, por el tamaño de las empresas, se puede pensar que las diferencias normativas nacionales no acaben afectando a la competencia intracomunitaria, no se debe desdeñar la capacidad de las mismas para superar las fronteras nacionales, especialmente cuando estos tráficó se pueden producir hoy día por vía electrónica.

Por lo que se refiere al Derecho español, hay que decir que la LSP no dice nada al respecto, omite toda referencia respecto a la posible equiparación de los microempresarios con los consumidores en su ámbito de aplicación, por tanto hay que entender que en nuestro caso se declina la prerrogativa comunitaria en claro perjuicio del sector más pequeño de los empresarios y en un claro beneficio del sector bancario. A nuestro juicio, existen razones más que sobradas para establecer la equiparación mencionada, especialmente porque se da el presupuesto de identidad de razón típico y propio de la analogía que permitiría en situaciones normales extender la norma de unos sujetos a otros. Y por otro lado, porque con la tipificación desde la que se parte de la figura del microempresario se solventan los problemas de inseguridad jurídica. A lo que

¹³ Cfr., recientemente, con otras referencias, Pulido Begines, J.L., “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MIFID”, RDBB, 130, abril-junio, 2013, p. 7 ss., esp. 15-17.

¹⁴ Una aproximación a estos principios puede verse en Alonso García, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, Cizur Menor, 2007, p. 83 ss.

hay que añadir una clara tendencia que se va imponiendo en los últimos años a favor del tratamiento jurídico particular de los pequeños y medianos empresarios en proximidad con el de los consumidores, especialmente en beneficio de los más pequeños. En el sector financiero lo vemos reflejado desde hace algún tiempo con el desarrollo de la denominada normativa MiFID,¹⁵ que incluye dentro del grupo de los clientes minoristas, que son los que gozan del máximo grado de protección, a todas las personas físicas y a las pequeñas y medianas empresas societarias que no son entidades financieras ni entes públicos.¹⁶

Las últimas disposiciones aparecidas en España dan carta de naturaleza a este nuevo tipo de empresario y de empresa. Por un lado, la disposición relativa al Estatuto del trabajador autónomo (Ley 20/2007), que si bien está referido expresamente a los denominados trabajadores autónomos, hay que dar por incluidos por razones obvias a los microempresarios, especialmente, aunque no sólo, respecto al denominado *trabajador autónomo económicamente dependiente*. Y por otro la Ley 16/2007, de reforma del derecho contable español para la armonización con las normas internacionales de contabilidad, donde en su Disposición final primera 1.a), se habla expresamente de la *singularidad de las empresas de muy reducida dimensión* a propósito del nuevo Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas. En este nuevo PGC especial, se introducen algunas normas específicas y se concretan los criterios de delimitación de pymes y microempresas a los efectos del mismo y del establecimiento de una simplificación de la normativa contable, que es más intensa en el caso de las últimas. Se consideran pymes las que reúnan dos de los tres requisitos siguientes: activo no superior a 2.850.000 €, volumen anual de negocios no superior a 5.700.000 € y no más de 50 trabajadores (art. 2). Y en el caso de las microempresas: un millón de euros, dos millones y no más de 10 trabajadores, respectivamente (art. 4).

d) La posible minoración de la responsabilidad de los usuarios/ordenantes por los EEMM: no ejercicio de esta facultad por el Reino de España

La segunda excepción al principio de armonización plena está contenida en el art. 61.3 de la DSP, relativo a la responsabilidad del ordenante¹⁷ en caso de operaciones de pago no autorizadas, donde se permite a los Estados miembros, bajo ciertas circunstancias, legislar de manera más favorable para dichos ordenantes. Dejamos simplemente señalada esta cuestión sobre la que conviene dejar constancia que el legislador español tampoco ha hecho uso de la facultad

¹⁵ Se trata de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004 (*Markets in Financial Instruments Directive*), desarrollada a su vez por la Directiva 2006/73/CE y el Reglamento (CE) 1287/2006.

¹⁶ Son clientes minoristas las empresas que no cumplan dos de los siguientes requisitos de tamaño: balance de 20 millones de euros, volumen de negocio de 40 millones de euros y fondos propios de 2 millones de euros (Anexo I de la Directiva 2004/39/CE).

¹⁷ La Directiva define al **ordenante** como: “una persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que da una orden de pago.”(art. 4.7).

regulatoria concedida, como se puede comprobar de la confrontación de los artículos 61 de la Directiva con el 32 de la LSP.

e) El contrato marco: contrato entre la entidad bancaria y sus clientes

El contrato marco se define en el art. 4.12) de la DSP [art. 2.12) de la LSP] del siguiente modo:

“[U]n contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones”.

De manera más detallada la regulación de este contrato marco la encontramos en la DSP en sus artículos 40 a 48, dentro del Título III relativo a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Y en cuanto a la transposición de estos aspectos al Derecho español la LSP, en su art. 18, remite gran parte de su desarrollo a una disposición reglamentaria, salvo lo relativo a la resolución del contrato marco y a la modificación de las condiciones del mismo que está regulado, respectivamente, en los artículos 21 y 22 de la ley española. El desarrollo reglamentario se produjo como sabemos con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de julio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, concretamente en sus artículos 11 a 18. Esta regulación se deberá completar con lo establecido en la Orden EHA 2899/2011, de 21 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en particular en sus artículos 3, 8, 10 y 16, a tenor de lo establecido en su propio artículo 34. Y también, a su vez, por la Circular del Banco de España 5/2012, antes citada.

Aunque la definición legal vista no es muy precisa, el contrato marco es ante todo un contrato que da cobertura normativa a diferentes relaciones jurídicas particulares, ya sean éstas presentes o futuras, y sin perjuicio de las correspondientes especificidades. Este tipo de contratos tiene sentido en aquellos casos en los que una de la partes está en condiciones de prestar diferentes tipos de servicios a la otra dentro de un mismo ámbito de actuación. De este modo se entiende que sea muy conveniente, y puede que necesario, dotar a la relación jurídica de unas normas base o generales que van a regir en todos los casos, sin perjuicio de las estipulaciones particulares. Y así sucede muy especialmente, aunque no sólo, en el caso del contrato bancario, ya que los clientes de la entidad bancaria por lo general no desean realizar una única operación, sino establecer un vínculo algo más amplio con el banco. De ahí que la apertura de una cuenta bancaria, que suele ser la primera y la operación básica, conlleve la celebración de un contrato base o marco que de cobertura a una diversidad de operaciones (operaciones con valores, servicios de tarjeta de débito o de crédito, imposiciones a plazo, etc.) sin perjuicio de sus

particularidades propias.¹⁸ Y como es habitual en el sector bancario su formalización se plasma en condiciones generales de la contratación.¹⁹

Hoy día con las disposiciones señaladas no cabe ninguna duda del reconocimiento de la nueva figura contractual en los derechos español y europeo. En nuestro caso se puede decir que la figura nos ha venido dada sorpresivamente sin que hayamos sufrido un proceso de asimilación de la misma, aunque alguna referencia implícita podemos ver tanto en nuestra doctrina más tradicional,²⁰ como en alguna más moderna.²¹ Y ello a diferencia de lo que ha sucedido en otros países como es el caso alemán, donde con anterioridad a la Directiva de Servicios de Pagos de 2007 la figura ya había sido discutida por la doctrina y por la Jurisprudencia y acogida por el legislador.²² Así, en particular, en su artículo 305.3 del BGB, en el ámbito de regulación de las condiciones generales de la contratación, donde se establece lo siguiente:

“Las partes contractuales pueden, para un determinado tipo de negocios jurídicos, pactar anticipadamente la validez de determinadas condiciones generales de la contratación respetando las exigencias previstas en el apartado 2”²³

¹⁸ Vid. Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, en Hopt, K.J., Estudios de derecho de sociedades y del mercado de valores, tr. esp., Madrid, 2010, p. 523-524 y 528-529.

¹⁹ Cfr. García-Pita y Lastres, JL, Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones bancarias neutras, en Tratado de Derecho Mercantil, 39, v. 4, dir. Olivencia/Fernández Novoa/Jiménez de Parga, Madrid, 2006, p. 98-99.

²⁰ Vid. Garrigues, J., Contratos bancarios, Madrid, 1975, p. 40, cuando nos dice que, por lo general, las relaciones jurídicas entre el Banco y el cliente se basan en un acuerdo inicial que se exterioriza por la apertura de una cuenta bancaria. Y también (p. 43), cuando distingue entre un doble procedimiento de contratación bancaria, por un lado, el contrato especialmente redactado para un negocio determinado, que es el que se utiliza en las operaciones extraordinarias o menos usuales, y por otro lado, un formulario de contratos-tipo impresos por el Banco, con algunos espacios en blanco que se rellenan en el momento en que se realiza la operación con un cliente determinado, que constituye la forma normal de la contratación bancaria. En este segundo caso es cuando podríamos entender que hay una referencia implícita a lo que hoy se denomina como contrato marco. Y en general cuando desarrolla las características del contrato bancario en cuanto al consentimiento de las partes, la comprobación de las prestaciones, la buena fe recíproca y la confianza (p. 39-47).

²¹ Vid. Embid Irujo, JM, “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: El llamado <servicio de caja>. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en AAVV, Contratos bancarios, dir. R. García Villaverde, Madrid, 1992, p. 91 ss., esp. 104-105 y 112, donde, siguiendo tanto a la doctrina francesa como a la alemana, destaca la existencia de auténticos deberes generales del Banco en el marco global de su actividad, entre ellos el deber de secreto, el de información y el de asesoramiento, a los que se añaden los deberes de fidelidad, igualdad de trato, control sobre sus empleados y finalmente deberes de organización, de donde se derivan las consiguientes responsabilidades, especialmente por la información proporcionada. También Sánchez-Calero Guilarte, J., “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, RDBB, 1986, p. 643-648. Recientemente, Pablo-Romero Gil-Delgado, M^a.C., “La cuenta corriente a luz de la Ley de Servicios de Pago (Y de las normas de transparencia)”, RDBB, 129, enero-marzo, 2013, p. 77 ss., quien parece asimilar a la cuenta corriente con el contrato marco.

²² Cfr. Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, cit., p. 526-528. De especial interés resulta la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 24 de septiembre de 2002, que es criticada por el autor citado.

²³ Versión española de Lamarca/Beckmann, en Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch, tr. esp., dir. A. Lamarca, Madrid, 2008, p. 88-89.

El apartado segundo del precepto alemán citado hace referencia al denominado control de inclusión o de incorporación de las condiciones generales de la contratación en el contrato (<Einbeziehungskontrolle>),²⁴ donde se establecen, además de la conformidad con la validez por el adherente, dos requisitos de transparencia. Uno la advertencia clara del predisponente a la otra parte contractual de estar ante condiciones generales de la contratación. Y otro, el deber del predisponente de asegurar a la otra parte la posibilidad real de llegar a conocer su contenido.

Pues bien, como decimos el contrato marco bancario, o de servicios de pago, se caracteriza, según podemos ver en aportaciones doctrinales de otros países,²⁵ en primer lugar, por lo general, por formalizarse mediante condiciones generales de la contratación, porque es la forma como se suelen desarrollar los contenidos contractuales dirigidos a un grupo numeroso e indeterminado de personas, como es habitual en el caso de la banca, y porque es de este modo como el empresario banco alcanza las mayores cuotas de eficiencia.²⁶ En segundo lugar, el contrato marco bancario se sustenta en una relación de mutua confianza, el crédito ya conlleva en sí mismo la relación de confianza, pero además, para el cliente supone confiar en la protección de sus intereses por el banco dentro de la relación jurídico-bancaria y siempre que no vaya contra los propios intereses del banco. Dentro de los deberes generales de protección del cliente están el deber de secreto bancario y el deber general de información²⁷ y asesoramiento²⁸ del banco, especialmente en situaciones de conflicto de intereses con el propio banco o con terceros. Un deber de defensa de los intereses de los clientes que cada vez va ganando mayor importancia, como lo refleja las denominadas normas MiFID de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004 (*Markets in Financial Instruments Directive*), desarrollada a su vez por la Directiva 2006/73/CE y el Reglamento (CE) 1287/2006.²⁹ Igualmente de esta relación de confianza se deduce que el banco no podrá arbitrariamente

²⁴ Vid., con otras referencias, Giorgianni, M., *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, p. 133-143.

²⁵ Seguimos en estas notas características las aportaciones de la doctrina alemana (Hopt, Canaris, Claussen, Thessing, Häuser), cfr. Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, cit., p. 529-532.

²⁶ Cfr. Recalde/Petit/Juan y Mateu, “Cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, en AAVV, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. Menéndez/Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 1333 ss.

²⁷ Una aproximación al desarrollo de este deber general de información puede verse recientemente en Pulido Begines, J.L., “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MIFID”, cit., p. 17-25.

²⁸ El artículo 10 de la OEHA 2899/2011, aplicable a los servicios de pago, se refiere al asesoramiento en materia bancaria y lo define del siguiente modo: toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado.

²⁹ No obstante sobre esta disposición europea y su transposición al Derecho español, por la Ley 47/2007, de reforma de la Ley del Mercado de Valores (artículos 78 a 79 *sexies*), hay que decir que sus consecuencias no han sido ni mucho menos las que cabría esperar a la vista de la problemática planteada con la emisión masiva de participaciones preferentes (Cfr. Ferrando Villalba, M^a. L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en AAVV, *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido?*, Cizur Menor, 2012, p. 15 ss.; Mayorga Toledano, M^a C., “El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección”, en AAVV, *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido?*, Cizur Menor, 2012, p. 61 ss.).

rechazar la prestación de un servicio de carácter neutral, ni tampoco tratar de manera discriminada a estos clientes partícipes en el contrato marco. Lo anterior se puede respaldar tanto en el principio de buena fe (art. 1258 CC) como en el artículo 16 de la LCD.³⁰ En tercer lugar se trata de un contrato sinalagmático, de donde se deducen también deberes generales de actuación para el cliente. Y finalmente, en cuarto lugar, respecto a la naturaleza jurídica del contrato marco, parece que estamos ante un contrato de prestación de servicios de pago que se aproxima al mandato o a la comisión mercantil, porque como se deduce de la propia definición legal de la figura el banco se compromete frente a los clientes a estar a su disposición para la ejecución de la totalidad de operaciones bancarias (<contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas>), y ello sin perjuicio de las particularidades normativas en cada caso (cuenta de pago, tarjetas de pago, transferencias, cesión y pago de adeudos domiciliados, cesión de factura de tarjetas, etc.) y de la diferente naturaleza que pueden presentar ciertas operaciones bancarias (prestación de servicios, contrato de obra o bien contrato de compraventa).³¹

Por último, hay que hacer referencia a la repercusión del contrato marco de servicio de pago sobre las diferentes relaciones bancarias particulares o de carácter aislado.³² Lo primero que hay que decir es que si bien según la propia definición del contrato marco parece que éste debe ser previo a las relaciones particulares, no obstante en la práctica es frecuente que se de la simultaneidad del mismo con algún tipo de operación bancaria, pero esto no debe impedir el reconocimiento y distinción de ambas relaciones jurídicas. Por otro lado, en segundo lugar, debe mantenerse en principio la independencia de la validez del contrato marco y de las relaciones bancarias particulares o aisladas. Esto significa que no resulta aplicable la normativa sobre la nulidad parcial contractual a la relación de las operaciones bancarias particulares entre ellas. De ahí que un contrato aislado (ej.: el contrato de tarjeta) pueda ser declarado nulo sin afectar al resto de las relaciones bancarias. Del mismo modo que tampoco debe afectar al contrato marco. Y la nulidad de éste no debe en principio suponer la nulidad de las relaciones particulares. En tercer lugar, respecto a los contenidos de las diferentes relaciones jurídicas, se trata de contenidos distintos, sin perjuicio del alcance del contenido del contrato marco. Respecto a los incumplimientos contractuales, en cuarto lugar, también deben mantenerse aisladas las diferentes relaciones jurídicas, sólo en caso de que exista algún acuerdo al respecto o bien una clara fundamentación que lo justifique podrá extenderse los incumplimientos contractuales a las otras relaciones jurídicas. Finalmente, en quinto lugar, en cuanto a la resolución contractual, la resolución sin preaviso del contrato marco (contrato bancario) no conduce automáticamente a que los créditos concedidos individualmente sean resueltos en ese mismo momento.

³⁰ Cfr. Massaguer, J., Comentarios a la Ley de competencia desleal, Madrid, 1999, p. 469 ss.; Vidal Monferrer, R.M.^a, “Comentario al artículo 16”, en AAVV, Comentario práctico a la Ley de competencia desleal, dir. F. Martínez Sanz, Madrid, 2009, p. 272 ss.

³¹ Cfr. Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, cit., p. 532.

³² Seguimos también en este punto las consideraciones de Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, cit., p. 532-534.

f) Los instrumentos de pago

La DSP en su artículo 4.23 (y la LSP en el 2.23) define a los instrumentos de pago como: “*cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, y/o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago y utilizado por el usuario del servicio de pago para iniciar una orden de pago*”. Dicho de otro modo, se trata de instrumentos o procedimientos que permiten realizar el pago por la adquisición de un bien o un servicio sin necesidad de la utilización de billetes o moneda de curso legal. Como es sabido el pago constituye la forma más natural de extinción o cumplimiento de las obligaciones y especialmente el pago con dinero o moneda de curso legal, pero también cabe la utilización de otros medios solutorios sustitutivos del efectivo como son los documentos mercantiles. A ellos se refiere en particular el artículo 1170 del Código Civil en su segundo párrafo que habla de pagarés, letras de cambio y de otros documentos mercantiles.³³ La cláusula abierta del precepto ha permitido que el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de diciembre de 1987, haya dado cabida dentro de esos otros documentos mercantiles a las transferencias bancarias.³⁴

Dentro del concepto de instrumentos de pago están como es natural las tarjetas de pago,³⁵ pero también las transferencias, los documentos mercantiles tradicionales como la letra de cambio, el cheque y el pagaré; a los que hay que añadir los instrumentos de pago propios del comercio internacional como son el crédito documentario, la remesa y la transferencia internacional. No obstante, hay que hacer una importante salvedad respecto a los más tradicionales, porque la DSP (y la LSP) excluye de su ámbito de aplicación a los más característicos. Así sucede con los tradicionales documentos mercantiles, los títulos cambiarios, como la letra de cambio, el cheque y el pagaré según lo establecido en el artículo 3.g DSP (art. 3.g LSP). También quedan fuera de su ámbito de aplicación según estos mismos preceptos los vales en papel, los cheques de viaje en papel y los giros postales en papel según la definición de la Unión Postal Universal. A lo anterior hay que añadir otros sistemas o procedimientos de pago mencionados en las letras h) y siguientes de los artículos mencionados, en particular los mencionados en el apartado o), sobre servicios de proveedores de retirada de dinero en cajeros automáticos que actúen en nombre de uno o varios

³³ Sobre este importante precepto nos remitimos especialmente a Paz-Ares, C., “Comentario al artículo 1170 CC”, en AAVV, Comentario al Código Civil, dir. C. Paz-Ares *et alli*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 200 ss.

³⁴ Cfr. López Jiménez, J. M^a., Comentarios a la Ley de Servicios de Pago, Barcelona, 2011, p. 389. No obstante, hay que decir que a juicio de nuestra doctrina más autorizada, el art. 1170 CC no es aplicable a las tarjetas de crédito ni al llamado dinero escriturario, sino sólo los títulos valores cambiarios (letra, cheque y pagaré), si bien en algún aspecto, por analogía, quepa incluir a otros (Vid. Paz-Ares, C., “Comentario al artículo 1170 CC”, cit., p. 222). Sobre la idea del denominado dinero escriturario y su relación con las transferencias bancarias nos remitimos a García-Pita y Lastres, J.L., Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones bancarias neutras, cit., p. 414-415 y 430-433.

³⁵ A estas se refiere el ALCM en su Libro Sexto dedicado a los títulos-valores e instrumentos de pago y de crédito (arts. 661-1 a 663-9). Concretamente en el primero de estos artículos se define a las tarjetas como instrumentos materiales que incorporan un dispositivo electrónico, emitido 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. Y en los preceptos inmediatamente siguientes, arts. 661-2 y 661-3, define, respectivamente, a las tarjetas de débito y de crédito.

expedidores de tarjetas, que no sean parte del contrato marco con el consumidor que retire dinero de una cuenta de pago, siempre y cuando dichos proveedores no realicen otros servicios de pago contemplados en el anexo de la DSP (art. 3.º, que se remite al art. 1.2, ambos de la LSP).³⁶

En definitiva, quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la regulación de los servicios de pago las tarjetas de pago o dispositivos similares, las transferencias, ya sean permanentes o no, y los adeudos domiciliados sean o no recurrentes (Anexo de la DSP y art. 1.2 LSP). Operaciones que en muchos casos se suelen realizar mediante la denominada Banca electrónica, ya sea mediante el uso del instrumento de pago en las terminales bancarias (cajeros automáticos) o bien mediante los procedimientos de acceso al servicio de *home banking*. Cabe también la posibilidad de aplicar de manera analógica algunos preceptos a las libretas de ahorro, dado que están habilitadas para su uso en cajeros automáticos y efectuar reintegros con cargo al saldo de la cuenta.³⁷ En particular lo relativo a las obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago (arts. 56 y 27, DSP y LSP, respectivamente), las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago (arts. 57 y 28, DSP y LSP, respectivamente) y sobre responsabilidad del ordenante en casos de operaciones de pago no autorizadas (arts. 61 y 32, DSP y LSP, respectivamente).

Sin embargo, como se nos dice,³⁸ la regulación adolece de una excesiva generalidad porque no se reglamentan de forma sistemática y separada los diferentes servicios de pago a los que se refiere. No se desarrolla una regulación básica y general para todos los servicios de pago y a continuación unas normas específicas para los diferentes tipos de servicios de pago, sino que se tratan sin distinción alguna entre los mismos. Así se puede comprobar especialmente en los Títulos III y IV de la DSP (igualmente en la LSP), que agrupan las normas de mayor relieve para proveedores y usuarios, donde se deberá verificar en cada caso los preceptos aplicables a cada tipo de servicio de pago. A título de ejemplo, los artículos 56 y 61 DSP (arts. 27 y 32, respectivamente, LSP) están referidos claramente a las tarjetas de pago, mientras que el 62 (art. 33 LSP) lo está a los adeudos directos y el 52 (art. 24 LSP) parece que a la generalidad de los servicios de pago.

El cuanto a la idea de **tarjeta de pago** hay que precisar que entran dentro de la misma no sólo las denominadas tarjetas de débito, sino también las tarjetas de crédito en sentido estricto y las de cajero automático. En todos estos

³⁶ La Propuesta de DSP2 de 2013 suprime el art. 3.o) de la vigente DSP. La razón fundamental es que con la exclusión de la DSP de los servicios de los cajeros automáticos ofrecidos por operadores independientes, se incentiva la creación de redes de cajeros automáticos en las que se cobra a los consumidores comisiones muy elevadas por retirar dinero (Cfr. Aparicio, M., “Importante modificación de la normativa europea sobre servicios de pago”, Centro de Estudios de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco. Publicado el 30 de agosto de 2013.

³⁷ En este sentido López Jiménez, J.M^a, Comentarios a la Ley de servicios de pago, cit., p. 583 ss., y 596. También el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, Memoria de 2008, p. 175, que alude como es natural a los preceptos de la DSP.

³⁸ Vid. Troyano, O., “La disciplina uniforme del servizi di pagamento: aspetti critici e proponte ricostruttive”, en AAVV, Armonizzazione europea del servizi de pagamento e attuazione della Directiva 2007/64/CE, a cura de M. Rispoli Farina et alli, Milano, 2009, p. 24; López Jiménez, J. M^a, Comentarios a la Ley de Servicios de Pago, cit., p. 384 ss., esp. 389.

casos la tarjeta cumple una función de pago con independencia de la forma de liquidación de las operaciones realizadas, ya sean de crédito o de débito, también de otras funciones que puedan cumplir, como las de caja, y de los sujetos que intervengan en la emisión y la aceptación. Por otro lado, la función de pago de la tarjeta, como dice el artículo 4.5 DSP (art. 2.5 LSP), no sólo incluye los pagos del titular con base en una operación subyacente, sino también toda acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, de situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacente entre ambos.³⁹

Además de las tarjetas de pago mencionadas, que podemos denominar como ordinarias o generales, existen en el mercado otros tipos de tarjetas algo más particulares, así sucede con las tarjetas comerciales, las tarjetas de empresa y las tarjetas denominadas monedero electrónico y de prepago. En estos casos nos encontramos que o bien quedan excluidas del ámbito de aplicación del régimen jurídico de los servicios de pago o bien el régimen jurídico en cuestión pasa a tener un carácter eminentemente dispositivo.

Por lo que se refiere a las **tarjetas comerciales**, el artículo 3.k de la DSP (art. 3.k LSP)⁴⁰ las excluye expresamente de su ámbito de aplicación como “los servicios que se basen en instrumentos que pueda utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o para un conjunto limitado de bienes o servicios”. Se trata de las tarjetas bilaterales o de cliente, donde es el propio empresario suministrador del bien o servicio el emisor de la tarjeta destinada a la adquisición de sus propios productos o servicios.⁴¹ Y sin perjuicio de algunas variantes que se puedan introducir en las mismas. En estos casos el régimen jurídico aplicable en los supuestos de uso no autorizado de la tarjeta será el acordado por las partes, más la posible aplicación tanto de la Ley de Condiciones Generales de la contratación, como si el usuario es un consumidor del TR de la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios y de la Ley de contratos de crédito al consumo.

En cuanto a las **tarjetas de empresa** su particularidad estriba en que el usuario titular de la tarjeta no es un consumidor sino un profesional, con lo cual cabe la posibilidad de que no se le apliquen las normas tutelares a favor de los consumidores. En estos casos, siempre que no exista ninguna de las causas antes mencionadas para la exclusión, en principio la normativa comentada es

³⁹ Vid. p Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, Pamplona, 2011, p. 32-33.

⁴⁰ El precepto español ha sido desarrollado reglamentario en el art. 26 del RD 712/2010. La novedad de la reglamentación está en idea de <red limitada> que lo asocia con aquel instrumento que sólo puede emplearse para la adquisición de bienes y servicios en una determinada cadena de proveedores de bienes o servicios, o para una serie limitada de bienes y servicios, sea cual sea la localización de punto de venta.

⁴¹ A este tipo de tarjetas ya se refería la Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 sobre los sistemas de pago, en el apartado 2º de su Anexo, con idéntica denominación, como toda tarjeta emitida por un detallista y destinada a su cliente, o por un grupo de detallistas para sus clientes, con el fin de permitir o facilitar, sin dar acceso directo a una cuenta bancaria, el pago en la compra de bienes o servicios adquiridos directamente del detallista o detallistas emisores, o de detallistas que, en virtud de contrato, aceptan la tarjeta.

aplicable igualmente, pero con la particularidad de que algunos preceptos tienen carácter dispositivo. Más concretamente, por un lado, en materia de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que se corresponde con el Título III de la DSP (Título III LSP), donde el artículo 30.1 de la DSP (art. 17.2 LSP) establece que las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, en caso de que el usuario del servicio de pago no sea un consumidor. En el caso español respecto a esta materia hay que recordar que la regulación de la LSP se completa con alguna disposición reglamentaria, en particular las Ordenes EHA 1608/2010 y EHA 2899/2011 y también la Circular 5/2012 del Banco de España. Por otro lado, en materia de derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago del Título IV de la DSP (Título IV LSP). Si bien en este caso el carácter dispositivo no se extiende a todo el título sino sólo a determinados preceptos del mismo, en particular los artículos 52.1 (gastos aplicables), 54.3 (retirada del consentimiento)⁴², 59 (prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago), 61 (responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas), 62 (devolución de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través del mismo), 63 (solicitudes de devolución por operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través de él), 66 (irrevocabilidad de una orden de pago) y 75 (no ejecución o ejecución defectuosa); así como fijar un plazo distinto del establecido en el artículo 58, todos ellos de la DSP (respectivamente arts. 24, 25.3,⁴³ 30,32, 33, 34, 37 y 45, así como el plazo del art. 29, todos ellos de la LSP). No obstante mantiene su carácter imperativo el artículo 60 DSP (art. 31 LSP) relativo al régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas.

Por último, respecto a **las tarjetas monedero electrónico y de prepago**, se trata de tarjetas que incorporan un microchip que permite almacenar importes de dinero de los que se puede disponer mediante la tarjeta. Estamos por tanto ante lo que se suele denominar dinero electrónico⁴⁴ y también por lo general ante instrumentos de pago de escasa cuantía. Además este tipo de instrumentos de pago presentan una serie de particularidades, por un lado, la seguridad, el anonimato y la facilidad de uso y, por otro, que tienen algún inconveniente para su bloqueo por parte del emisor en caso de extravío o sustracción.⁴⁵ Estas singularidades son las que justifican las excepciones que se establecen en su régimen jurídico, concretamente en el artículo 53 de la DSP (art. 23 LSP)⁴⁶ que habla de las excepciones para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico. Se puede entender como de una especie de *regla de mínimis*, al estilo de las existentes en el Derecho de la competencia,⁴⁷

⁴² Hay que tener en cuenta la corrección de errores del art. 51.1 (DOUE, 18.7.2009, L 187/5)

⁴³ De conformidad con el error salvado en la DSP.

⁴⁴ Vid. García-Pita y Lastres, J.L., Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones bancarias neutras, cit., p. 520 ss., esp. 528 ss.

⁴⁵ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, Pamplona, 2011, p. 35-36.

⁴⁶ El artículo 23 de la LSP re remite a un posterior desarrollo reglamentario (R. D. 712/2010).

⁴⁷ Cfr. Eizaguirre, J.M^a, Derecho mercantil, 5^a ed., Cizur Menor, 2008, p. 376-377 y 435-437. También, respecto al Derecho de la competencia desleal, por lo que se refiere a la distorsión

que en nuestro caso permite bien otorgar carácter dispositivo a ciertas normas o bien no aplicar otras. De esto nos ocupamos en los párrafos siguientes.

En sentido estricto **los instrumentos de pago de escasa cuantía** son aquellos que, con arreglo al contrato marco, sólo afectan a operaciones de pago individuales no superiores a 30 euros, o bien con un límite de gasto de 150 euros o permiten almacenar fondos hasta 150 euros. Si bien para el ámbito nacional los EEMM pueden reducir o duplicar estas cantidades y pueden incrementarlas hasta 500 euros para los instrumentos de prepago. El art. 23.2 de la LSP se remite a un desarrollo reglamentario que se llevo a cabo por el artículo 25 del RD 712/2010. En este precepto el legislador español ha tomado la norma europea al pie de la letra y no ha hecho uso alguno de la facultades modificativas. Veamos con más detalle el tratamiento excepcional de estos instrumentos de pago a los que se refiere la DSP en su artículo 53 y en el considerando treinta. Básicamente como decimos estamos ante una nueva *regla de mínimis* que se van extendiendo en el ámbito del Derecho de contratos.⁴⁸

En particular en estos casos, en primer lugar, según el art. 25 de la disposición reglamentaria mencionada tienen carácter dispositivo las normas relativas a los preceptos siguientes de la LSP: artículos 27.b), 28.c), 28.d), 32.3 y 32.4, siempre que el instrumento de pago no permita bloquear o impedir futuras utilidades. En estos casos lo que sucede es que las normas referidas se sustentan en la capacidad de la entidad emisora para inutilizar o bloquear la utilización del instrumento de pago en operaciones futuras, de manera que si esta capacidad de intervención no existe, deja de tener buena parte de sentido tanto la obligación de notificación del usuario, como la de existencia de medios adecuados de comunicación a cargo del proveedor de los servicios de pago o la de impedir la utilización del instrumentos. Y de igual modo parece que también lo relativo a la liberación de responsabilidad del ordenante cuando la notificación se hubiese producido, o cuando no hubiese sido así por no facilitar los medios adecuados de comunicación el proveedor de los servicios de pago. En principio el carácter dispositivo puede parecer razonable.⁴⁹ Pero hay que pensar en las graves consecuencias que la no aplicación de estos preceptos produce en los usuarios de estos instrumentos de pago. En particular que el titular o usuario asumirá todo el riesgo por las operaciones de pago no autorizadas hasta el total del saldo remanente en la tarjeta, máxime si tenemos en cuenta que por lo general la no aplicación de los preceptos antes citados vendrá <impuesto> y <predispuesto> por los proveedores de los servicios de pago en forma de cláusulas no negociadas individualmente, esto es, como condiciones generales de la contratación. De ahí que a nuestro juicio, el hecho de que desaparezca el deber de notificación del usuario en los casos de extravío, robo o sustracción, o de utilización no autorizada, con la consecuencia de que asumirá el riesgo de los usos no autorizados, por un lado, y que paralelamente desaparezcan las obligaciones del proveedor de garantizar medios de comunicación a disposición

significativa del comportamiento económico del consumidor, puede verse Tato Plaza/Fernández Carballo-Calero/Herrera Petrus, cit., p. 87 ss. y 117 ss.

⁴⁸ Así lo vemos también en la Directiva 2011/83/UE (art. 3.4), donde se facultad a los EEMM, a no aplicar dicha Directiva a los contratos con consumidores celebrados fuera del establecimiento mercantil por un importe que no supere los 50 €.

⁴⁹ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 37.

del usuario y la de impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación por el usuario, con la consecuencia a su vez de que no asumirá ninguna responsabilidad por la falta de disponibilidad de dichos medios de notificación, por otro, no deben ser entendidos de manera absoluta. Porque de ser así se puede llegar a conclusiones que atenten contra el principio de buena fe y contra el principio de colaboración, principios que presiden la relación jurídica y que forman parte del contrato marco. En este sentido, la desaparición convencional de estas obligaciones no puede suponer que el proveedor de servicios de pago quede liberado de responsabilidad en todo caso, piénsese en las consecuencias de la no aplicación del artículo 32.3 y 4 de la LSP (artículo 61.4 y 5 DSP). Así, sí el proveedor de los servicios de pago llegase a tener noticia cierta del extravío, sustracción o utilización no autorizada de alguno de estos instrumentos de pago de escasa cuantía, aún no disponiendo el instrumento de pago de medios de bloqueo, deberá desplegar la diligencia exigible para evitar en la medida de lo posible los pagos indebidos.

En segundo lugar, según el mismo precepto reglamentario anterior y el artículo 53.1.b) de la DSP, otra excepción respecto a los instrumentos de pago de pequeña cuantía se produce con su utilización de manera anónima o cuando el proveedor de los servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, de demostrar que la operación de pago ha sido autorizada. En estos casos el carácter dispositivo está atribuido a los siguientes preceptos: artículos 30, 31, 32.1 y 2 LSP (arts. 59, 60, 61.1 y 2 DSP). El acuerdo de no aplicación de los mismos trae como consecuencia que no se aplique lo relativo a la carga de la prueba de autenticación de las operaciones de pago y a la responsabilidad del proveedor de servicios en caso de operaciones de pago no autorizadas. La razón parece que reside en el anonimato de la operación de pago, de manera que el carácter dispositivo se justifica por la dificultad de efectuar la autenticación de la operación por parte del proveedor de servicios de pago. Y de ahí se deriva la no responsabilidad del emisor por estas operaciones, por un lado, y la derogación también de las normas específicas sobre la responsabilidad del ordenante por las operaciones no autorizadas, por otro. Pero bien entendido que en último caso con la posible postergación de las normas mencionadas, a lo que conduce de nuevo es a que sea el ordenante (el titular del instrumento de pago) quien asuma todo el riesgo por la utilización no autorizada de estos instrumentos de pago.

g) Ámbitos de aplicación: subjetivo y objetivo. Más allá de los consumidores y más allá de la contratación a distancia

En cuanto a los posibles sujetos implicados en las operaciones de pago con tarjeta la DSP y la LSP aluden a los siguientes: el proveedor del servicio, el ordenante, el beneficiario y el usuario de los servicios de pago. **El proveedor de servicios de pago**, según la definición del mismo en la LSP (art. 2.9), lo puede ser cualquiera de los organismos públicos, entidades o empresarios autorizados para prestar este tipo de servicios en España o en algún EEMM, se acojan o no a las excepciones previstas en el artículo 26 de la DSP, así como los de terceros países que se dediquen profesionalmente a este mismo tipo de servicios. Esto supone que la actividad empresarial está abierta como es natural

a las entidades de crédito, pero también a las denominadas entidades de pago. Estas últimas están reguladas en los artículos 6 a 16 de la LSP (arts. 5 a 27 DSP) y por el R.D. 712/2010. Las entidades de pago son personas jurídicas, distintas a las entidades de crédito, autorizadas para prestar todos o alguno de los servicios de pago contemplados en la LSP (art. 6 LSP).

Otro de los sujetos es **el ordenante**, que en puridad constituye el titular del instrumento de pago. La DSP (art. 4.7) y la LSP (art. 2.7) entienden por tal a *la persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en el caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago*. Esta relación como ya sabemos se sustenta en un contrato marco entre este sujeto y la entidad de crédito o de pago, que es de donde nace tanto el contrato de emisión del instrumento de pago, como la cuenta donde se cargan las operaciones de pago. Y la cuenta de pago se define como *una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago* (art. 4.14 DSP y 2.14 LSP). Como se ve el ordenante puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, pero sólo podremos hablar de **ordenante consumidor** en el caso de personas físicas que actúen con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional (arts. 4.11 y 2.11, DSP y LSP, respectivamente). Se adopta por tanto en este ámbito normativo, por razón de la plena armonización impuesta por el art. 86 de la DSP, un concepto de consumidor más restrictivo que el que rige con carácter general en el Derecho español, que incluye también a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.⁵⁰

El beneficiario se define como *la persona física o jurídica que sea el destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago* (arts. 4.8 y 2.8, respectivamente, DSP y LSP). Pero hay que tener en cuenta que esta posición de beneficiario puede ser ocupada tanto por el ordenante, caso por ejemplo de las disposiciones de fondos en los cajeros automáticos mediante la correspondiente tarjeta, como una tercera persona a la que el titular del instrumento de pago asigna los fondos, es el caso típico del establecimiento comercial donde se efectúa una compra mediante la utilización de una tarjeta de pago. Estos sujetos son a su vez considerados como usuarios de los servicios de pago, que según la norma son *la persona física o jurídica que haga uso de un servicios de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos* (artículos 4.10 y 2.10, respectivamente, DSP y LSP).

Pues bien, por lo que se refiere a este ámbito subjetivo, la cuestión se regula de manera específica en el art. 51 de la DSP para todo el Título IV, relativo a los derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago.⁵¹ En principio todo el articulado del Título IV tiene un ámbito subjetivo de aplicación universal, por tanto incluye tanto a

⁵⁰ Según el nuevo texto del art. 3 del TRLCU modificado por la Ley 3/2014. Con anterioridad a la citada reforma el concepto de consumidor sólo se extendía a las personas jurídicas que actuasen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

⁵¹ Por **servicio de pago** se entiende en la Directiva: “cualquiera de las actividades comerciales contempladas en el anexo” (art. 4.3). La LSP enumera los servicios de pago en su artículo 1.2.

consumidores⁵² como a profesionales o empresarios, con la particularidad de que alguna de las normas tienen carácter dispositivo si el usuario de los servicios de pago no es un consumidor.⁵³ Por tanto, en términos generales, se puede decir que la DSP (y de igual modo la LSP) desarrolla un régimen jurídico imperativo en las relaciones mixtas con los consumidores y otro dispositivo para las relaciones con los no consumidores. Y así sucede de manera similar para otros ámbitos de la DSP, como es el desarrollado en su Título III, relativo a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, si bien en este caso resultan afectados todos los preceptos de dicho título.⁵⁴ De ahí que la persona física o jurídica propietaria o titular del establecimiento comercial donde se utiliza el instrumento de pago nunca pueda ser considerada como un consumidor.

Sobre este aspecto subjetivo hay que decir que la regulación específica sobre las tarjetas propuesta por el ALCM de 2014 (arts. 661-1 a 663-9) no establece ningún tipo de diferenciación normativa en función de los sujetos, no obstante esto no debe afectar en modo alguno a las disposiciones tutelares a favor de los consumidores, ya sean derivadas del Derecho europeo, del nacional o de ambos. El propio ALCM acoge expresamente esta salvedad con carácter general en su artículo 001-3,2, donde se establece que en los actos y contratos mercantiles donde intervenga un consumidor la aplicación del Código Mercantil se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.

No obstante, hay que hacer alguna salvedad respecto al carácter dispositivo de las normas dirigidas a las relaciones interempresariales. Nos referimos concretamente a lo establecido en el artículo 24.3 LSP (art. 52.1 y 3 DSP), donde se declara nula toda cláusula que impida al comerciante (beneficiario de una orden de pago) cargar al ordenante (usuario del instrumento de pago) el pago de una cuota adicional u ofrecer una reducción por la utilización de un instrumento de pago específico. Si bien las cuotas adicionales no podrán superar el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios. De este modo se establece una norma imperativa dirigida a la

⁵² Es **consumidor** para la Directiva: “una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Directiva, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional” (art. 4.11). Como se ha anticipado, la Directiva permite a los Estados miembros equiparar a las microempresas con los consumidores, a los efectos de aplicarle el mismo régimen jurídico que a éstos (arts. 30.2 y 51.3). Sobre el concepto de consumidor nos remitimos a Cámara Lapuente, S., en AAVV, Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Dir. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 102-148; Ruiz Muñoz, M. (2008), cit., p. 3 ss., esp. 14 ss.; idem, “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en AAVV, Los contratos de distribución, dir. Alonso Ureba *et al*, Madrid, 2010, p. 363 ss., esp. 375-382.

⁵³ Así se establece en el art. 51.1 de la DSP: “Si el usuario de servicios de pago no es un consumidor, las partes podrán convenir en que no se apliquen, total o parcialmente, el artículo 52, apartado 1, el artículo 54.3 [vid. Corrección de errores de la DSP, DOUE, 18.7.2009, L 187/5], y los artículos 59, 61, 62, 63, 66 y 75. Las partes también podrán convenir un plazo distinto del que se establece en el art. 58” El precepto equivalente en la LSP es el 23.1, si bien a la vista de la corrección de errores mencionada la referencia al artículo 25.1 último inciso del primer párrafo, debe ser entendida al artículo 25.3, que es el que se corresponde con el 54.3 de la DSP. Además lo establecido en el 29.2 párrafo segundo de la LSP.

⁵⁴ Art. 30.1 de la DSP: “...Las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, en caso de que el usuario del servicio de pago no sea un consumidor.” Se corresponde con el art. 17.2 de la LSP.

relación entre el proveedor de servicios de pago y los comerciantes adheridos a su sistema de pago, con la finalidad de dejar sin efecto las *cláusulas de no discriminación* que impiden que el comerciante traslade el coste del uso del instrumento de pago al ordenante o usuario.⁵⁵ En definitiva se facilita que el comerciante pueda trasladar dicho coste a los usuarios de los servicios de pago, pero siempre con el límite del coste realmente asumido y con la previa información al usuario. Esto último, lo relativo a la información sobre los gastos adicionales o sobre las reducciones, si bien se menciona expresamente en el artículo 24.3.III de la LSP, se desarrolla con más detalle en el artículo 4 de la OEHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre la transparencia y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Más recientemente, la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, en su artículo 19, donde se refiere a las tasas por la utilización de medios de pago, reitera la norma anterior pero con un enfoque centrado en la protección de los consumidores: *los Estados miembros prohibirán a los comerciantes cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios*. Según el considerando 54 de la DDC se nos dice que la norma se establece de conformidad con el artículo 52.3 de la DSP, pero con la particularidad de que se añade en el mismo lo relativo a la prohibición de cobrar tasas a los consumidores por encima del coste soportado por el comerciante, algo que no figura en el art. 52.3 de la DSP. Esto ha dado lugar a que la doctrina se pregunte por el fundamento de la referencia del considerando de la DDC a que: *en cualquier caso, debe prohibirse a los comerciantes cobrar tasas a los consumidores que excedan el coste soportado por el comerciante por el uso de tales medios de pago*.⁵⁶ Y se apunta la posibilidad de que ese fundamento esté en el artículo 4 de la DDC que impone una armonización de máximos, si bien se añade inmediatamente que no se trata de una forma de control del precio, sino más bien de impedir a los comerciantes obtener ingresos por encima del precio marcado (especialmente en las operaciones *on line*) con la excusa de la repercusión del coste por la utilización de los instrumentos de pago.⁵⁷ En definitiva, a nuestro juicio, estamos ante una medida más de transparencia en las relaciones con los consumidores, que tiene por finalidad que no se presente como gasto repercutido lo que en realidad constituye una parte del precio. Una regla equivalente al art. 19 de la DDC la encontramos en la Common European Sales Law (en adelante CESL) de 2011,⁵⁸ concretamente en su artículo 124.4, donde se establece que: *[E]n los contratos entre un comerciante y un consumidor y en relación con el uso de un medio de pago determinado, el consumidor no correrá con las tasas que excedan de los costes soportados por el comerciante por el uso de ese medio*.

⁵⁵ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 43-44.

⁵⁶ Vid. Whittaker, S., “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, Cizur Menor, 2012, p. 509 ss., esp. 520-521.

⁵⁷ *Ibi*.

⁵⁸ Se trata de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final.

Recapitulando sobre lo anterior podemos decir que las diferencias entre el artículo 19 de la DDC y el 52.3 de la DSP (art. 24.3 LSP) estriban en dos aspectos. Por un lado, el enfoque subjetivo de la norma, de modo que la DSP se dirige a la relación entre el proveedor de los servicios de pago y el beneficiario (establecimiento comercial), y sólo indirectamente al ordenante, ya sea éste consumidor o no; mientras que la DDC se centra en la relación entre el comerciante (beneficiario) y el ordenante consumidor. Por otro lado, en cuanto al contenido, la DSP (y la LSP) prohíbe o declara nulo todo pacto que impida el traslado al ordenante de la cuota a pagar por el beneficiario por la utilización de los instrumentos de pago; mientras que la DDC lo que prohíbe no es tanto la obstaculización del traslado del gasto, sino, dado que se refiere a la relación entre comerciante beneficiario y ordenante consumidor, más bien que el cargo que se pasa al ordenante consumidor no supere lo asumido por el comerciante beneficiario. Aunque hay que decir que en realidad lo establecido en el art. 19 de la DDC se hubiese podido deducir sin dificultad de las disposiciones sobre los servicios de pagos. En todo caso sin ninguna dificultad de la LSP porque así lo establece expresamente. Pero también de la DSP si interpretamos su artículo 52 en su conjunto, esto es, el apartado tercero conforme a lo establecido en el apartado primero que habla de que los gastos serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados. Una idea que se reitera en el apartado segundo del mismo precepto.

Pues bien, la norma mencionada del art. 19 de la DDC ha sido integrada en el Derecho español por la Ley 3/2014, de reforma del TRLCU, concretamente en su nuevo artículo 60 *ter*, y se carga al empresario con la prueba del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere dicho artículo. Además, el legislador español se ha anticipado al legislador comunitario y, en la Ley 18/2014, de 15 de octubre (BOE, 17.10.2014), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, ha establecido límites a las tasas de intercambio en operaciones de pago con tarjeta (arts. 9 a 15). Concretamente se fija en el 0,2% para las tarjetas de débito y en el 0,3 para las de crédito (art. 11). Y sin que se pueda repercutir al ordenante otro tipo de gastos adicionales por la utilización de la tarjeta de débito o de crédito (art. 12).

En cuanto a la transposición de la DSP al Derecho español hay que hacer una pequeña aclaración respecto a la delimitación de los sujetos afectados. En principio la LSP habla, al igual que la DSP, de consumidores en el sentido visto de persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, profesional o comercial, pero como hemos visto no limita su ámbito de aplicación a estos sujetos, sino que incluye también a las personas físicas no consumidores, esto es, a los profesionales, y a las personas jurídicas. Pues bien, el caso es que existen algunas disposiciones de desarrollo que hablan sólo de **clientes** y de **clientela**. Así sucede tanto con la OEHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, como con la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre la transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que a su vez desarrolla y ejecuta en parte la Orden ministerial anterior.

En la primera de estas dos disposiciones se habla de clientes y de clientes potenciales que en todo caso deben ser personas físicas (art. 2.1). A lo que se

añade que cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en el capítulo II del título III (art. 2.4), que está referido a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Pues bien la Orden Ministerial está referida sólo a los clientes personas físicas, que pueden ser tanto consumidores, como no consumidores si es que desarrollan una actividad profesional o empresarial, con la particularidad de que en este último caso se establece el carácter dispositivo de la regulación con alguna excepción. Y esto choca con lo establecido en la DSP y en la LSP, que no sólo incluye en su ámbito de aplicación a los sujetos anteriores, sino también a las personas jurídicas usuarias de los servicios de pago, ya sea como ordenantes o como beneficiarios de los mismos. En estos casos resulta evidente que no pueden ser calificados como consumidores al ser personas jurídicas, pero en cualquier caso se trata de sujetos que quedan bajo el amparo de la DSP y de la LSP. Y también es cierto que como hemos visto, al no ser consumidores, las normas de protección suelen tener carácter dispositivo. En definitiva, dado que la OEHA/2899/2011, según se establece en su artículo 34, completa la OEHA/1608/2010, que a su vez transpone al Derecho español la DSP, podemos concluir que la primera disposición delimita un ámbito subjetivo de aplicación más restrictivo (sólo incluye a las personas físicas) que las otras dos, que abarcan también a las personas jurídicas. De ahí que se pueda sostener, que la transposición de la DSP no es correcta respecto a lo establecido en el artículo 34 de la referida Orden ministerial de 2011.

La otra disposición que habla de clientes y de clientela decíamos que es la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre la transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. En este caso la Circular, que desarrolla y ejecuta la OEHA/2899/2011, habla igualmente de clientes o clientela personas físicas, y en el caso de que actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, esto es, como un no consumidor, se establece el carácter dispositivo de las normas contenidas en la Circular, si bien con alguna excepción respecto a los tipos de interés (norma segunda). La particularidad en la regulación de la Circular está en que se incluye dentro de la clientela a las comunidades de bienes, como son los casos expresamente señalados de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas. Y en estos casos el carácter dispositivo de las normas se impone cuando las personas físicas integrantes de la comunidad de bienes actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Aquí, en principio, el problema anterior parece agravado, porque no sólo se excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas como sucede en la Orden ministerial anterior, sino que además se incluyen como clientes a unos entes, como son las comunidades de bienes, que no son ni personas físicas ni personas jurídicas, sino que estamos ante entes sin personalidad jurídica reconocida.⁵⁹ No obstante, y sin perjuicio de que esta diferente nomenclatura provoca cierta inseguridad jurídica, puede ser que en el caso de la Circular del Banco de

⁵⁹ Se produce de este modo una cierta proximidad con la nueva figura del consumidor antes mencionada (art. 3 TRLCU según la Ley 3/2014), que incluye a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

España no se presente ningún problema de discrepancia con la armonización desarrollada por la DSP dado que no estamos en todo caso ante ámbitos objetivos de aplicación coincidentes.

Respecto a nuestro objeto de estudio, como es el uso no autorizado de instrumentos de pago, regulado especialmente en los artículos 56 a 61 DSP (arts. 27 a 32 LSP), dichos preceptos tienen carácter imperativo en las relaciones con los consumidores, pero no así en su integridad respecto a las relaciones con los no consumidores, como en parte se ha anticipado. En estos casos mediante pacto se podrá acordar la no aplicación total o parcial de algunas normas, concretamente los artículos 59 (*Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago*)⁶⁰ y 61 (*responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas*),⁶¹ así como convenir un plazo distinto del señalado en el art. 58 (*Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente*),⁶² donde se fija un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo para ciertas notificaciones del usuario de servicios de pago.⁶³ En definitiva, como veremos en su momento con más detalle, de la regulación desarrollada por la Directiva para regular el uso no autorizado de instrumentos de pago, hay una parte importante de la misma que tiene carácter dispositivo en las relaciones con los no consumidores. Pero además, recuérdese que *las denominadas microempresas⁶⁴ pueden ser equiparadas por los Derechos nacionales a los consumidores, de modo que el ámbito subjetivo de aplicación de lo dispositivo y lo imperativo puede no ser coincidente en los futuros Derechos nacionales armonizados, lo que a su vez puede llevar a la frustración de la armonización plena pretendida.*

Y finalmente, en cuanto al ámbito objetivo de aplicación, hay que decir que la Directiva (artículos 2 de la Directiva y 1 de la LSP), en general, comprende a los denominados servicios de pago dentro de la Comunidad; si bien, por lo que se refiere a los Títulos III y IV, y es en éste último donde se contienen las normas objeto de nuestro estudio, se aplicarán *solamente cuando tanto el proveedor de los servicios de pago del ordenante como el proveedor de los servicios de pago del beneficiario, o el único proveedor de servicio de pago en una operación de pago, estén situados en la Comunidad.* Y en cuanto al concepto de servicio de pago es cualquiera de las actividades comerciales contempladas en el Anexo de la Directiva (art. 1.2 LSP). Dentro de este Anexo se incluyen como es natural, entre otros, la ejecución de operaciones de pago mediante tarjetas de pago o dispositivo similar. Pues bien, una cuestión importante a destacar respecto a este ámbito objetivo, es que la nueva

⁶⁰ Artículo 30 de la LSP.

⁶¹ Artículo 32 de la LSP.

⁶² El artículo 29.2, párrafo segundo, de la LSP, se corresponde con el 51.1 *in fine* de la Directiva, pero con la particularidad de que el carácter dispositivo en la norma española se refiere exclusivamente a la posible reducción del plazo de trece meses, lo que a nuestro juicio infringe el Derecho comunitario que en este punto impone una armonización plena, como se puede comprobar en el artículo 86. Más adelante volveremos sobre esta cuestión (*infra* & 7).

⁶³ El carácter dispositivo no sólo afecta a los preceptos mencionados en el texto, sino también a los arts. 52.1, 54.2.párrafo segundo, 62, 63, 66 y 75(art. 51.1 de la Directiva). De estos otros preceptos con carácter dispositivo nos ocuparemos especialmente del segundo relativo a la falta del consentimiento, que se corresponde con el 25.1 de la ley española de transposición (*infra* & 6).

⁶⁴ Vid. *supra* nota 11.

regulación sobre el uso no autorizado o fraudulento de las tarjetas de pago *no queda circunscrito ni a los diferentes regímenes jurídicos de contratación a distancia, ni a las tarjetas de pago, como hasta ahora venía sucediendo, sino que se amplía y se extiende a todo tipo de operaciones de pago⁶⁵ y de instrumentos de pago* según lo establecido en la Directiva. En este sentido, como reza en el título del presente subepígrafe, estamos ante una regulación que va más allá de la contratación a distancia, y de las relaciones con consumidores, y que viene a cubrir una importante laguna sobre la materia. Esta nueva regulación más amplia y completa aporta no sólo mejores soluciones al uso fraudulento de las tarjetas de pago en la contratación a distancia, sino también a aquellos otros supuestos de uso no autorizado de dichas tarjetas que hoy propicia sin quererlo el desarrollo del comercio electrónico. Piénsese tanto en la posible utilización indebida de los datos que voluntariamente han sido transmitido por la red, como en las posibles falsificaciones o clonaciones de tarjetas y su utilización bien en transacciones a distancia o presenciales.⁶⁶

⁶⁵ **Operación de pago:** “una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, de situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos”(arts. 4.5 de la Directiva y 2.5 LSP).

⁶⁶ Cfr. Castilla Cubillas, M., cit., p. 190-191.

3. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA REGULACIÓN ANTERIOR Y POSTERIOR A LA DIRECTIVA 2007/64/CE Y A LA LEY 16/2009, DE SERVICIOS DE PAGO

a) La regulación anterior: “el repudio de las operaciones”

Como se ha anticipado, el tratamiento jurídico europeo sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago se limitaba hasta la DSP a un solo artículo, concretamente el artículo octavo, en la Directiva 97/7/CE, sobre los contratos a distancia con consumidores.⁶⁷ Dicho precepto se reproducía en el mismo ordinal de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Dichas normas, del mismo tenor, establecían lo siguiente:

El consumidor puede solicitar, dentro de sus respectivos ámbitos de la contratación a distancia, la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta y que se le abonen en cuenta o se le restituyan los pagos efectuados.

El caso es que estas normas, hoy derogadas por la DSP, trataban el asunto de manera muy somera, porque como se puede comprobar se limitaban sin más a reconocer el derecho del consumidor a anular los pagos realizados sin autorización o de manera fraudulenta, con los consiguientes reabonos en su cuenta. Pero se dejaban sin regular la mayoría de las cuestiones más importantes, como son las relativas a la concreción de las obligaciones del usuario o titular de la tarjeta de pago, las obligaciones de la entidad de crédito o emisor de la tarjeta, también la imputación de determinados riesgos por la circulación de los instrumentos de pago, la posible conexión entre la anulación de los pagos y el cumplimiento de las obligaciones de notificación, el plazo para la realización de la devolución del pago no autorizado, algunas cuestiones cruciales sobre la carga de la prueba respecto a determinados hechos en la mecánica sobre el funcionamiento de los sistemas de pago con tarjeta; o, en fin, la determinación del alcance de la responsabilidad del usuario en los casos de operaciones de pago no autorizadas, en función del cumplimiento o no de sus obligaciones y del posible establecimiento de una franquicia. Como se ve se trata de un cúmulo de importantes cuestiones que vienen generando desde hace tiempo un grave problema de seguridad jurídica y cuya regulación resultaba y resulta muy necesaria. No obstante, es cierto que las exigencias de la práctica han venido a cubrir buena parte de estas lagunas, bien por medio de los acuerdos contractuales, bien por los Tribunales de justicia, o bien por las propuestas doctrinales.⁶⁸ Y en el desarrollo de todos estos tipos de soluciones a la falta de regulación, no cabe duda que ha cumplido un papel importante, tanto

⁶⁷ Dejamos al margen en este apartado las recomendaciones de las disposiciones comunitarias no vinculantes antes mencionadas en el epígrafe primero. Más adelante haremos referencia al contenido de las mismas y a su influencia en el nuevo régimen jurídico desarrollado por la Directiva que comentamos.

⁶⁸ Vid., entre otros, Castilla Cubillas, M, cit., p. 175 ss., esp. 181 ss.

como modelo regulatorio como de guía para algunas resoluciones judiciales, las propuestas o consejos normativos contenidos en las tres Recomendaciones comunitarias mencionadas al inicio de este trabajo, especialmente en la última de éstas. Pero aún así, no cabe duda de que la situación no venía siendo todo lo satisfactoria que cabía esperar.⁶⁹

La transposición al Derecho español de la norma europea mencionada la encontramos hoy, respectivamente, en el art. 112 (antes 106) del TRLCU de 2007, sobre la contratación a distancia con consumidores,⁷⁰ y en el art. 12 de la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El primero de estos preceptos tiene su antecedente en el art. 46 de la LOCM (hoy derogado) de 1996, que fue modificado por la Ley 47/2002, para su adaptación a la Directiva 97/7/CE, sobre los contratos a distancia con los consumidores. La regulación de 1996, a nuestro juicio, a pesar de la diferente literalidad no difería mucho de la de 2002, si bien hemos de reconocer que el texto original se prestaba a diferentes interpretaciones por no aludir expresamente a los usos fraudulentos o indebidos.⁷¹

No obstante lo anterior, a nuestro juicio, el párrafo segundo del art. 46 de la LOCM en su versión original ya ponía claramente de manifiesto, aunque fuese de manera implícita, que la facultad anulatoria del cargo estaba referida exclusivamente a los supuestos de usos no autorizados.⁷² Que además era la interpretación que se correspondía con el artículo 8, ahora derogado, de la Directiva 1997/7/CE sobre contratación a distancia, que hablaba expresamente de *utilización fraudulenta* de las tarjetas de pago. A lo que hay que añadir, frente a alguna otra opinión también mas o menos extendida,⁷³ la falta de conexión del art. 46.1 con el derecho de desistimiento del art. 44, porque este último, tanto antes como después, ya establecía la repercusión sobre el posible acuerdo de crédito, de modo que la facultad de anulación del cargo del primero

⁶⁹ Cfr., entre otros, Sánchez Gómez, El sistema de tarjeta de crédito, Granada, 2006, p. 23 ss.; Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, Cizur Menor, 2011, p. 22 ss.

⁷⁰ Para una primera aproximación a este precepto puede verse, Sánchez Gómez, A., en AAVV, Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (R.D.Legislativo 1/2007), coor. R. Bercovitz, Cizur Menor, 2009, p. 1315 ss.; y Arroyo Amayuelas, E., “Comentario al artículo 106”, en AAVV, Comentarios las normas de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 1014 ss.

⁷¹ Cfr., entre otros, Marín López, J.J., “Comentario al art. 46”, en AAVV, Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/96 y L.O. 2/96, Barcelona, 1996, p. 341-342; Pasquau Liaño, M., <Ventas a distancia>, en AAVV, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (dir. Piñar/Beltrán), Madrid, 1997, p. 352-353; Reverte Navarro, A., “Artículo 46”, en AAVV, Régimen jurídico general del comercio minorista, coor. Alonso Espinosa *et al*, Madrid, 1999, p. 580 ss.; Castilla Cubillas, M, cit., p. 162 y 189; y Sánchez Gómez, A.(2009), cit., p. 1320.

⁷² “Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo,.....”

⁷³ Cfr. Marín López, J.J., cit., p. 342; Gómez Mendoza, M., “Tarjetas bancarias y cajeros automáticos”, en AAVV, Contratos bancarios y parabancarios, dir. U. Nieto Carol, Valladolid, 1998, p. 879; Reverte Navarro, A., cit., p. 591.

no tenía ni tiene nada que ver con el derecho de desistimiento del segundo,⁷⁴ como puso claramente de manifiesto después tanto la versión reformada de 2002, como el art. 106.2 del TRLCU.⁷⁵ En definitiva, el texto de 2007 (art. 106 del TRLCU),⁷⁶ con la salvedad de la referencia a los consumidores, coincide casi literalmente con el reformado art. 46 de la LOCM de 2002.⁷⁷

La cuestión es que hasta hace muy poco contábamos en el derecho español con tres regulaciones diferentes de la contratación a distancia. La del TRLCU para los contratos con consumidores en general, que continúa con las importantes modificaciones introducidas por la Ley 3/2014; la de la Ley 22/2007, para la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores, que sigue en vigor; y la regulación de la LOCM (arts. 38 a 48), que ha seguido en vigor con carácter dispositivo, sólo para la contratación a distancia con empresarios o profesionales,⁷⁸ hasta su reciente derogación por la Ley 3/2014.⁷⁹

En todo caso, como resulta evidente no se trataba de una regulación general, como ahora sí que sucede con la nueva regulación de la DSP y de la LSP, sino de una norma específica para la contratación a distancia, que fue cobrando una fuerza especial en los últimos años por su aplicación en el comercio electrónico.⁸⁰ En el artículo 112 (antes 106) del TRLCU se recoge en su apartado primero la disposición comunitaria (art. 8 de la Directiva 97/7/CE) con alguna variación, a lo que se le añade, en el apartado segundo, una cautela frente a posibles comportamientos abusivos por parte de los titulares de las tarjetas. Sobre este segundo apartado hay que realizar dos observaciones de cierto calado que a nuestro juicio relativizan bastante su valor normativo. Por un lado, que la norma viene de la versión original del precepto de la LOCM de 1996, lo que significa que es anterior a la Directiva 7/97/CE y toma como modelo regulatorio el texto prelegislativo comunitario donde efectivamente sí

⁷⁴ Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, en AAVV, Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, 50, Estudios de derecho judicial, CGPJ, 2004, p. 478-479.

⁷⁵ Vid. Sánchez Gómez, A. (2009), cit., p. 1328-1329.

⁷⁶ Art. 106 (pago mediante tarjeta) TRLCU: “1. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas de empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad. 2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.”

⁷⁷ Es cierto que se omite también en el nuevo texto que se <hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo>, pero resulta evidente que dicho párrafo no permitía una interpretación distinta del precepto [Vid. Sánchez Gómez, A.(2009), cit., p. 1327-1328].

⁷⁸ Derogación del art. 48 LOCM por la Disposición Derogatoria Unica del TRLCU de 2007.

⁷⁹ La Disposición derogatoria única, apartado 1, de la Ley 3/2014, deroga expresamente los artículos 39 a 48 de la LOCM. El art. 38 LOCM, relativo al concepto de ventas a distancia, sigue en vigor, pero modificado por la misma disposición (Disposición final segunda. Cuatro, Ley 3/2014), y se remite para la calificación de las ventas a distancia al artículo 92 del TRLCU (a su vez modificado también por la Ley 3/2014).

⁸⁰ Vid., entre otros, Castilla Cubillas, M, cit., p. 189; Ruiz Muñoz, M.(2008), cit., p. 3 ss.

figuraba dicha cautela, pero que finalmente fue suprimida en el texto aprobado y se limitó la facultad anulatoria a los supuestos de utilización fraudulenta de la tarjeta (art. 8 de la Directiva 7/97/CE). Y por otro lado, hay que añadir que su aporte normativo es muy reducido, porque una solución similar se puede alcanzar recurriendo a las normas generales de Derecho común,⁸¹ y en particular lo que hace es dar aplicación al principio de irrevocabilidad de los pagos efectivamente realizados con tarjeta,⁸² un principio que hoy podemos ver acogido de manera general para todas las órdenes de pago por el art. 66 de la DSP (art. 37 de la LSP).

En realidad lo que sucede es que la facultad anulatoria concedida al titular de la tarjeta es muy amplia, y ello se justifica tanto por razón de la contratación a distancia,⁸³ como por razón de la promoción de un instrumento de pago muy rentable para sus emisores y gestores, de ahí que haya parecido oportuno introducir un elemento corrector frente a las posibles anulaciones abusivas. Con el paso del tiempo se van introduciendo nuevas técnicas que dan mayor seguridad a las transacciones electrónicas, especialmente para evitar lo que se denomina “el repudio de las operaciones”, como es el uso de una contraseña especial de la que sólo dispone el titular de la tarjeta.⁸⁴ Con todo, para ser coherentes con el art. 8 de la Directiva 7/97/CE (hoy derogada), este apartado segundo del artículo 46 (hoy derogado) de la LOCM debió de haber sido suprimido con la reforma de 2002. En definitiva, como decimos la norma no resultaba necesaria, porque el sistema jurídico privado dispone de principios o normas generales aplicables a este tipo de comportamientos oportunistas, en particular el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, porque por lo general no serán otra cosa que incumplimientos contractuales dolosos y como tales sometidos a los artículos 1101, 1102, 1106, 1107 y 1124 del CC.⁸⁵ Además, y sin perjuicio de lo que decimos, con la DSP el tipo de comportamiento que comentamos podría tener cabida en el párrafo segundo de su artículo 61 (art. 32 LSP), cuando se refiere a las actuaciones fraudulentas del ordenante.

b) La regulación anterior y posterior: la imputación del riesgo de la anulación del cargo

No podemos entrar en este momento en algunos aspectos interesantes sobre esta regulación, por lo que nos remitimos a la literatura al uso.⁸⁶ Sólo nos

⁸¹ Cfr. Castilla Cubillas, M, cit., p. 189; Ruiz Muñoz, M. (2008), cit., p. 54.

⁸² Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J. (2004), cit., p. 479-480. No obstante, Reverte Navarro, A. (“Artículo 46”, cit., p. 584), entiende que tampoco en el párrafo segundo puede entenderse que haya un supuesto de revocación del pago con tarjeta.

⁸³ Cfr. Gómez Mendoza, M^a (2005), cit., p. 235. Sobre el trasfondo de este aspecto nos remitimos a lo que se dice más adelante en el epígrafe 9 del presente trabajo a propósito de la franquicia de 150 € del art. 61 de la DSP (art. 32 LSP).

⁸⁴ En un sentido general, puede verse Madrid Parra, A., “Seguridad en el comercio electrónico”, en AAVV, Contratación y comercio electrónico, dir. Orduña Moreno, Valencia, 2003, p. 129 ss, esp., 162 ss.).

⁸⁵ Vid. Bercovitz, R., en AAVV, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, dir Bercovitz, R./Leguina, Madrid, 1997, p. 729; Reverte Navarro, A., cit., p. 583 y 593.

⁸⁶ Vid., especialmente, Auriolés Martín/Mayorga Toledano, cit., p. 863 ss.; Broseta/Martínez Sanz, cit., p. 247 ss.; Castilla Cubillas, M, cit., p. 175 ss.; Cortés Domínguez, L.J., en Uria/Menéndez, Curso de derecho mercantil, II, Madrid, 2001, p. 545 ss.; Gómez

limitamos a decir que el precepto se utiliza también tanto por los Tribunales de justicia,⁸⁷ como por la doctrina, para resolver la importante cuestión sobre la imputación del riesgo de la anulación del cargo por el usuario de la tarjeta, de manera que, con el argumento del buen fin de la operación, se entiende que es el empresario-vendedor y no la entidad emisora o gestora de la tarjeta quien debe soportar el coste de dicha operación.⁸⁸ El precepto español parece que se presta mayormente a esta solución cuando habla, en el párrafo primero, de que *<las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas de empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad>*; y en el segundo, de que es el empresario el titular de la posible reparación de daños y perjuicios a cargo del titular de la tarjeta, si la compra hubiese sido efectivamente autorizada. De manera que, como se nos dice, si se reconoce al proveedor dicho derecho de reparación de daños es porque la norma lo hace inicialmente responsable. No obstante, hay que recordar que estos aspectos de la norma española referidos a la relación entre la entidad emisora o gestora de la tarjeta y el empresario, constituyeron en su momento un añadido propio del legislador español, bien es cierto que con toda probabilidad por influencia de los textos prelegislativos comunitarios, pero que fue finalmente eliminado en el texto definitivo de la Directiva de 1997 y en ningún caso apareció en la Directiva 2002/65/CE. Es más, en la Ley española 22/2007(LCDSFC), de transposición de esta última, se puede comprobar con relativa sorpresa como en su artículo 12 no aparece el controvertido segundo apartado ni ninguna referencia a una posible indemnización por impugnación abusiva, lo que da pie a una interpretación de los textos españoles de manera más coherente con los textos comunitarios. De ahí que, implícitamente, se pueda pensar que la cuestión quedó remitida en todo caso a los Derechos nacionales y, muy especialmente, al ámbito interno de los sujetos implicados (empresario y entidad emisora o gestora) porque se trata de relaciones entre empresarios y las directivas en cuestión tienen un ámbito subjetivo de aplicación circunscrito exclusivamente a las relaciones con consumidores.⁸⁹

Pues bien, sobre esta importante cuestión el legislador comunitario sigue en la misma línea anterior y nada parece que se establezca ni en la DSP ni en la LSP. En su art. 60 (igualmente en el 31 de la LSP) referido a la obligación de devolución o reabono del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas, se limita a la relación entre éste y el ordenante o usuario del instrumento de pago (*“el proveedor de servicios de pago del ordenante le devuelva de inmediato el importe de la operación no autorizada”*), sin entrar en la relación que vincula al comerciante con la entidad emisora o gestora de la tarjeta. Por tanto, se trata de un aspecto de la regulación que continúa estando como estaba, remitido a los Derechos nacionales y a las relaciones internas

Mendoza, M.(2005), cit., p. 235 ss.; López García, O., cit., p. 3 ss.; Mariño López, cit., p. 68-69; Martínez Nadal, A., cit., p. 215 ss.; Sánchez-Calero Guilarte, J.(2004), cit., p. 479 ss.

⁸⁷ Cfr. sentencias de la AP de Barcelona (sec. 19^a) de 27 de octubre de 2004, AP de Barcelona (sec. 1^a) de 22 de diciembre de 2004, AP de Asturias de 14 de marzo de 2005, AP de Barcelona de 22 de diciembre de 2005.

⁸⁸ Cfr., entre otros, Auriolés Martín/Mayorga Toledano, cit., p. 863 ss.; Pasquau Liaño, M., <Ventas a distancia>, cit., p. 353; Gómez Mendoza, M.(2005), cit., p. 238; Castilla Cubillas, M, cit., p. 189-190; López García, O., cit., p. 13 ss., esp. 17 ss.; y, especialmente, Martínez Nadal, A., cit., p. 215 ss., esp. 222 ss.

⁸⁹ En esta línea, si bien no exactamente con nuestros argumentos, la SAP de Madrid de 23 de abril de 2004.

correspondientes, y en consecuencia, en principio, se puede decir que las cosas continúan estando como estaban. En este sentido lo más conveniente, por razones de seguridad jurídica, hubiese sido aprovechar la ley de transposición para solventar las dudas y establecer una norma clara al respecto, porque a pesar de lo dicho anteriormente hay que dejar constancia de que nuestro tribunales son vacilantes en cuanto a la asignación del riesgo por la anulación del pago con tarjeta.⁹⁰ Volveremos más adelante sobre esta cuestión al final del presente trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que salir al paso de un cierto error de apreciación en el que se ha venido incurriendo en la interpretación del hoy derogado art. 46 de la LOCM. Nos referimos a que no parecía acertado entender que la obligación de adeudo y reabono correspondía al vendedor-proveedor.⁹¹ A nuestro juicio, aunque es cierto que no se decía expresamente en la norma, dicha obligación sólo podía corresponder a la entidad emisora o gestora de la tarjeta,⁹² porque es con quien mantiene el titular de la tarjeta una relación contractual y no con el vendedor-proveedor, piénsese solamente en lo dificultoso y costoso que sería para el titular defraudado contactar y exigir la anulación de alguien con el que no ha mantenido ninguna relación y que por lo general, dado que estamos ante contratos a distancia, no se encontrará al alcance de su mano. Además, es la entidad gestora la única que tiene a su vez el control de la relación de adeudo y reabono con ambos sujetos.

A nuestro juicio, confirma lo que decimos aquellas resoluciones judiciales en las que se rechaza la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En general sobre la institución procesal nos remitimos a la doctrina jurisprudencial [sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1996 (RJ 8630) y de 30 de abril de 1997 (RJ 3279)]. Y en particular respecto a nuestro caso a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 2006 (AC/2006/1863), donde se dice en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

“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: es en el propio beneficio del cliente obligar a éste a que reclame y obtenga satisfacción de quien efectivamente realizó la detracción de su cuenta, y éste no es otro que el Banco o Caja. A su vez, será la entidad bancaria quien se encargue de defender sus derechos de la forma que tenga por conveniente,

⁹⁰ Cfr. Martínez Nadal, A. (2007), cit., p. 220 ss. y 231. También, Gómez Mendoza, M^a (2005), cit., p. 235 ss.; Ramos Herranz, I., (2012), cit., p. 357-358 y 368. Y especialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 11^a, de 5 de junio de 2009.

⁹¹ Cfr. Marín López, J.J., cit., p. 342; Pasquau Liaño, M., cit., p. 352-353; Reverte Navarro, A., cit., p. 586; Sánchez Gómez, A.(2009), cit., p. 1322.

⁹² En este sentido claramente Sánchez-Calero Guilarte, J. (2004), cit., p. 479. También, Gómez Mendoza, M^a (2005), cit., p. 237. Por su parte, Castilla Cubillas, M. (cit., p. 189), entiende que la norma no sólo vincula al comerciante vendedor sino también a la entidad de crédito, toda vez que el precepto obliga a que las correspondientes anotaciones de reabono en la cuenta del titular se efectúen a la mayor brevedad, la misma que se aplicará al cargo en la del comerciante proveedor.

reclamando a “Visa” o a quien se halle vinculado contractualmente el reintegro de aquellas cantidades que no debieron nunca serle satisfechas.”

Precisamente por esto último, a lo que se refería el párrafo segundo del apartado primero del desaparecido artículo 46 de la LOCM, se puede entender que se hace una referencia implícita a la entidad emisora o gestora de la tarjeta. La cuestión no parece que deba plantear hoy día ninguna duda a la vista de los nuevos textos legales, nos referimos respectivamente a los artículos 60 y 31 de la DSP y de la LSP, donde claramente se establece que es el proveedor de servicios de pago del ordenante el obligado a devolverle el importe de la operación no autorizada y, en su caso, a restablecer en la cuenta correspondiente el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación.⁹³

⁹³ Claramente en este sentido Ramos Herranz, I., (2012), cit., p. 356-357.

4. UNA TRANSPOSICIÓN INCOMPLETA: LA NECESARIA DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 46 (HOY DEROGADO) DE LA LOCM Y 112 (ANTIGUO 106) DEL TRLCU

En este momento es importante dejar constancia de que la regulación vigente en España debía ser modificada, como así ha sucedido en parte, para su adaptación al nuevo régimen jurídico de la DSP, pero no sólo por lo que se refiere al TRLCU y la LCDSFC, sino también la regulación de la LOCM. En este último caso, dado que es una regulación dirigida a no consumidores, con la particularidad de que determinadas disposiciones *deberán tener un carácter dispositivo*, según se establece en el art. 51.1 de la DSP. Téngase en cuenta que dicho carácter dispositivo está sometido al principio de armonización plena del art. 86.1 de la DSP, por lo que los Estados miembros no pueden alterar, salvo contadas excepciones, ni el carácter imperativo ni el dispositivo de cada una de las normas.

Pues bien respecto a todo este conjunto de reformas impuesto por la DSP, hay que decir que la LSP sólo recoge en su *Disposición final novena, dos*, la derogación del artículo 12 de la LCDSFC, pero nada se dice ni respecto al artículo 106 (hoy 112) del TRLCU, ni respecto al artículo 46 (hoy derogado) de la LOCM, que también deberían haber sido derogados o modificados para adaptarlos a la nueva regulación europea sobre el uso no autorizado de los instrumentos de pago. Por tanto parece que el legislador español no cayó en la cuenta de que dichas normas debían ser derogadas y sustituidas por el nuevo régimen jurídico europeo, como queda patente de manera meridiana en la propia DSP, que deroga de manera expresa tanto el art. 8 de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, como el art. 8 de la Directiva 97/7/CE, sobre los contratos a distancia con consumidores. Es más, como hemos dicho al comienzo de este trabajo, estas modificaciones se justifican en el Considerando cincuenta y seis de la DSP con el argumento de la necesidad de establecer normas más detalladas sobre el uso fraudulento de los instrumentos de pago. Respecto al art. 46 de la LOCM, como decimos, su derogación venía impuesta por el ámbito de aplicación de la DSP, que va más allá de las relaciones con los consumidores, sin perjuicio de su carácter dispositivo en algunos aspectos de la regulación.

Recientemente uno de estos dos errores del legislador español en la transposición de la DSP ha sido subsanado, pero no el otro. El artículo 46 de la LOCM ha sido finalmente derogado por la Disposición derogatoria única de 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 1/2007, de 16 de diciembre (BOE, 28 de marzo de 2014). Aunque la verdad es que no parece que la derogación obedezca a la aplicación tardía de la DSP, sino más bien como se dice en el propio Preámbulo de la Ley 3/2014, a una derogación en bloque de los artículos 39 a 48 sobre contratos de venta a distancia de la LOCM, con la finalidad de evitar la confusión que produce una doble regulación de este tipo contractual. Por el contrario, el artículo 106 del TRLCU (ahora según la misma

Ley 3/2014, pasa a ser el 112 del mismo TRLCU) continúa en vigor sin ningún tipo de modificación en su contenido.

Con todo, a nuestro juicio, la no derogación expresa del artículo 106 del TRLCU (hoy 112 del TRLCU) por la LSP pueden salvarse por la Disposición derogatoria general, que como es natural afecta a todas las normas de igual o inferior rango que se opongán a lo dispuesto en la misma LSP. Además hay que tener en cuenta lo relativo a la eficacia del Derecho comunitario, en particular la doctrina del TJCE sobre la interpretación del Derecho nacional de acuerdo con el Derecho comunitario, de clara aplicación en nuestro caso porque no se plantea el supuesto límite de la aplicación *contra legem* respecto a la ley española de transposición.⁹⁴ Pero aún así, hay que recordar que el principio de seguridad jurídica en la integración del Derecho comunitario no se contenta con una integración de hecho, sino que impone una integración de Derecho. De manera que dicho principio obliga tanto a eliminar situaciones de incertidumbre provocadas por la incompatibilidad entre el Derecho interno y el comunitario, como la obligación de integrar éste de un modo lo suficientemente claro y público que permita su pleno conocimiento por sus destinatarios, especialmente por los ciudadanos potencialmente titulares de los derechos que otorga la disposición comunitaria. En definitiva, como se nos dice,⁹⁵ el principio de seguridad jurídica lo que hace es favorecer las posibilidades aplicativas del derecho comunitario, sin llegar a constituir una *condictio sine qua non* para esa efectiva aplicación.

⁹⁴ Vid. con cierto detalle sobre la cuestión, Alonso García, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, cit., p. 213-217.

⁹⁵ *Ibi*, p. 232-236.

5. FUNDAMENTO DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO: SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO

El nuevo régimen jurídico europeo de la Directiva parte de un principio fundamental, como es la necesidad de contar con el consentimiento del ordenante para la autorización de las operaciones de pago, así se establece de manera literal en el art. 54.1 (art. 25.1 LSP) referido al consentimiento y a la retirada del consentimiento:

“Los Estados miembros velarán por que las operaciones de pago se consideren autorizadas únicamente cuando el ordenante haya dado su consentimiento a que se ejecute la operación de pago.”

La autorización puede ser anterior o posterior a la ejecución, si bien esto último sólo si se ha convenido con el proveedor de servicios de pago. A lo que se añade que:

“[A] falta del consentimiento, la operación de pago se considerará no autorizada” (artículos 54.2.II DSP y 25.1 LSP).

Esta norma, en principio, no parece que deba presentar mayores problemas, porque está dentro de la lógica jurídica más elemental que sin dicho consentimiento no pueda haber autorización. No obstante, la cuestión ha planteado alguna duda interpretativa a consecuencia de su inicial carácter dispositivo establecido para las relaciones con los no consumidores en el artículo 51.1 de la DSP (23.1 LSP). Pero hay que decir que se trató de un error corregido casi dos años más tarde y que en realidad el carácter dispositivo no se atribuye a dicho precepto sino a la norma contenida en el artículo 54.3 DSP.⁹⁶ Volveremos sobre esta cuestión en el epígrafe siguiente.

En este momento, lo que nos interesa resaltar, es que de lo anterior se deduce sin dificultad que las operaciones no autorizadas pueden ser anuladas por el ordenante y titular de los instrumentos de pago, como de hecho se establece en los artículos 58 y 60 de la misma DSP (respectivamente arts. 29 y 31 LSP). Esto es algo que *responde claramente al principio de seguridad jurídica, nadie puede disponer del patrimonio de otro sin contar con su consentimiento (rectius, autorización)*. Pero como sucede tantas veces en el derecho patrimonial, con la circulación de los derechos, especialmente cuando éstos se cosifican, es que se generan situaciones de incertidumbre con el consiguiente peligro o perjuicio para los posibles afectados, especialmente para los terceros de buena fe, y son precisamente estas situaciones las que el Derecho privado debe atajar o solucionar en aras a las exigencias de la seguridad del tráfico.

⁹⁶ Cfr. **Corrección de errores** de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (DOUE, 18.7.2009, L 187/5).

Ahora bien, como se ha dicho con fundamento, la seguridad del tráfico no constituye el contrapunto de la seguridad jurídica, sino el complemento de ésta.⁹⁷ Porque es de este modo como mejor se protege el derecho a la circulación y transmisión del titular del derecho patrimonial. De nuevo las consideraciones preliminares de la DSP se hacen eco de este aspecto nuclear de la misma, tanto de manera general en el *Considerando cuarto*, cuando se dice que tiene por finalidad preservar la elección del consumidor y que debe suponer para el mismo un avance considerable en términos de coste, seguridad y eficiencia, en comparación con los sistemas nacionales existentes en la actualidad; como de un modo más concreto en el *Considerando treinta y uno*, cuando habla de que para reducir los riesgos y las consecuencias de operaciones de pago no autorizadas, el usuario debe informar al proveedor de servicios de pago lo antes posible sobre sus posibles reclamaciones en relación con las supuestas operaciones de pago no autorizadas.

Y esto es lo que sucede en nuestro caso, que por razones de seguridad del tráfico, determinado tipo de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente van a quedar validadas, estos es, aceptadas o autorizadas, siempre que el titular del derecho no cumpla con su deber de notificación o reclamación, salvo que se produzca el incumplimiento de los deberes informativos del proveedor de servicios de pago, como se establece en el art. 58 de la DSP (art. 29 LSP).⁹⁸ De estas cuestiones nos ocupamos con más detalle en los epígrafes siguientes. Primero, en el siguiente, sobre la necesidad de la autorización o el consentimiento expreso del ordenante y el entendimiento de ciertos comportamientos como consentimiento tácito; y por otro lado, en el epígrafe séptimo, desarrollaremos lo relativo a los deberes de notificación y reclamación del ordenante/usuario de los instrumentos de pago.

⁹⁷ Sobre la interesante cuestión relativa a la relación seguridad jurídica-seguridad de tráfico, nos remitimos al trabajo clásico de Ehrenberg, V., Seguridad jurídica y seguridad del tráfico [1903], tr. esp. de A. Pau, Madrid, 2003, *passim*, esp. 32-39; y entre nosotros a Paz-Ares, C., “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, RDM, 175-176, 1985, p. 7 ss.; y a la Introducción de Pau, A., al libro de Victor Ehrenberg antes citado, p. 9-16.

⁹⁸ En realidad se puede hablar aquí de un supuesto de *Verwirkung* respecto a la posibilidad de invocar el defecto de un negocio jurídico (Vid. Flume, W., El negocio jurídico, tr. esp., Madrid, 1998, p. 157 ss., esp. 162-163). Lo anterior no tiene nada de extraño porque en todo supuesto de prescripción, si es que se puede calificar de este modo, siempre está latente el elemento propio de la *Verwirkung*, porque el acreedor siempre actúa de forma contraria a los principios de la buena fe cuando no ejerce sus derechos (Cfr. Zimmerman, R., Comparative Foundations of a European Law of set-Off and Prescription, Cambridge, 2002, p. 78 ss.; Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado, tr. esp., Barcelona, 2008, p. 166, n. 144).

6. OPERACIONES DE PAGO AUTORIZADAS Y NO AUTORIZADAS: NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO Y ACEPTACIÓN TÁCITA

Como se acaba de decir, la cuestión relativa al necesario consentimiento para autorizar las operaciones de pago, regulada en el art. 54 DSP (art. 25 LSP), planteaba alguna duda interpretativa a consecuencia de su carácter dispositivo establecido para las relaciones con los no consumidores (*ex arts. 51.1 DSP y 23.1 LSP*). Se parte de un necesario consentimiento del ordenante, que caso de faltar supone la no autorización de la operación de pago (arts. 54.2.II DSP y 25.1, párrafo primero *in fine*, LSP), pero con la particularidad de que la norma se nos presentaba inicialmente con carácter dispositivo respecto a los empresarios o profesionales. Y es justamente esto lo que dio lugar a algunas dudas interpretativas respecto a la necesidad o no de la prestación de un consentimiento, y a que algunos autores hablasen con razón de que se trataba de una rareza de la regulación.⁹⁹

La cuestión es que esta anomalía normativa fue subsanada por la Corrección de errores de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (DOUE, 18.7.2009, L 187/5), donde se establece que el carácter dispositivo en las relaciones con los no consumidores no corresponde, entre otros, al artículo 54, apartado 2, párrafo segundo (*A falta de consentimiento, la operación de pago se considerara no autorizada*), sino al artículo 54.3, DSP referido a la posibilidad de que el ordenante pueda retirar el consentimiento antes de la fecha de irrevocabilidad a la que se refiere el artículo 66 DSP. En cuanto a la LSP, no nos consta que la corrección se haya producido, por tanto parece que sigue en vigor la norma equivalente de su artículo 23.1 que establece el carácter dispositivo cuando el usuario no sea un consumidor en una serie de preceptos, entre otros, el art. 25.1 último inciso del primer párrafo, que es donde se establece que: *[A] falta de tal consentimiento la operación de pago se considerará no autorizada*. Este error continúa, aunque ni siquiera debería haber sido trasladado a la LSP, por la sencilla razón de que ésta es de fecha posterior (13.11.2009) a la citada Corrección de errores de la DSP (18.7.2009). A pesar de todo, la cuestión puede quedar resuelta mediante la aplicación de la doctrina del TJUE sobre la interpretación del Derecho nacional de acuerdo con el Derecho comunitario. Pero no puede suponer, por razón de la aplicación del principio de seguridad jurídica, la generación de obligaciones gravosas para los particulares en los casos de ejecución incorrecta de la DSP por los Estados miembros, porque el trasfondo sancionador que subyace en la eficacia aplicativa de la Directiva debe pasar a un segundo plano, en beneficio de su carácter de norma jurídica sometida a los principios generales del derecho.¹⁰⁰

⁹⁹ Vid. López Jiménez, J.L., Comentarios a la ley de servicios de pago, Barcelona, 2011, p. 572; Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, Pamplona, 2011, p. 45, nota 73.

¹⁰⁰ Cfr. Alonso García, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, cit., p. 216-217, con especial referencia a la doctrina emanada del *asunto Procura della Repubblica* (STJCE, 12 de diciembre de 1996, C-74 y 129/95).

Pues bien, en todo caso, parece que hay que desechar aquí una posible norma deducida *a sensu contrario*, como es que la autorización no fuese necesaria en las relaciones con los no consumidores. En este tipo de relaciones entre empresarios o profesionales, la autorización es tan necesaria como en las demás. Pero también es cierto que en este ámbito las diferentes formas alternativas del consentimiento cobran un mayor interés. En materia de consentimiento una de las cuestiones clave es precisamente la relativa a las declaraciones tácitas de la voluntad, esto es, cuando ésta se manifiesta o bien por el silencio o bien por actos concluyentes e inequívocos (*facta concludentia*). Entre los primeros su valor como declaración tácita puede venir determinada por los usos y prácticas del comercio, por los acuerdos precedentes entre las partes o las negociaciones previas. En ocasiones es la propia ley la que atribuye un valor como declaración de voluntad al silencio, ya sea en un sentido o en otro. Y en entre los segundos hay que incluir el comienzo de la ejecución del contrato (STS, 13 de abril de 1982), haber pagado el precio estipulado en la oferta (STS, 31 de marzo de 1982), el envío de las mercancías, la aceptación del cobro del precio, embalar las mercancías, contratar un seguro para el transporte de las mercancías, abrir un crédito documentario, o bien la obtención de las licencias pertinentes. Pero en cualquier caso, dichos actos deben ser valorados de manera objetiva y en función de la confianza que generan en la contraparte, y a su vez deben ser inequívocos, evidentes y claros (SSTS, de 22 de diciembre de 1992 y 29 de diciembre de 1995).¹⁰¹

Por lo general, en el caso de las relaciones con los consumidores viene siendo norma común la exigencia de un consentimiento expreso, así lo vemos reflejado especialmente en el Derecho comunitario de protección a los consumidores,¹⁰² donde además dichas normas vienen reforzadas por su carácter imperativo o de mínimos, e igualmente en los Derechos nacionales de transposición.¹⁰³ La razón estriba fundamentalmente en impedir que el destinatario de productos no solicitados quede vinculado ante su falta de respuesta, esto es, por su silencio, porque de lo contrario se estaría propiciando comportamientos abusivos de los empresarios por imponer un deber de respuesta. Fuera de este ámbito, las normas generales de la mayoría de los

¹⁰¹ Vid. De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico* (1971), reimpresión, Madrid, 1985, p. 65-70; Diez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 149; Ferrari, F., “La formación del contrato”, en Galgano, F. (coordinador), *Atlas de derecho privado comparado*, tr. esp., Madrid, 2000, p. 135-139; Lara Aguado, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, en AAVV, *Derecho contractual comparado*, Ed. S. Sánchez Lorenzo, Cizur Menor, 2009, p. 23 ss., esp. 79-88. No obstante, pueden verse algunas aclaraciones y matizaciones en Flume, W., *El negocio jurídico*, cit., p. 99 ss.

¹⁰² Cfr. arts. 9 Directiva 97/7, sobre la contratación a distancia; 9 Directiva 2002/65, sobre contratación a distancia de servicios financieros (ambos preceptos modificados por la Directiva 2005/29, sobre actos de competencia desleal con los consumidores). También más recientemente los artículos 7, 8, 22, 27 de la DDC (Vid. Arroyo Amayuelas, E., “La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores”, en AAVV, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, cit., p. 237 ss., esp. 259-260).

¹⁰³ En el Derecho español los arts. 99 (hoy 101) del TRLCU de 2007, 41 (hoy derogado) LOCM y 13 de la Ley 22/2007, sobre contratación a distancia de servicios financieros (Vid. Arroyo Amayuelas, E., “Comentario al artículo 99 TRLGDCU”, en AAVV, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 992-993).

Derechos nacionales,¹⁰⁴ que son las aplicables a las relaciones con los empresarios o profesionales, parten de un principio mucho más liberal que admite la vinculación jurídica sobre la base de las declaraciones o conductas de una parte y en función de como fueran entendidas por la otra, esto es, sobre la base del principio de confianza, especialmente si se está ante contratos comerciales.¹⁰⁵ Así se entiende en el art. 2:102 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL/PDEC).¹⁰⁶ Y si bien en estos mismos Principios se recoge que el silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos (art. 2:204), eso no impide que en el mundo de los negocios los usos y prácticas comerciales, igualmente admitidos por los Principios (art. 1:105), puedan provocar que el silencio o cualquier otro tipo de conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella se entienda como una aceptación. Y de manera muy similar tanto en los artículos 2.1.1 (modo de perfección) y 2.1.6 (modo de aceptación) de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (2004), como en el artículo 4:204 del CFR/MCR y el 18 del Convenio de Viena.¹⁰⁷

En definitiva, a nuestro juicio, en la línea de los sistemas jurídicos antes mencionados, la DSP (y la LSP) parte de la base de un sistema de amplia libertad respecto a la toma de acuerdos, o más concretamente, en nuestro caso, respecto a la autorización de las operaciones de pago. En este sentido se establece que 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 (arts. 54.2.I y 25.1.II, DSP y LSP, respectivamente). Pues bien, por lo general, cuando se trata de instrumentos de pago, el consentimiento se prestará mediante el tecleo del número de identificación personal en el cajero automático o en el terminal del punto de venta del establecimiento comercial, acompañado de la identificación del titular. O también mediante el servicio de banca electrónica según lo acordado con la entidad. En los adeudos domiciliados la autorización se prestará mediante la firma de la orden de domiciliación a favor de su proveedor. En las transferencias mediante la firma de la autorización. En general estos consentimientos se podrán prestar con anterioridad o con posterioridad a la ejecución de las operaciones.¹⁰⁸

La fórmula legal mencionada del artículo 54.2.I DSP (art. 25.1.II LSP) da cabida a un sistema objetivo, que sin duda es más propio del sistema jurídico anglosajón,¹⁰⁹ pero que no resulta ni desconocido ni inaplicable por los derechos

¹⁰⁴ Para una visión de conjunto nos remitimos a Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, ed. esp. de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, Madrid, 2003, p. 198-200.

¹⁰⁵ Cfr. AAVV, Terminologie contractuelle commune (coor. B. Fauvarque-Cosson/D. Mazeaud), Droit privé comparé et européen, v. 6, Paris, 2008, p. 21-22.

¹⁰⁶ Entre nosotros, sobre dichos principios puede verse Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, Los principios de Derecho Europeo de Contratos, Madrid, 2002, p. 149 ss. y 177-178.

¹⁰⁷ Cfr. Lara Aguado, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, en AAVV, Derecho contractual comparado, Ed. S. Sánchez Lorenzo, Cizur Menor, 2009, p. 81-82; 2ª ed., 2013, p. 371-372.

¹⁰⁸ Vid., para más detalles, López Jiménez, JM, Comentarios a la Ley de servicios de pago, cit., p. 574-575.

¹⁰⁹ En el Derecho inglés, desde el siglo XIX, la jurisprudencia desarrolla el criterio de la intención meramente aparente de crear relaciones jurídicas, que se añade a la fórmula clásica de formación de los contratos [Vid. Beatson, J., Anson’s Law of Contract, 28th, OUP 2002, p. 69; Lando/Beale, Parte I y II, ed. española de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., p.

Europeos continentales,¹¹⁰ y que encuentra su fundamento último en un principio de coherencia y en la autorresponsabilidad.¹¹¹ Ciertamente la norma menciona la necesidad del consentimiento, pero un consentimiento que puede ser tanto expreso como tácito, en definitiva una declaración de voluntad o bien otro tipo de comportamiento dirigido a constituir la necesaria autorización de pago.

Pues bien, sea como sea, y sin perjuicio de los posibles acuerdos entre las partes respecto a la forma de prestar el consentimiento, el sistema legal diseñado cuenta en principio con la aceptación tácita de ciertas operaciones, concretamente cuando no se formulan objeciones a las anotaciones incluidas en los extractos de cuenta remitidos por la entidad proveedora de los servicios de pago.¹¹² En realidad la cuestión de fondo no es nada nueva, se trata de solucionar en el ámbito de los servicios de pago un viejo problema típico del contrato de cuenta corriente bancaria, y también del cheque falso o falsificado,¹¹³ en particular las incertidumbres que deja abierta el cumplimiento de los deberes informativos de las entidades de crédito sobre el saldo y la remisión de extractos de cuenta. En la práctica bancaria, y así se suele recoger en las condiciones generales del sector, la recepción de la información por parte del cliente sin ningún tipo de salvedad o reserva sobre la misma, en un plazo pactado de uno o dos meses, se interpreta como manifestación tácita de aceptación de las operaciones anotadas (SSTS, de 14 de junio de 1985, de 20 de enero de 2005 y de 9 de octubre de 2007).¹¹⁴ Ahora bien esta aprobación no

196-199; Gondra Romero, J.M^a., “La contribución del Derecho mercantil a la dogmática general de la representación”, en *La representación en el derecho*, AFDUAM, 8, 2004, p. 195 ss., esp. 206 ss.].

¹¹⁰ Vid., Lando/Beale, Parte I y II, ed. española de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., p. 196-200; AAVV, *Terminologie contractuelle commune* (coor. B. Fauvarque-Cosson/D. Mazeaud), cit., p. 48-49. Y, entre los *clásicos*, nos remitimos a Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, tr. esp., Granada, 2000, p. 123 ss.

¹¹¹ Vid. Betti, E., cit., p. 124; Galgano, *El negocio jurídico*, tr. esp., Valencia, 1992, p. 85-86. También, Flume, W, *El negocio jurídico*, cit., p. 157 ss., esp. 161.

¹¹² A este respecto, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, puede verse, entre otros, Rojo Alvarez-Manzaneda, R., *La utilización fraudulenta...*, cit., p. 47 y 50-67.

¹¹³ El artículo 156 de la LCCH establece que el daño producido por el pago de un cheque falso o falsificado se le imputará al banco librado, salvo que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiera procedido con culpa. De aquí se deduce (Cfr. Marina García-Tuñón, A., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993, p. 119 ss. y 123 ss., esp. 128-130; Ramos Herranz, I., *El pago de cheques. Diligencia y responsabilidad del banco*, Madrid, 2000, p. 394 ss.), primero, que el sujeto en principio responsable es el banco librado; segundo, que la responsabilidad del librador exige un comportamiento culposo; tercero, que la carga de la prueba de la culpa del librador corre a cargo del banco librado; cuarto, que actúa de manera culposa el librador que custodia de manera negligente el talonario de cheques (así, la no notificación en tiempo, esto es, sin demoras, al banco de la pérdida o sustracción de uno o varios cheques o del talonario bancario); y quinto, cualquier otro tipo de comportamiento culposo (así, entre otros, se suele incluir la falta de comprobación de los movimientos de la cuenta bancaria por medio de los extractos remitidos por el banco, en períodos más o menos largos de tiempo, más de un año: STS, de 18 de julio de 1994). En este último caso, obsérvese que igualmente se puede hablar de una aceptación tácita de operaciones de pago no autorizadas.

¹¹⁴ Vid., entre otros, Garrigues, J., *Contratos bancarios*, 2^a ed., Madrid, 1975, p. 170; Sánchez Calero, F./Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 33^a ed., Cizur Menor, 2010, p. 414; Broseta/Martínez Sanz, *Manual de Derecho mercantil*, II, 20^a ed., Madrid, 2013, p. 254; Cortés, L.J., en Uria/Menéndez, *Curso de derecho mercantil*, II, Madrid, 2001, p. 545; Pulido Begines, J.L., en Jiménez Sánchez/Díaz Moreno, *Lecciones de derecho*

sana el error en el que hubiera podido incurrir la entidad crediticia (SAP de Segovia de 6 de mayo de 1996).¹¹⁵ Lo que sucede es que la aprobación del saldo, sea expresa o tácita, es tan sólo una declaración de verdad con naturaleza confesoria de un hecho pasado (SSTS, 14.3.1992, 24.3.2006, 9.10.2007 y 19.6.2012), donde el cliente se limita a dar el <visto bueno>, de manera que en caso de errores de hecho la confesión pierde su eficacia como establecía el desaparecido artículo 1234 del CC.¹¹⁶ En estos casos el titular de la cuenta puede plantear la inexigibilidad de ciertos cargos por la falta de autorización de los mismos, si bien la carga de la prueba se dice que debe correr por su cuenta porque se trata de una disconformidad negligente, por tardía.¹¹⁷ No obstante, a nuestro juicio, y en relación con las operaciones de pago, hay que valorar atentamente tanto lo establecido en el art. 59 DSP (art. 30 LSP), sobre la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago, que la hace recaer sobre el proveedor de los servicios de pago,¹¹⁸ como su relación con el art. 58 DSP (art. 29 LSP), sobre el deber del usuario de los servicios de pago de notificar al proveedor las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. En este último caso, si bien las objeciones deben ser notificadas sin tardanza injustificada desde que el usuario tenga conocimiento, en cuyo caso la aceptación tácita puede operar con cierta celeridad, sin embargo se fija un plazo máximo de carácter subsidiario de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, de modo que sólo transcurrido este plazo se podrá entender que la operación fue aceptada.

Respecto a este tipo de cláusulas, incorporadas por lo general en condiciones generales de la contratación bancaria, se ha planteado su posible carácter abusivo en las relaciones con los consumidores, pero no parece que esto fuera posible, porque nos sitúan ante una relación de cierto equilibrio. El deber del usuario del servicio de pago de expresar en un plazo su no conformidad se compensa con el deber de la entidad de crédito de notificarle en tiempo los movimientos y el saldo.¹¹⁹ No obstante, hay que decir que el carácter abusivo de la cláusula podría venir determinado por la excesiva brevedad del plazo, o

mercantil, 16^a ed., Madrid, 2013, p. 543; Melero Bosch, L.V., *Los contratos de servicio de pago*. Cizur Menor, 2014, p. 192 ss. y 242.

¹¹⁵ Cfr. Broseta/Martínez Sanz, *Manual de Derecho mercantil*, II, cit., p. 254; García-Pita y Lastres, J.L., *Operaciones bancarias neutras*, cit., p. 396; Pulido Begines, J.L., en Jiménez Sánchez/Díaz Moreno, *Lecciones de derecho mercantil*, cit., p. 543.

¹¹⁶ Vid. Garrigues, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 170-171; Marina García-Tuñón, A., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, cit., p. 129. Recientemente, Flaquer Riutort, J., “Cuenta corriente bancaria: valor de los extractos y responsabilidad de la entidad bancaria”, *RDBB*, 129, 2013, p. 295 ss., esp. 303-304. En todo caso, hoy, como es sabido, la prueba de la confesión ha desaparecido de la vigente LEC que la sustituyó por el interrogatorio de la parte (Cfr. Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 167-168).

¹¹⁷ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “La cuenta corriente y la transferencia bancaria (observaciones a sus aspectos más discutidos)”, *RDBB*, 86, 2002, p. 103 ss., esp. 120; Melero Bosch, L.V., *Los contratos de servicios de pago*, cit., p. 195. También, Flaquer Riutort, J., “Cuenta corriente bancaria: valor de los extractos y responsabilidad de la entidad bancaria”, cit., p. 303.

¹¹⁸ Son formas de autenticación la firma manuscrita del ordenante, caso de transferencias o reintegros de efectivo, la firma digital en el caso de la banca electrónica, o bien el número de identificación personal en el pago de operaciones con tarjeta.

¹¹⁹ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, *RDBB*, 98, 2005, p. 107; Rojo Álvarez-Manzaneda, R., *La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago*, cit., p. 48, con abundantes referencias a sentencias de Audiencias Provinciales, entre otras: SSAP, Madrid, sec. 18^a, 1 de marzo de 2000; Las Palmas, sec. 5^a, de 12 de febrero de 2007.

también podría ser declarada nula por incumplir los requisitos de incorporación, esto es, de transparencia.¹²⁰ Y también, por otro lado, en el momento presente, dado el carácter imperativo del plazo de trece meses en las relaciones con consumidores (arts. 51.1 DSP y 29.2 LSP), estas posibles cláusulas con un plazo inferior sólo son validas en las relaciones con los no consumidores.¹²¹

Con todo, como es sabido, en el caso de la cuenta corriente bancaria¹²² se plantea el problema de la recepción efectiva del extracto de la cuenta para que pueda operar la presunción de aceptación tácita antes mencionada. De ahí que en los casos de informaciones sensibles (existencia de saldo deudor o descubiertos) la entidad de crédito estará interesada por lo general en remitir la información por medios que aseguren la recepción.¹²³ En este sentido parece que la solución de la DSP (y de la LSP) resulta equilibrada, porque si bien por un lado fija un plazo máximo bastante amplio, por otro, transcurrido ese plazo se cierra toda posibilidad de reclamación para el usuario, salvo que el proveedor de servicios de pago no haya cumplido con sus deberes informativos. No obstante, en todo caso, y sin necesidad de que trascorra el plazo de trece meses, el proveedor de los servicios de pago siempre podrá alegar la tardanza injustificada de la notificación del usuario; pero como es natural, en este caso, deberá probar que su cliente tuvo conocimiento de las operaciones no autorizadas,¹²⁴ y no parece que sea prueba suficiente ni la simple declaración por la entidad de crédito del envío de la notificación, ni tampoco la prueba de la recepción de la misma por el usuario de los servicios de pago, porque como hemos visto al analizar el *dies a quo* de la notificación del ordenante, aquí lo relevante es el conocimiento real de las operaciones no autorizadas.¹²⁵ La prueba puede venir dada por la notificación personal al usuario.¹²⁶

En definitiva la DSP y la LSP exigen una pronta notificación-reclamación del usuario al proveedor de los servicios de pago, pero computada desde el momento del conocimiento real de las operaciones no autorizadas, como se puede deducir *a sensu contrario* del inciso final del art. 58 de la DSP (igualmente el art. 29.2 LSP). No obstante, como decimos, dicho proveedor siempre podrá intentar probar dicho conocimiento real por el

¹²⁰ Sobre estas cuestiones hay que tener a la vista tanto los artículos 82 y ss. del TRLCU, como los artículos 7 y 8 de la LCGC (Cfr., respectivamente, Miquel González, J.M., en AAVV, Comentarios a la normas de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 712 ss. y Durany Pich, S., en AAVV, Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación, dir. Menéndez/Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 265 ss.).

¹²¹ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta..., cit., p. 49.

¹²² Vid. Embid Irujo, J.M., "Contrato bancario....", cit., p. 111; Embid Irujo, J.M., "La cuenta corriente bancaria", en AAVV, Contratos bancarios y parabancarios, dir. U. Nieto Carol, Valladolid, 1998, p. 314-315.

¹²³ Cfr. Embid Irujo, J.M., "La cuenta corriente bancaria", cit., p. 315, con referencia a las SSTs, de 11 de mayo de 1989 y de 14 de marzo de 1992.

¹²⁴ Parece en este sentido Pablo-Romero Gil-Delgado, M^a.C., "La cuenta corriente a luz de la Ley de Servicios de Pago (Y de las normas de transparencia)", RDBB, 129, enero-marzo, 2013, p. 101.

¹²⁵ Sobre la cuestión de la carga probatoria del proveedor de los servicios de pago nos remitimos a lo que se dirá más adelante en el epígrafe 8.e).

¹²⁶ A este respecto puede verse la STS de 14 de marzo de 1992 que acoge un caso donde se produce la notificación por conducto notarial (Cfr. Marina García-Tuñón, A., La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, cit., p. 129).

usuario/ordenante de las operaciones no autorizadas, pues la carga de la prueba parece que es suya, en cuyo caso, desde ese momento se computará la regla general de la notificación sin demora o sin tardanza y por tanto la aceptación tácita. Ahora bien, si la anterior prueba no se produce, transcurrido el plazo de trece meses, y salvo si no se ha facilitado la información correspondiente, el usuario o titular del instrumento de pago que no haya realizado la notificación-reclamación no podrá exigir la devolución del importe a que se refiere el art. 60 DSP (art. 31 LSP) porque de igual modo estaremos ante una aceptación tácita.

7. OBLIGACIONES DEL USUARIO DE LOS INSTRUMENTOS DE PAGO: DEBERES DE USO Y CUSTODIA, DE NOTIFICACIÓN Y RECLAMACIÓN

El artículo 56 de la DSP (art. 27 LSP)¹²⁷ establece las obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago:

“1. El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar el instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

a) utilizar el instrumento de pago **de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y utilización del instrumento de pago**, y

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

2. En particular, **a efectos del apartado 1, letra a), el usuario de servicios de pago, en cuanto reciba un instrumento de pago, tomará todas las medidas razonables** a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto.”

En cuanto a los deberes de uso correcto y custodia de los instrumentos de pago, se trata fundamentalmente de que los usuarios desarrollen un grado de diligencia razonable de acuerdo con la índole del instrumento en cuestión y de sus elementos de seguridad. Respecto a estas obligaciones resulta de vital importancia determinar el momento en el cual se produce la transmisión del riesgo del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad. La cuestión se regula en el apartado segundo del artículo precitado y en el 57 de la DSP (art. 28 LSP), relativo a las obligaciones del proveedor de servicios de pago respecto a los instrumentos de pago, al que enseguida haremos referencia; pero hay que decir de manera anticipada que se establece que la transmisión del riesgo se producirá con la entrega [*en cuanto (el usuario) reciba*] del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados. Volveremos sobre esta importante cuestión en el epígrafe siguiente. Ahora, en el presente apartado, nos vamos a referir en primer lugar a dichos deberes de custodia y, a continuación, en segundo lugar, a la obligación de notificación y reclamación en caso de pérdida, robo, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, a lo que se refiere tanto el art. 56 DSP precitado como el 58 DSP (art. 29 LSP).

a) Deberes de uso correcto y de custodia: *el test de razonabilidad* y el buen padre de familia

Por lo que se refiere al uso y custodia del instrumento de pago el artículo 56.1.a) DSP (art. 27 LSP) se remite en principio a las condiciones pactadas. Por

¹²⁷ El precepto español coincide en su contenido con el comunitario y sólo se diferencia en una pequeña alteración en su ordenación. Concretamente lo que se ha hecho es integrar el apartado segundo, que desaparece en el precepto español, en el subapartado a). De este modo no parece que se altere el sentido y el alcance del precepto.

lo general en estos casos, especialmente si se trata de tarjetas de crédito, estaremos ante cláusulas predispuestas e impuestas mediante condiciones generales de la contratación por el emisor de la misma, lo que nos remite tanto a la LCGC como, en el caso de estar ante un consumidor, al TRLCU.¹²⁸ Y se añade en el apartado segundo del artículo 56 DSP (art. 27 a LSP) que en dicha custodia, *en particular*, el usuario tomará todas las *medidas razonables* para proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto el instrumento de pago. Como es natural existe una relación directa entre este deber de diligente custodia y la posible responsabilidad por los usos no autorizados de los instrumentos de pago, pero como la experiencia judicial pone de manifiesto esta correlación no es del todo unidireccional, porque son frecuentes los supuestos de responsabilidad compartida.¹²⁹ Más concretamente, se puede decir que dentro de esas medidas razonables de protección del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados, está el mantenimiento de la posesión o de cierto control de la tarjeta en todo momento, la protección del código de seguridad, que en este caso parece que conlleva la obligación de carácter negativo de no anotación en algún soporte, material o virtual, próximo al instrumento de pago, como pueden ser la propia tarjeta o la cartera donde se lleva la tarjeta.

i) La razonabilidad, la buena fe y el buen padre de familia

Lo primero que hay que decir sobre este nuevo criterio de la razonabilidad que ahora nos encontramos en la DSP (y en la LSP) es que ya fue incorporado con anterioridad por alguna Directiva y por alguna otra disposición nacional. Nos referimos tanto a la Directiva 86/653/CEE, del consejo, de 18 de diciembre de 1986, sobre Agentes comerciales independientes, en sus artículos: 3.2.c), 6.1 y 18. b); como a la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en su artículo 2.4. En el ámbito nacional el artículo 9.2.c) de la Ley del Contrato de Agencia de 1992,¹³⁰ que precisamente integra en el Derecho español la primera de las directivas mencionadas. Y en el art. 116.1.d) del TRLCU, que se corresponde con la segunda directiva igualmente mencionada.¹³¹

La idea de lo razonable nos viene fundamentalmente del Derecho británico,¹³² especialmente de su *Unfair Contract Terms Act* de 1977, en su

¹²⁸ Cfr. STS de 16 de diciembre de 2009.

¹²⁹ Cfr., Castilla Cubillas, M., La tarjeta de crédito, cit., p. 192; Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 120 ss.

¹³⁰ Sobre esta norma puede verse Palau Ramírez, F., “Comentario al artículo 9: Obligaciones del agente”, en Martínez Sanz/Monteagudo/Palau Ramírez, Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia, Madrid, 2000, p. 191 ss., esp. 194-196.

¹³¹ Sobre el precepto de la Directiva de 1999 puede verse Marín López, M.J., Las garantías en la venta de bienes de consumo en la unión Europea, I, Madrid, 2004, p. 125.

¹³² Inicialmente en la *Supply of Goods (Implied Term) Act* de 1973, donde, en su sección 4, se insinúa por primera vez el criterio de la razonabilidad, y se ofrece al juez la posibilidad de condicionar la eficacia de cualquier cláusula contractual a la justa y razonable confianza generada en la contraparte. Aquí se acude tanto al criterio de la *influencia indebida* de la otra parte, esto es, a un abuso de la confianza depositada en ésta, como a la idea de *la desigualdad del poder de negociación*. Así sucede en el caso resuelto por Lord Denning: *Lloyd's Bank v.*

sección 11, que hace referencia a la naturaleza de las circunstancias que determinan lo justo y razonable de una cláusula contractual predispuesta. Dichas circunstancias están referidas al momento de la celebración del contrato y son relevantes todas aquellas que han podido influir en el consenso del adherente porque las partes las conocieron o las pudieron conocer o prever.¹³³ Así cobra importancia el respeto de los pacíficos usos negociales comúnmente utilizados en relaciones contractuales similares; como la equidad del negocio, en el sentido de que las cláusulas de exclusión de la responsabilidad no deben desvalorizar sustancialmente el valor de la promesa; o bien la búsqueda de la eficiencia en la asignación de las cargas asegurativas; el respectivo poder contractual de las partes y el rechazo de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad por culpa o de las cláusulas que reserven sólo al predisponente los remedios legales previstos para los casos de incumplimiento.¹³⁴ Lo verdaderamente importante en este test de razonabilidad, como un signo de fidelidad al espíritu del *common law* (*Law is right reason*) y de reconocimiento de la superioridad de la apreciación judicial y de la confianza frente a los jueces, es que se elimina en su aplicación las circunstancias posteriores a la celebración del acuerdo con la finalidad de aportar certeza y seguridad al caso concreto y, a su vez, facilitar la construcción del precedente judicial.¹³⁵ De este modo hay que decir que el criterio anglosajón se aleja de su tradicional similitud con la diligencia del buen padre de familia, y de la diligencia en sentido abstracto, para aproximarse al concepto de buena fe,¹³⁶ entendido como una medida flexible de valoración de los intereses en juego con una función correctora del *strictum ius*.¹³⁷ No obstante la aproximación a la buena fe en el *Common Law* no es nada pacífica,¹³⁸ y lo que en ningún caso parece aceptable, es que el juez esté legitimado para sustituir a las partes en el contrato, sino que deberá atender a estándares o valores objetivos, tales como el tipo y objeto del contrato, los usos comerciales o las prácticas sectoriales.¹³⁹

Como veremos más adelante se trata de un planteamiento que está muy en la línea de la buena fe objetiva,¹⁴⁰ esto es, un patrón de conducta,¹⁴¹ que obliga al

Bundy, 1975 QB 326 (Cfr. Zweigert/Kötz, Introducción al Derecho comparado, tr. esp., Oxford U. Press, México D.F., 2002, p. 345-346).

¹³³ Una primera aproximación a la norma en Ruiz Muñoz, M., La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Valladolid, 1993, p. 72-74.

¹³⁴ Vid. Collins, H., Good Faith in European Contract Law, 14 Ox. J. Leg. St., 1994, p. 245-246.

¹³⁵ Vid. Coote, B., Unfair Contract Terms Act 1977, 41 Mod. L. Rev., 1978, p. 321.

¹³⁶ Con todo, como se nos dice, la figura del *profesional razonable* guarda parentesco con el buen padre de familia [Cfr. Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional (Ed. S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, p. 362).

¹³⁷ Cfr. Steyn, J., Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 113 L.Q.R. 1997, p. 434.

¹³⁸ Cfr. Sánchez Lorenzo, S. “El derecho contractual inglés”, en AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional, editor S. Sánchez Lorenzo, 2ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 139 ss., esp. 178-183; AAVV, Terminologie contractuelle commune, coord. Fauvarque-Cosson, B., et Mazeaud, D., Droit privé comparé et européen, v. 6, Paris, 2008, p. 267-272.

¹³⁹ Jiménez Blanco, P., “Contenido y condicionantes de las obligaciones contractuales: tipología en Derecho comparado”, en AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional, editor S. Sánchez Lorenzo, 2ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 869-871.

¹⁴⁰ Cfr. Miquel, J.M., “Comentario al art. 7.1 CC”, en Comentario del Código Civil, I, Ministerio de Justicia, dir. Paz-Ares et al, Madrid, 1991, p. 40-45.

juez a atender a los valores o estándares sociales y no a criterios individuales o personales (STS, 25 de julio de 2000).¹⁴²

Tanto en los PDEC/PECL (art. 1: 302) como en el MCR (I.-:104) se incluye el criterio de lo razonable dentro de las definiciones generales. En los primeros la definición de lo razonable se hace con una expresa referencia a la persona de buena fe y se delimita lo razonable de un modo objetivo, acudiendo a la naturaleza y objeto de contrato, a las circunstancias del caso y a los usos y prácticas del comercio. Como se ha dicho entre nosotros respecto a esta norma, no resulta fácil establecer el límite entre comportamiento de buena fe y comportamiento razonable, de ahí que, probablemente, terminan siendo dos formas distintas de expresar la misma idea.¹⁴³ En el Marco Común de Referencia desaparece la mención de la buena fe y se acentúa la visión objetiva de la razonabilidad. Lo primero probablemente guarde relación con lo segundo, porque de este modo se quiere indicar al juez que no se trata de que aplique su criterio subjetivo, sino que debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, los usos aplicables y las exigencias objetivas de la conducta.¹⁴⁴ Se podría decir que estamos ante la buena fe objetiva, pero para evitar un posible entendimiento de la buena fe en sentido subjetivo, algo que puede suceder,¹⁴⁵ es por lo que probablemente se opta por omitir su mención y por hacer referencia exclusivamente a los parámetros objetivos. En este sentido hay que decir que la norma al menos formalmente se decanta más hacia el Derecho anglosajón, que como es sabido plantea muchas dudas respecto al acogimiento del principio de buena fe, tanto por los riesgos de subjetivación en el sentido del <juez justiciero>,¹⁴⁶ lo que no impide que se busque una racionalidad subjetiva (voluntad real y eficacia comercial) que es lo propio del common law,¹⁴⁷ como, por otro lado, por el peligro que representa para la seguridad del tráfico comercial.¹⁴⁸ No se puede olvidar que con el recurso normativo al criterio de la razonabilidad, al que se acude en más de cuatrocientas veces en el DCFR,

¹⁴¹ Vid. Jordano Fraga, F. La responsabilidad contractual, Madrid, 1987, p. 148-149; Martínez Sanz, F., “Buena Fe”, en AAVV, Derecho privado europeo, coor. Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p. 481 ss., esp. 483.

¹⁴² Cfr. Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad contractual”, cit., p. 362-364 y 369.

¹⁴³ En este sentido Díez-Picazo/Roca/Morales, cit., p. 163-164. También, respecto al Derecho norteamericano, Kozolchyk, B., La contratación comercial en el Derecho comparado, Madrid, 2006, p. 258. En la misma línea Martínez Sanz, F. (“Buena Fe”, en AAVV, Derecho privado europeo, cit., p. 496), cuando nos dice que respecto a las directivas [86/653/CEE y 1999/44/CE] *la cuestión que surge es la de si la razonabilidad o buena fe ha de aplicarse siguiendo un patrón subjetivo u objetivo*, para afirmar que cabría aplicar, al menos parcialmente, *un estándar de razonabilidad objetivo*, siguiendo el planteamiento adoptado por el artículo 1:302 de los PECL/PDEC, que contiene una descripción moderna de la razonabilidad. Se trata, por tanto, nos sigue diciendo, de *un módulo abstracto de referencia, de un estándar objetivo* (puesto que no se centra en las intenciones de la parte afectada), lo que indirectamente nos devuelve a los “contratantes de buena fe”. También, Illescas, R., “La adaptación del Derecho español al Derecho comunitario europeo”, en L’adhésion de L’Espagne et de Portugal à la CEE. Bilan et perspectives, Paris, 1993, p. 165 ss., esp. 172-173.

¹⁴⁴ Vid. Valpuesta Gastaminza, E., en AAVV, Unificación del derecho Patrimonial Europeo, Coor. Valpuesta Gastaminza, E., Barcelona, 2011, p. 94.

¹⁴⁵ Cfr. Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad contractual”, cit., 2009, p. 392-393 y 396-397.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 361-364.

¹⁴⁷ Cfr. Sánchez Lorenzo, S. “El derecho contractual inglés”, cit., p. 182.

¹⁴⁸ Cfr. Sánchez Lorenzo, S. “El derecho contractual inglés”, cit., p. 183, n. 197; Zimmermann, R., Europa y el Derecho romano, cit., p. 77.

estamos ante un criterio jurídico indeterminado, y que como sucede igualmente con las cláusulas generales, lo que se produce en estos casos es una remisión de la decisión al juez y en consecuencia una cierta situación de inseguridad jurídica debido a que cada juez nacional resolverá según valores divergentes.¹⁴⁹

No obstante, en la práctica judicial de los tribunales ingleses acaban aproximándose a los mismos valores que los europeos continentales deducen del principio de buena fe, y no sólo desde el recurso a la *Equity*, sino también, como nos recuerda Zimmermann,¹⁵⁰ desde una pequeña cláusula general: *terms implied in law* (cláusulas implícitas o conformes al sentido del contrato). De este modo son descubiertos en el contrato o fuera de él deberes de información, cooperación, aclaración, lealtad y protección. Y especialmente las situaciones de abuso de la confianza depositada en la otra parte. De una manera más precisa, nos aclara el prof. Sánchez Lorenzo,¹⁵¹ como la proximidad o identidad funcional entre el criterio de razonabilidad (*reasonableness*) y la buena fe continental es una cuestión discutida en el Derecho inglés. Y que tanto la doctrina de los términos implícitos como instrumento de integración del contrato, como la interpretación contextual conforme a criterios objetivos de razonabilidad en caso de expresiones ambiguas, constituyen dos ejemplos de la función auxiliar de la razonabilidad en el Derecho inglés. Esto sin perjuicio de la obligada incorporación del principio de buena fe como cláusulas general en las transposiciones de las directivas sobre consumidores. Pero por lo general su función queda referida al ámbito interpretativo del contrato, que debe ser lo más apegada al acuerdo de las partes por razones de seguridad jurídica y de previsibilidad del contrato. Con todo, aunque el debate continúa, parece que hay ciertos aires de cambio a la vista de una reciente sentencia de la *High Court* en el asunto *Yam Seng Ltd. v. Internacional Trade Corporation Ltd. (2013) EWHC 11 (QB)*, que abre claramente la puerta a la buena fe como criterio interpretativo capaz de suministrar términos implícitos en el ámbito concreto de ejecución de las obligaciones contraídas.¹⁵²

En definitiva, a nuestro juicio, y aunque desde un principio pudiera entenderse sin grandes dificultades que la exigencia de medidas razonables en la custodia del instrumento de pago debía interpretarse en un sentido objetivo, ahora no cabe ninguna duda y en todo caso debe desecharse una aproximación desde la buena fe subjetiva. Esto es, debe interpretarse de acuerdo a la naturaleza del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio. De ahí que puedan calificarse como *irrazonables* los comportamientos honestos pero equivocados (*empty of head but good of heart*),¹⁵³ o lo que es lo mismo los supuestos de buena fe subjetiva, donde como es sabido lo relevante es el efectivo conocimiento o el aspecto psicológico del

¹⁴⁹ Especialmente crítico en este aspecto se manifiesta un importante sector de la doctrina alemana, porque entiende que no existe todavía una base de conocimientos y conceptos compartidos que facilite su aplicación (Vid. Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Janse/Wagner/Zimmermann, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos), ADC, 2009, IV, p. 1481-1485).

¹⁵⁰ Vid., con otras referencias, Zimmermann, R., Europa y el Derecho romano, cit., p. 81-82

¹⁵¹ Vid. Sánchez Lorenzo, S. “El derecho contractual inglés”, cit., p. 182-183, n. 197.

¹⁵² *Ibi*.

¹⁵³ Vid. Kozolchyk, B., La contratación comercial en el Derecho comparado, cit., p. 259.

error excusable, que pone de manifiesto que el sujeto no tiene ninguna intención de causar daño,¹⁵⁴ esto es, no actúa con dolo, pero actúa en todo caso de manera negligente. Esto nos lleva ante sujetos que actúan sin duda de buena fe, pero con culpa, no con dolo, una distinción que podemos ver en el artículo 1107 del CC.¹⁵⁵ El párrafo primero de este precepto habla de “buena fe” para referirse a todos los supuestos de responsabilidad en los que no hay dolo, entre otros la culpa-hecho propio.¹⁵⁶ Y esta culpa debe ser medida de acuerdo a los patrones objetivos específicos del art. 1104 CC: naturaleza del contrato, circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y, siempre, sobre la base del modelo del <hombre prudente> (razonable conducta),¹⁵⁷ esto es, de la diligencia de un buen padre de familia.¹⁵⁸

ii) El deber de custodia y conservación del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados

En nuestro caso hay que valorar que la responsabilidad se plantea, sin duda en las actuaciones fraudulentas, pero también en los casos de incumplimiento deliberado o negligencia grave, que son los que resultan más frecuentes, pero también más problemáticos, porque se hace necesario diferenciarlos de los casos de negligencia leve que quedan en principio excluidos de toda responsabilidad, o bien en todo caso sometidos a un nivel mínimo de responsabilidad a la vista del artículo 61 DSP (art. 32 LSP). No entramos ahora en mayores detalles sobre estos aspectos y los dejamos remitidos al momento del estudio de la responsabilidad del usuario/ordenante en el epígrafe décimo. No obstante, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, con la finalidad de disponer desde este momento de una visión lo más cercana a esta problemática, si dejamos constancia a continuación de un catálogo breve de la casuística judicial que gira alrededor de este deber de custodia y conservación del instrumento de pago y de sus elementos personales de seguridad.

¹⁵⁴ Vid. Miquel, J.M., “Comentario al art. 7.1 CC”, cit., p. 42. También Díez-Picazo, L., Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, II, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 613; igualmente en 6ª ed., II, Madrid, 2008, p. 752.

¹⁵⁵ Vid. Badosa Coll, F., La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, Bolonia, 1987, p. 712; Miquel, J.M., “Comentario al art. 7.1 CC”, cit., p. 43; Carrasco Perera, A., Comentario Edersa, dir. Albadalejo/Díaz Alabart, XV-1º, Madrid, 1989, p. 724; Llamas Pombo, E., “Comentario al art. 1107 CC”, en AAVV, Comentarios al Código Civil, dir. A. Domínguez Luelmo, Valladolid, 2010, p. 1221.

¹⁵⁶ Además estarían la falta de diligencia en los hechos de los auxiliares y la del deudor moroso en la pérdida de la cosa debida (Vid. Díez-Picazo Giménez, G., “Comentario al art. 1107”, en AAVV, Código Civil comentado, III, dir. A. Cañizares et alli, Cizur Menor, 2011, p. 143).

¹⁵⁷ Vid. Carrasco Perera, A. (Comentario Edersa, XV-1º, cit., p. 610), que nos dice que la diligencia del buen padre de familia no es un modelo estadístico sino normativo, exigible incluso aunque no hubiera ningún padre que se comportara a tenor del modelo, y así en el Derecho angloamericano, el *standard de duty of care*, cuya negación es *negligence*, se define como una personificación del ideal comunitario de lo que se entiende por una <razonable conducta>, un *reasonable man of ordinary prudence*.

¹⁵⁸ Vid. Badosa, La diligencia., cit., p. 290 ss.; Carrasco Perera, A., Comentario Edersa, XV-1º, cit., p. 607 ss., esp. 609 ss. y 613-614; Rodríguez Rosado, B., “Comentario al art. 1104 CC”, en AAVV, Código Civil comentado, III, dir. A. Cañizares et alli, Cizur Menor, 2011, p. 117-118; Llamas Pombo, E., “Comentario al art. 1104 CC”, en AAVV, Comentarios al Código Civil, dir. A. Domínguez Luelmo, cit., p. 1213-1214.

Pues bien, si nos aproximamos con este bagaje teórico-normativo a la casuística judicial sobre el deber de custodia y conservación de los instrumentos de pago nos encontramos con lo siguiente. Lo primero que hay que decir es que nuestros tribunales de justicia vienen aplicando por lo general con enorme solvencia criterios de carácter objetivo con anterioridad a la LSP, sin perjuicio de que el panorama judicial español no es todo lo uniforme que sería de desear. Así lo podemos comprobar en diversos grupos de casos.

En primer lugar se impone un deber de custodia mínimo que mantenga el instrumento de pago a resguardo de miradas y de manos extrañas, de manera que se guarde en un compartimento cerrado de un bolso, una cartera o maleta y nunca quede a la vista o al fácil acceso por parte de terceros. Estamos por lo general ante supuestos de robo, sustracción o extravío del instrumento de pago que probablemente son los más frecuentes. Por tanto, cumplido lo anterior, no se considera negligente, el hecho de que no se hubiese recurrido por el titular a la utilización de cajas de seguridad (SAP de Madrid, sec. 11^a, de 22 de mayo de 2008), o que es diligente el depósito del bolso en un armario con las puertas cerradas (SAP de Madrid, sec. 18^a, de 19 de septiembre de 2005), o bien igualmente la ubicación de la tarjeta en una maleta cerrada y facturada (SAP de Vizcaya, sec. 5^a, de 28 de abril de 2005). Por el contrario, si se entiende que el comportamiento es negligente, cuando la tarjeta está suelta en un bolso que probablemente estaba abierto o de fácil apertura (SAP de Madrid, sec. 25^a, de 3 de junio de 2008), o cuando se deja la cartera con la tarjeta en un bolsillo de la chaqueta colgada en el perchero de un centro de trabajo, a la vista de todos y sin un control visual permanente (SAP de Madrid, sec. 9^a, de 4 de noviembre de 2003). No obstante, respecto a este último tipo de supuestos, parece que las cosas no se presentan tan claras, de modo que se entiende que no hay negligencia grave (SAP, Soria, sec. 1^a, de 11 de marzo de 2011),¹⁵⁹ cuando la tarjeta se encuentra en el bolsillo de una chaqueta colgada a la vista de todos y del titular en su propio establecimiento comercial, porque no se puede exigir que cada hora y minuto se compruebe si se tiene la tarjeta y no por no estar bajo llave hay culpa grave en la custodia, cuando además no estaba junto al PIN, lo que le permite hablar de la diligencia exigible al “individuo medio”;¹⁶⁰ hasta el punto de que se disculpa por la Sala, esto es, a nuestro juicio se puede entender que califica el acto como de culpa leve, el hecho de un posible descuido al entrar de golpe en la tienda varias personas y provocar confundir al dueño al pretender pagar con dólares. Con todo hay que decir que la Sala también toma en consideración para su resolución la propaganda de la entidad emisora, donde se publicitaban las ventajas de la tarjeta en cuestión, entre otras, que la pérdida o robo de la misma no comportaba riesgo alguno para el titular. Donde la cuestión desde hace algún tiempo no parece muy clara es respecto a los casos de olvido o <semiabandono> de la tarjeta en un automóvil, pues en unos no se considera

¹⁵⁹ En parecidos términos, sobre unos hechos similares, la SAP de Madrid, sec. 11^a, de 3 de octubre de 2006, donde la tarjeta se encuentra en un bolso, pero no a la vista, sino en la trastienda y sin que ésta esté cerrada con llave, lo que no se considera como negligencia en la custodia.

¹⁶⁰ Esta referencia al individuo medio creemos que está pensando más en la figura del hombre razonable o el buen padre de familia del art. 1104 del CC, que en la del consumidor medio, porque como es sabido esta última contiene un parámetro de diligencia algo más exigente.

negligente (SAP de Murcia, sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2004), mientras que en otros sí (SAP de Castellón, sec. 1ª, de 26 de octubre de 1998).

En segundo lugar hay que mencionar un grupo de casos donde se pone de manifiesto que el grado de control del instrumento de pago no tiene porque ser absoluto, a esto se refieren también algunas de las sentencias anteriormente mencionadas, sino que es suficiente con un control más o menos frecuente, sin perjuicio de que ante situaciones de sospecha o de circunstancias anómalas relacionadas con la tarjeta el titular deba reaccionar y cerciorarse de que continúa con la posesión de la misma. Así, caso de SAP de Madrid, sec. 11ª, de 31 de julio de 2000, o también SAP de Barcelona, sec. 17, de 1 de diciembre de 2000), o en fin SAP de Islas Baleares, sec. 5ª, de 20 de marzo de 2003.

Un tercer grupo de casos está referido a supuestos más sofisticados desde el punto de vista técnico, donde el usuario o titular del instrumento de pago no llega a perder la posesión del mismo, pero donde a pesar de todo se puede producir la <utilización> no autorizada por medio de falsificaciones, clonaciones o bien sencillamente por la disponibilidad y utilización de los datos identificativos del instrumento y sus códigos confidenciales, especialmente en la contratación a distancia, ya sea por vía telefónica o por internet. Pues bien, como veremos con más detalle al estudiar la responsabilidad del usuario/ordenante según el artículo 61 de la DSP (art. 32 LSP),¹⁶¹ y a diferencia de los casos anteriores, este sujeto no va a ser responsable salvo si no ha protegido los elementos de seguridad personalizados, porque son los que permiten o facilitan la <utilización> del instrumento de pago. Lo que sucede es que por lo general al usuario no se le puede imputar ningún tipo de negligencia en la custodia del instrumento de pago, porque los métodos de apropiación de los elementos técnicos que permiten su manipulación superan todo posible control por parte del titular. De ahí que en estas ocasiones este sujeto no deba ser declarado responsable. Así nos podemos encontrar con el caso de instalación de lectores de datos de tarjetas en los cajeros automáticos: SAP de Córdoba, sec. 1ª, de 24 de julio de 2006.

Claramente emparentado con el anterior, en cuarto lugar, hay que hacer referencia a los casos donde los tribunales presumen el comportamiento negligente del usuario por el mero hecho de la utilización del PIN por el tercero, sin indagar o considerar si detrás de estos hechos existe o no un verdadero acto culposo. Como hemos anticipado no parece del todo correcto aquí la imputación de negligencia, cuando el titular no haya tenido ni la más mínima posibilidad de evitar la apropiación por el tercero de la clave. Pues bien, a pesar de todo, en algunos casos nuestros Tribunales entienden que la mera disponibilidad de la clave por el tercero hace presumir un comportamiento negligente en la custodia del titular de la tarjeta, y sin que la entidad emisora tenga que probar nada al respecto (SSAAPP, de Madrid, sec. 11ª, de 20 de noviembre de 2009; Madrid, sec. 25ª, de 3 de octubre de 2006; Madrid, sec., 17ª, de 1 octubre de 2004; Salamanca, sec. 1ª, de 7 de junio de 2004; Madrid, sec. 9ª, de 5 de mayo de 2005). El argumento recurrente en buena parte de estos casos es que la presunción se puede sustentar, dado el breve lapso de tiempo transcurrido desde la sustracción a su uso no autorizado, en que la clave tenía que estar junto

¹⁶¹ Vid. *infra* epígrafe 10.a.ii).

a la tarjeta, lo que en parte desplaza estos supuestos al subepígrafe siguiente, donde analizamos el deber específico de no anotar el número clave en el instrumento de pago ni en documentos adjuntos.

Hay que añadir respecto a este grupo de casos que están muy influidos por la proliferación de una cláusula exonerativa de responsabilidad a favor de la entidad emisora. Una cláusula que sustenta la exoneración en la mera utilización del PIN por terceros salvo que existan situaciones de fuerza mayor o coacciones. Sobre la validez de la cláusula existen resoluciones judiciales contradictorias,¹⁶² si bien el Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 16 de diciembre de 2009, con acierto, se ha decantado por su nulidad por abusiva, al no resultar proporcionada respecto al equilibrio contractual.¹⁶³

Por el contrario, de manera más acertada a nuestro juicio, otras resoluciones rechazan la presunción y aluden tanto a la falta de prueba por parte de la entidad bancaria, como a los datos de la experiencia que demuestran la posibilidad de acceso a las claves por vías fuera del control de los usuarios (SSAAPP, de Islas Baleares, sec., 3ª, de 11 de febrero de 2010; Zaragoza, sec., 2ª, de 28 de marzo de 2006; Valencia, sec., 9ª, de 17 de mayo de 2006; Madrid, sec. 12ª, de 6 de octubre de 2004; Murcia de 29 de septiembre de 2005).

Finalmente, un quinto grupo de casos, estrechamente conectado con el anterior, es el representado por la obtención del código secreto directamente de la visualización, discreta o indiscreta, por el tercero de la utilización de la tarjeta por su titular. Pues bien, cuando estamos ante actos discretos del tercero que no levantan sospechas en el usuario no parece que estemos ante actos de negligencia grave, probablemente ni siquiera de negligencia leve (SSAAPP de Madrid, sec. 12ª, de 3 de octubre de 2007; también la antes mencionada de Valencia, sec. 8ª, de 23 de abril de 2003). Las cosas son distintas si el usuario tiene motivos para sospechar que está siendo observado, porque aquí sí que su deber de diligencia le impone actuar en consecuencia, probablemente abandonando la realización de la operación (SAP de Madrid, sec. 11ª, de 27 de junio de 2000).

iii) Sobre el deber de no anotar el NIP en el instrumento de pago o en documentos adjuntos

En el número 4.1.c) del Anexo de la Recomendación 88/590, de la Comisión de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pagos y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, se dice lo siguiente:

“Las cláusulas contractuales impondrán al titular la obligación, frente al emisor, de: **no anotar** en el instrumento de pago el número o código de

¹⁶² Por la validez se han pronunciado las SSAAPP de Madrid, sec., 13ª, de 11 de mayo de 2005 y de Málaga, sec. 5ª, de 1 de septiembre de 2000. Y por la nulidad por abusiva, la sentencia de la AP de Madrid, sec., 12ª, de 3 de octubre de 2007.

¹⁶³ Cfr. Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 115-116, quien apunta con acierto que, no obstante, el Tribunal no entra en la importante cuestión sobre la carga probatoria.

identificación personal del titular ni tampoco en cualquier otro documento que el interesado conserve o transporte con el instrumento de pago, especialmente si existe la posibilidad de que se pierda, se robe o se falsifique al mismo tiempo que aquél.”

Este consejo se reitera de manera más o menos similar en el art. 5.c) de la Recomendación 97/489, de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. Ahora, en el art. 42.5.a) de la DSP [art. 12.5.a) de la Orden EHA/1608/2010], se establece como un deber de información del proveedor de servicios de pago lo siguiente: *cuando proceda, [se proporcionará] una descripción de las medidas que el usuario de servicios de pago deberá adoptar para preservar la seguridad de un instrumento de pago.* Y en este sentido, con gran similitud al texto de las Recomendaciones precitadas, se puede ver hoy cláusulas en los contratos marco de algunas entidades bancarias:

“Obligaciones de los titulares. 1. Custodiar la tarjeta que se entrega, firmándola de su puño y letra en el momento de recibirla y conservarla en buen estado. 2. Mantener en secreto su número, el NIP y demás contraseñas para acceder a los servicios telefónicos o telemáticos, salvo fuerza mayor o coacción. Los titulares se obligan concretamente a no anotar el número de identificación personal y/o contraseña en la tarjeta, ni en ningún documento que acompañe la misma. Asimismo se obligan a no utilizar, como número de identificación personal y/o contraseña, datos o fechas obrantes en documentos de su uso habitual. 3. ...” (BBVA).

No obstante, a nuestro juicio, la cuestión puede plantear algunas dudas. No tanto respecto a la anotación del número secreto en la propia tarjeta, que sí parece que debe ser calificado por lo general de negligente, como por lo que se refiere a la anotación en la cartera o en otro soporte más o menos próximo a la tarjeta y cuya tenencia sea frecuente por el usuario. Piénsese que de no permitir ningún tipo de anotación se está imponiendo al usuario una carga de memorización del código secreto que puede resultar, además de desproporcionada en ciertos casos, contraproducente con las razones de eficiencia, especialmente respecto a determinados tipos de usuarios, ya se trate de personas mayores, o bien de cualquier otro tipo de sujetos titulares de varias tarjetas de pago o de crédito. Téngase en cuenta que con la proliferación de tarjetas de pago que se ha producido en los últimos años, a lo que sin duda animan y mucho las entidades emisoras, puede decirse que resulta casi indispensable en ciertos casos llevar encima algún recordatorio de los números de identificación personal o de las claves secretas. Máxime cuando son las propias entidades emisoras de las tarjetas las que desaconsejan a sus clientes utilizar claves relacionadas con ciertas efemérides personales, que son sin duda las más fáciles de recordar. Pero aún así, no se puede pasar por alto que estamos ante condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas no negociadas individualmente, sometidas a un doble control de transparencia y de contenido, si bien este último sólo en las relaciones con los consumidores. Ahora bien, no pretendemos con lo que se acaba de decir liberar de todo tipo de responsabilidad por negligencia al titular o usuario del instrumento de pago, pero sí poner de manifiesto que el simple dato de la anotación del elemento

personalizado de seguridad no debe conducir sin más a calificar un comportamiento de este tipo como de negligencia grave, sino que podemos estar también ante actos de negligencia leve o levísima, en cuyo caso el usuario/ordenante no será responsable o como mucho sólo lo será por el mínimo que se establece en el artículo 61.1 DSP (art. 32.1 LSP).¹⁶⁴

A estos efectos resulta ilustrativo lo establecido en la Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, sobre Agentes comerciales independientes, concretamente en su artículo 3.2.c), que alude al *deber del agente de seguir las instrucciones razonables* que le imparta el empresario. Esta norma la vemos integrada en el derecho español en el artículo 9.2.c) de la Ley del Contrato de Agencia de 1992.¹⁶⁵ Pues bien, respecto al precepto español se ha dicho de manera autorizada que la referencia a la razonabilidad es un criterio al que la ley subordina la facultad del empresario de dictar instrucciones. Y que su concreción, atendiendo a las circunstancias del caso, ha de tomar en consideración los intereses de ambas partes, de modo que dejarían de ser razonables, entre otras, aquellas instrucciones que imposibilitan la actuación del agente o le perjudican.¹⁶⁶

Si trasladamos estas consideraciones a nuestro objeto de estudio, también podemos entender igualmente, por un lado, que el criterio de la razonabilidad constituye un límite legal a la facultad del proveedor de las tarjetas de pago de establecer condiciones o instrucciones sobre la utilización de las tarjetas, y por otro, que se podrán calificar de irrazonables, entre otras, las condiciones que imposibiliten o dificulten claramente la utilización de la misma por su titular o usuario. Claramente en esta línea lo vemos hoy recogido expresamente en el art. 61.2 *in fine* de la PDSP2, donde se establece que: “Las obligaciones de precaución de los usuarios de servicios de pago no obstaculizarán la utilización de los instrumentos y servicios de pago autorizados con arreglo a la presente Directiva”.

A lo anterior hay que añadir que, en los últimos tiempos, la experiencia pone de manifiesto que existen medios electrónicos que permiten el acceso fraudulento a los números secretos de las tarjetas de pago, sin necesidad de la tenencia física de la misma. Esta serie de circunstancias permite, al menos, a nuestro juicio, descartar que los tribunales puedan presumir un comportamiento negligente del titular por el mero hecho del uso de la clave secreta por parte de un tercero,¹⁶⁷ máxime si se tiene en cuenta que la carga de

¹⁶⁴ Al respecto nos remitimos al epígrafe 10.a) y b).

¹⁶⁵ Vid. Martínez Sanz, F., “Buena Fe”, en AAVV, Derecho privado europeo, coor. Cámara Lapuente, cit., p. 481 ss., esp. 495, donde se apunta la estrecha conexión de la noción de “razonabilidad” con la buena fe.

¹⁶⁶ Vid. Palau Ramírez, F., “Comentario al artículo 9: Obligaciones del agente”, en Martínez Sanz/Monteagudo/Palau Ramírez, Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia, cit., p. 191 ss., 195.

¹⁶⁷ Cfr. Castilla Cubillas, M., cit., p. 194, donde se pueden ver sobre esta cuestión sentencias de Audiencias provinciales en sentido contradictorio. Por un lado, las sentencias de la AP de Salamanca de 7 de junio de 2004 y la de la AP de Madrid de 5 de mayo de 2005, que parten de la presunción criticada, frente a la SAP de Murcia de 29 de septiembre de 2005 que, de manera más acertada a nuestro juicio, rechaza la presunción, e invoca en sus fundamentos jurídicos la falta de prueba por parte de la entidad de crédito y el dato de la experiencia que

la prueba debe recaer sobre el emisor o proveedor de los servicios de pago y no sobre el usuario. Sobre esta importante cuestión de la carga probatoria nos remitimos a lo que se dirá más adelante en el epígrafe número nueve.

En todo caso hay que decir que la cuestión es enormemente casuística y queda remitida a los tribunales de justicia, que por lo general recurren al criterio tradicional de la diligencia del buen padre de familia,¹⁶⁸ un criterio que como hemos visto se puede entender que se corresponde con la exigencia legal del más moderno criterio de la razonabilidad¹⁶⁹ (*reasonable, reasonableness*) más propio del *Common Law*.¹⁷⁰

Para completar este apartado veamos alguna casuística judicial que nos aproxime a la realidad sobre este tipo de deberes de los usuarios/ordenantes de los instrumentos de pago, que por otra parte están claramente emparentados con los anteriores relativos al deber de custodia. Por un lado una serie de casos donde la negligencia parece en principio bastante evidente. Se trata de aquellos supuestos donde se facilita sin más el código PIN, cosa que sucede desde la más absoluta ingenuidad, cuando se facilita por teléfono o por vía de Internet en respuesta a una mera solicitud de un tercero que oculta sus intenciones defraudatorias. Estamos ante un grupo de casos que pueden reflejar comportamientos de negligencia grave (SAP de Palencia, sec. única, de 3 de febrero de 1999), pero carentes en absoluto de mala fe. De ahí el enorme cuidado con el que deben ser valorados, porque a pesar de su aparente claridad, habría que tomar en consideración las instrucciones recibidas por el usuario/ordenante, porque si no fue advertido de este tipo de prácticas

prueba el uso fraudulento por terceros de métodos que permiten salvar los sistemas de seguridad.

¹⁶⁸ Sobre la figura, en general, Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., II, p. 96-98; Badosa, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 79-119. Más en concreto, respecto a nuestro objeto de estudio, Castilla Cubillas, M., *La tarjeta de crédito*, cit., p. 192-193.

¹⁶⁹ Vid. Salvador Coderch/Ramos González, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, en Salvador Coderch/Gómez Pomar (editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor, 2008, p. 77-79, donde se reconoce expresamente esta equiparación: “Para los deberes de precaución de origen jurisprudencial, el criterio tradicional utiliza el estándar del comportamiento de una persona razonable –el buen padre de familia del art. 1104 CC- que se hubiera encontrado en las mismas circunstancias del demandado. Y si el ejercicio de la actividad en cuestión requiere conocimientos especiales, el criterio se matiza por referencia prevalente a las reglas de la profesión u oficio de que se trate (*lex artis*)”. También, en la misma obra colectiva, puede verse a Luga Yerga, A., “Causalidad y su prueba. Prueba del defecto y del daño”, p. 441, que habla de un juicio de razonabilidad de la conducta del fabricante como un juicio de negligencia. Y más recientemente, Martín-Casals, M., “La <modernización> del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en AAVV, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 2011, p. 11 ss., esp. 52, donde nos dice que el estándar o patrón de conducta de la “persona razonable” constituye la formulación moderna del viejo criterio del *bonus pater familiae*.

¹⁷⁰ Una primera aproximación a sus orígenes y a su entrada en el Derecho europeo, así como su conexión con el principio de buena fe, puede verse en Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en AAVV, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (Ed. S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, p. 341 ss., esp. 353 ss., 362 ss., y 386 ss. También puede verse Zimmermann, R., *Europa y el Derecho romano*, tr. esp., Madrid, 2009, p. 81; alude igualmente a este origen y a su acogida en el Nuevo Código Civil holandés (la *redelijkheid*: art. 3:12) Martínez Sanz, F., “Buena Fe”, en AAVV, *Derecho privado europeo*, coor. Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p. 495.

defraudatorias más o menos frecuentes, lo que puede ser entendido como una carga informativa de la entidad emisora de la tarjeta, al menos en las relaciones con los consumidores, la valoración del supuesto puede o debe ser bien distinta. Con todo somos conscientes de las dificultades que entraña cumplir con una carga informativa de este tipo sin afectar negativamente a la propia mecánica de las tarjetas.

Por otro lado, cuando la utilización indebida tiene su origen en la anotación del PIN en la propia tarjeta o en algún documento que la acompañan o están junto a la misma, aquí, no obstante las condenas de los titulares (SSAAPP de Valencia, sec. 8^a, de 23 de abril de 2003; y de Salamanca, sec. 1^a, de 7 de junio de 2004), pensamos que los diferentes supuestos deben ser valorados también con sumo cuidado. Porque no es lo mismo llevar encima una anotación que claramente ponga a ojos de todos que se trata del código secreto, como sucede si la anotación se incorpora en la propia tarjeta, que una anotación discreta del número PIN en otro documento o soporte, que puede ser descubierta igualmente, pero no con la misma facilidad.¹⁷¹ Lo primero puede ser considerado como una negligencia grave, pero lo segundo, todo lo más, como una negligencia leve, con las consecuencias que ya conocemos en atención a lo establecido en el artículo 61.1 y 2 DSP (art. 32.1 y 2 LSP).¹⁷² Así nos encontramos con que se ha considerado negligente (entendemos que negligencia grave), en un caso de sustracción de tarjeta junto con el DNI, la utilización de un código coincidente con la fecha de nacimiento del titular (SAP de Pontevedra, sec. 1^a, de 24 de septiembre de 2009); frente a otros, en situaciones similares, donde probablemente con mejor criterio, se entiende que la mera coincidencia del PIN con los números del documento nacional de identidad no supone una conducta negligente del titular (SSAAPP de Valencia, sec. 8^a, de 23 de abril de 2003, y de Toledo, sec. 1^a, de 1 de julio de 1999).

b) Deberes de notificación y de reclamación

De estas obligaciones del usuario destaca muy especialmente la de notificar al proveedor de servicios de pago o a la entidad correspondiente, el extravío, robo, sustracción o cualquier utilización no autorizada de la tarjeta, que se deberá producir *sin demoras indebidas en cuanto tenga conocimiento de ello*. Así lo establece con carácter general el artículo 56.1.b de la DSP (art. 27.b LSP). El cumplimiento de esta obligación de notificación por el usuario es de suma importancia en el caso de operaciones de pago no autorizadas [o ejecutadas incorrectamente], porque el art. 58 de la DSP¹⁷³ (art. 29 LSP)¹⁷⁴ hace

¹⁷¹ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 113-114.

¹⁷² De nuevo nos remitimos al epígrafe 10.a) y b).

¹⁷³ Art. 58 (Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente): “El usuario de servicios de pago obtendrá la rectificación del proveedor de servicios de pago únicamente si notifica sin tardanza injustificada a su proveedor de servicios de pago que ha llegado a su conocimiento cualquier operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente que sea objeto de una reclamación, incluso las cubiertas por el art. 75, a más tardar a los 13 meses de la fecha del adeudo, a no ser, cuando proceda, que el proveedor de servicios de pago no le haya proporcionado o hecho accesible la información sobre la operación de pago con arreglo a lo dispuesto en el título III.”

depender en estos casos la rectificación del proveedor de las operaciones correspondientes (devolución o reabono a que se refieren los artículos 60 de la DSP y 31 de la LSP) de que efectivamente dichas notificaciones se produzcan:

“.[O]btendrá la rectificación del proveedor de servicios de pago únicamente si notifica...”

Este importante precepto, que constituye en cierto modo un complemento incentivador-sancionador de los deberes generales del usuario del art. 56 DSP (art. 27 LSP), establece correctamente a nuestro juicio la correlación entre notificación y anulación/devolución de las operaciones no autorizadas. De este modo, al menos en el Derecho español, se rompe con una cierta idea sustentada en el recientemente derogado artículo 46.1 LOCM,¹⁷⁵ y no del todo justificada, que venía a plantear la posible facultad anulatoria del titular de la tarjeta con independencia del cumplimiento por parte de éste de ciertos deberes informativos;¹⁷⁶ hasta el punto de que se ha llegado a sostener la existencia de dicha facultad incluso sin la presencia del cargo fraudulento o indebido. Ahora bien, es cierto que esto último ha sucedido bajo la vigencia del texto originario de la LOCM de 1996.¹⁷⁷ En el momento presente la cuestión está resuelta de manera clara en la DSP y en la Ley española de transposición, así que anulación y notificación quedan anudadas de manera inescindible, de manera que la obligación de anulación-devolución del proveedor de servicios de pago, establecida en el art. 60 de la DSP (art. 31 LSP), está supeditada al cumplimiento de la notificación pertinente de los artículos 56 y 58 de la DSP (arts. 27 y 29 LSP), y referida exclusivamente a las operaciones de pago no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente).

Por otro lado, el conocimiento del usuario de las operaciones no autorizadas derivará, por lo general, del envío previo de los extractos de cuenta y movimientos por el proveedor de los servicios de pago, que constituye a su vez uno de los deberes de éste frente al usuario, como veremos más adelante en el epígrafe octavo.

¹⁷⁴ Sin perjuicio de lo que enseguida veremos, dejamos constancia de la literalidad del precepto español que como se verá no coincide plenamente con la norma europea. Artículo 29 LSP (Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente): “1. Cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al proveedor de servicios de pago, a fin de poder obtener la rectificación de éste. 2. Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono. Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior distinto del contemplado en el párrafo anterior.”

¹⁷⁵ Precepto derogado por la Disposición derogatoria única de 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, 28 de marzo de 2014).

¹⁷⁶ Cfr. Barutel Manaut, *Las tarjetas de pago y de crédito*, Barcelona 1997, p. 437-438; Batuecas Caletrio, A., *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, Pamplona, 2005, p. 246; López García, O., cit., p. 3 ss., esp. p. 15.

¹⁷⁷ Sobre esto nos remitimos *supra* a lo dicho en el epígrafe 3.

i) Dos tipos de deberes de notificación: uno general y otro particular. Solapamiento parcial

Lo primero a lo que hay que hacer referencia es a la existencia de dos tipos de deberes de notificación que recaen sobre el usuario de los servicios de pago. Por un lado, un deber general de notificación del art. 56 DSP (art. 27 LSP), que está referido tanto a los casos de extravío, como a los de robo o sustracción, y también a los de utilización no autorizada del instrumento de pago. Y por otro lado, el deber específico de notificación-reclamación a que se refiere el art. 58 DSP (art. 29 LSP), que como acabamos de ver está referido exclusivamente a las operaciones de pago no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente). A nuestro juicio existe un solapamiento parcial entre ambas normas que da lugar a cierta confusión que es conveniente intentar aclarar.¹⁷⁸ Enseguida volveremos sobre este aspecto en el apartado siguiente, pero antes que nada hay que concretar algo más la distinción.

Respecto al primero se trata de un deber de colaboración del usuario ya sea para evitar los usos indebidos del instrumento de pago, en los casos de extravío, robo o sustracción, o bien para impedir que estos usos se continúen produciendo, en el caso de que ya se haya producido alguna utilización no autorizada del mismo. Dicho deber debe ser cumplido sin demoras indebidas, esto es, de manera más o menos inmediata,¹⁷⁹ en cuanto tenga conocimiento del hecho en cuestión. Y su incumplimiento puede dar lugar a las responsabilidades del art. 61 DSP (art. 32 LSP). Obsérvese que en el mismo artículo 56 DSP (art. 27 LSP) podemos estar ante dos posibles deberes de notificación del usuario, uno referido a la privación material del instrumento de pago, cuando habla de extravío, robo o sustracción, y otro, cuando habla de utilización no autorizada.¹⁸⁰ Esto último es algo que suele suceder a consecuencia de lo primero, aunque como sabemos no tiene que ser así necesariamente.

En cuanto al segundo deber de notificación, el del art. 58 DSP (art. 29 LSP), su finalidad sigue siendo la de incentivar la colaboración del usuario, pero esta vez presenta algunas particularidades que lo diferencian del anterior. Primero, como acabamos de ver, se trata de un deber específico de notificación sólo respecto a las operaciones no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente), no se refiere a los casos de robo, extravío o sustracción. En segundo lugar, existe una coincidencia o solapamiento parcial entre ambos deberes de notificación, porque en ambos casos se refieren a las operaciones no autorizadas, aunque las expresiones que se usan no son del todo coincidentes. El primero habla de <utilización> (no autorizada) del instrumento de pago y el segundo sólo de operaciones (no autorizadas). En tercer lugar, se fijan dos posibles plazos para la notificación, uno breve, pero indeterminado similar al anterior (*sin tardanza*

¹⁷⁸ Las primeras aproximaciones a estas disposiciones ponen de manifiesto la necesidad de un análisis detenido de estos preceptos (Cfr. López Jiménez, J.M^a, Comentarios a la Ley de Servicios de Pago, cit., p. 582 ss. y 591 ss.; Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 97-98).

¹⁷⁹ No obstante, somos conscientes de que la cuestión puede plantear alguna duda. Nos remitimos a lo que se dirá más arriba cuando analicemos el momento del día a quo del plazo de notificación en el epígrafe 7.b.vi).

¹⁸⁰ En el epígrafe 7.b.v) nos ocupamos con más detalle de esta cuestión.

injustificada desde que llega a su conocimiento),¹⁸¹ y otro más largo de trece meses desde la fecha del adeudo. Como es natural este segundo plazo de trece meses sólo entra en juego si el usuario no ha tenido conocimiento de la irregularidad de la operación. Y no será de aplicación este segundo plazo si la entidad bancaria no facilitó la información correspondiente de la operación de pago donde quede constancia de la fecha del adeudo. De aquí se podría deducir que estamos ante un plazo prescriptivo de la obligación de devolución del proveedor de los servicios de pago, pero no nos pronunciamos sobre la cuestión que enseguida retomaremos.¹⁸² Finalmente, en cuarto lugar, como se ha anticipado, su incumplimiento no parece que se sancione con las posibles responsabilidades establecidas en el artículo 61 DSP (art. 32 LSP), sino con la liberación de la entidad emisora de su deber de devolución-rectificación de las operaciones no autorizadas según lo establecido en los artículos 58 y 60 DSP (arts. 29 y 31 LSP).

ii) Solapamiento normativo de los deberes de notificación de la <utilización no autorizada del instrumento de pago> y de las <operaciones no autorizadas>

En cuanto al solapamiento anunciado como decimos tanto una norma como la otra incluyen en su ámbito de aplicación a las operaciones no autorizadas, y en ambos casos se impone al usuario del instrumento de pago el deber de notificarlo al proveedor de servicios de pago, a la mayor brevedad, desde que tenga conocimiento de dicha operación no autorizada. Es cierto que una norma habla de <utilización no autorizada> del instrumento de pago (arts. 56 DSP y 27 LSP) y otra sólo de <operación no autorizada> (arts. 58 DSP y 29 LSP), pero en principio no parece que se refieran a supuestos de hecho distintos y por tanto deban someterse a tratamiento jurídico diferente.¹⁸³ Veamos que es lo que se quiere decir cuando se habla de utilización del instrumento de pago, por un lado, y de operación de pago, por otro. Lo primero, como se deduce del artículo 4.23 de la DSP (art. 2.23 LSP) al definir al instrumento de pago, es el medio o la forma de que se vale el usuario para realizar una orden de pago. Y se puede hablar de utilización tanto en referencia a la tenencia y uso del elemento material (mecanismo o mecanismos personalizados), como de los diferentes procedimientos acordados con el proveedor de los servicios de pago que permiten un uso sin dicho soporte material. Por su parte, una operación de pago no es otra cosa que una acción de disposición de fondos (art. 4.5 DSP y 2.5 LSP). De ahí que se pueda decir que toda utilización del instrumento de pago contiene una operación de pago y que ésta, a su vez, su manera natural de realizarla es mediante la utilización de instrumentos de pago. Luego, en definitiva, se puede concluir que una operación no autorizada es una operación realizada con la utilización no autorizada de un instrumento de pago. Y que toda utilización no autorizada de un instrumento de pago comporta por lo general una operación de pago no autorizada.

¹⁸¹ También equipara ambos criterios Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 97.

¹⁸² Vid. *infra* epígrafe 7.b).vii.

¹⁸³ Parece en este sentido Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 98.

A nuestro juicio se trata de una duplicidad de normas para una misma obligación, lo que significa que cumplido el deber para un ámbito debe desplegar sus efectos igualmente para el otro. O dicho de otro modo, cumplida la carga informativa de carácter general del artículo 56 DSP (art. 27 LSP) debe entenderse cumplida la específica del artículo 58 DSP (art. 29 LSP), sin necesidad de ninguna otra notificación. Y de igual modo a la inversa. Y así parece por dos razones. Porque el hecho sobre el que gira la notificación es el mismo, las operaciones no autorizadas, y porque el plazo para la misma coincide igualmente, dado que no se vislumbran diferencias entre hablar de *sin demoras indebidas* o de *sin tardanza injustificada*. Como resulta obvio queda al margen de este solapamiento el segundo plazo de trece meses a que se refiere exclusivamente el art. 58 DSP (art.29 LSP).

Ahora bien, respecto a las consecuencias jurídicas de esta doble regulación hay que realizar alguna aclaración más. Producido el cumplimiento del deber de notificación, como decimos, debe desplegar sus efectos en los dos ámbitos normativos, lo que significa que en principio el proveedor de servicios de pago deberá realizar la devolución o reabono inmediato del importe de la operación no autorizada, según el art. 60 DSP (art. 31 LSP); pero esto sin perjuicio de la posible aplicación de alguna de las sanciones o <quitas> que establece el artículo 61 DSP (art. 32 LSP), piénsese especialmente, aunque no sólo, en la franquicia de 150 euros que como máximo deberá soportar el cliente/ordenante en estos casos de operaciones no autorizadas. Por otro lado, en el caso de incumplimiento, parece que procedería aplicar tanto las consecuencias sancionatorias derivadas de los artículos 61 y 56 DSP (art. 32 y 27 LSP), como las de los artículos 58 y 60 DSP (art. 29 y 31 LSP); pero en buena lógica la aplicación de los últimos preceptos citados absorbe toda posible sanción derivada de los primeros, quizá con la salvedad de lo relativo a los posibles daños y perjuicios. Con todo aquí se nos plantea un problemático conflicto de normas. Volveremos sobre este aspecto más adelante cuando estudiemos la responsabilidad del ordenante por las operaciones de pago no autorizadas.¹⁸⁴

iii) Naturaleza jurídica de los deberes de notificación y de reclamación: la carga o deber de denuncia. Forma, contenido e inexistencia de este deber.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos deberes de notificación y de reclamación hay que decir que estamos ante deberes de denuncia, y que como tales no constituyen verdaderas obligaciones sino simples deberes o cargas.¹⁸⁵ Como es bien sabido la diferencia con la obligación estriba en que la contraparte no va a estar legitimada para exigir su cumplimiento, pero el incumplimiento

¹⁸⁴ Vid. infra epígrafe 10.b.ii.

¹⁸⁵ Vid. Gete-Alonso, M.C., Las tarjetas de crédito, cit., p. 65; Farrando Miguel/Castañer Codina, “Atribución y distribución de responsabilidad por el uso no autorizado de tarjetas”, RDBB, 81, 2001, p. 90; Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 73. En relación a la compraventa puede verse Morales Moreno, A.M., en AAVV, La compraventa internacional de mercancías. Comentario a la Convención de Viena, dir. L. Díez Picazo, Madrid, 1998, p. 336; Ortí Vallejo, A., Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE, Granada, 2002, p. 122; Marín López, M.J., Las garantías en las ventas de bienes de consumo en la Unión Europea, I, Madrid, 2004, p. 197.

del sujeto sometido a la carga le produce la pérdida del ejercicio de un derecho.¹⁸⁶ En nuestro caso estamos ante cargas de carácter informativo y de colaboración, donde la ley y la buena fe comercial imponen al acreedor que informe diligentemente al deudor respecto a determinadas circunstancias fundamentales para el correcto cumplimiento de la prestación. En el derecho español las cargas informativas más típicas las tenemos en la Ley del Contrato de Seguro en sus artículos 10 (deber de declaración del riesgo del tomador), 11 (información del agravamiento del riesgo) y 16 (información sobre el siniestro).¹⁸⁷ Se trata por tanto, por lo general, de un presupuesto o condición para el ejercicio de un derecho, que es lo que vemos que sucede con la notificación del artículo 58 DSP (art. 29 LSP) sobre las operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, pero también se le pueden asignar a estos deberes o cargas funciones coercitivas,¹⁸⁸ que es igualmente lo que también sucede en nuestro caso, como lo prueba lo establecido en el artículo 61.2 DSP (art. 32.2 LSP) respecto a la notificación exigida por el artículo 56.1.b DSP (art. 27.b LSP).

El deber de denuncia hay que decir que no cuenta con muchos antecedentes en el Derecho español, además de lo establecido en la LCS, en el ámbito de la compraventa mercantil se viene hablando, no sin ciertas dudas, de la existencia de un posible deber de denuncia de los defectos de la cosa, deducible de los artículos 336 y 342 del CCo.¹⁸⁹ En la jurisprudencia pueden verse SSTs, de 6 de junio de 2006 y 17 de enero de 2008. Por lo que se refiere a otras disposiciones, el deber de denuncia aparece definitivamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con el art. 39 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, también con Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC), que transpone la Directiva 1999/44/CE.¹⁹⁰ Concretamente con el establecimiento del deber del comprador de denunciar en los dos meses desde la fecha en que se percató (tuvo conocimiento o descubrió) de la falta de conformidad (art. 9.4).¹⁹¹

¹⁸⁶ Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos de derecho civil patrimonial, II, cit., p. 110 ss.; Cabanillas Sánchez, A., Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil, Madrid, 1988, p. 42 ss.

¹⁸⁷ Sobre estos preceptos puede verse, especialmente, Sánchez Calero, F., Ley de contrato de seguro. Comentarios a la 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, dir. F. Sánchez Calero, 3ª ed., Cizur Menor, 2005, pags. 233, 253 ss. y 316 ss.

¹⁸⁸ Vid. Cabanillas Sánchez, A., Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil, cit., p. 255 ss.; Ruiz Muñoz, M., “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”, RES, 65, enero-marzo 1991, p. 18-19.

¹⁸⁹ Vid. Langle y Rubio, E., El contrato de compraventa mercantil, Barcelona, 1958, p. 82-83; Garrigues, J., Tratado de Derecho mercantil, III-1º, Madrid, 1963, p. 279-282; Sánchez Calero/Sánchez-Calero Guilarte, Instituciones de Derecho mercantil, II, 33ª ed., Cizur Menor, 2010, p. 261-264; Broseta/Martínez Sanz, Manual de Derecho mercantil, II, 20ª ed., Madrid, 2013, p. 76.

¹⁹⁰ A la vista de los diferentes tratamientos jurídicos nacionales, la Directiva dejó libertad a los EEMM para imponer o no al consumidor la carga de denunciar la falta de conformidad, pero en caso afirmativo el plazo para denunciar debía ser de dos meses como mínimo y el cómputo se debía iniciar desde la fecha en que se percató de la falta de conformidad (art. 5.2 Directiva 1999/44/CE).

¹⁹¹ Vid. Marín López, M.J., Las garantías en las ventas de bienes de consumo en la Unión Europea, cit., p. 194 ss. y 422.

Ahora esta norma la tenemos en el artículo 123.5 del TRLCU.¹⁹² Los argumentos que se adujeron en esta última norma son trasladables a nuestro objeto de estudio. En un sentido general que la denuncia es una medida que protege al vendedor,¹⁹³ en nuestro caso al proveedor de servicios de pago. Más concretamente permite al vendedor adoptar las medidas oportunas para subsanar el defecto, o en nuestro caso evitar otras utilidades no autorizadas mediante el bloqueo del instrumento de pago. Contribuye también a mantener la relación de confianza entre ambas partes. Y aporta un alto grado de seguridad al tráfico jurídico, tanto porque de este modo se da aplicación de la doctrina *venire contra factum proprium*, como porque también conlleva la aplicación de la denominada *Verwirkung* o doctrina del retraso desleal.¹⁹⁴ Además, por lo que se refiere a la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la denuncia, también se observa una reveladora proximidad con lo establecido en el régimen jurídico de las garantías en las ventas de bienes de consumo, donde, como acabamos de mencionar, se establece claramente un criterio subjetivo <dos meses desde que el consumidor tuvo conocimiento de la falta de conformidad> (art. 123.5 TRLCU). Enseguida volveremos sobre esta importante cuestión.¹⁹⁵ Más recientemente la denuncia la vemos en dos propuestas normativas, por un lado en el ALCM de 2014, en su artículo 511-12, sobre la denuncia de la falta de conformidad en la compraventa mercantil, donde el *dies a quo* se fija desde que se conozca o debiera haberla conocido y donde la denuncia se entiende efectuada por cualquier medio que permita dejar constancia fehaciente de la recepción. También, directamente relacionado con nuestro objeto de estudio, en el art. 597-7 de la PCM de 2013 sobre la determinación del saldo en el contrato financiero de cuenta corriente, donde se establecía una norma de cierre con un plazo de caducidad de un año, muy en la línea de los trece meses del art. 58 DSP (art. 29 LSP), si bien la norma ha desaparecido en el texto del ALCM de 2014. Y por otro lado, en el art. 122 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la normativa común de compraventa europea de 2011 (CESL: *Common European Sales Law*), sobre el requisito de notificación de la falta de conformidad en los contratos de compraventa entre comerciantes (en las relaciones mixtas el deber de denuncia no es aplicable: *ex art. 106.3 b*).

En nuestro caso el legislador determina ciertos aspectos de la denuncia como el plazo y el *dies a quo* para su cómputo. A ello hemos hecho algunas referencias y en los subepígrafes siguientes reincidiremos con mayor detenimiento. Pero hay algunos otros aspectos de la denuncia que se quedan sin regular o que el legislador remite al acuerdo de las partes. Estamos pensando en la forma de la denuncia, su contenido mínimo, la carga de la prueba (a este aspecto nos referimos más adelante al hablar del momento de la notificación) o, finalmente, en qué casos la denuncia no es obligatoria por innecesaria.

¹⁹² Vid., Torrelles Torrea, E., “Comentario artículo 123 TR-LGDCU”, en AAVV, Comentario a las normas de protección a los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 1120-1121.

¹⁹³ Cfr. Marín López, M.J., Las garantías en las ventas de bienes de consumo en la Unión Europea, cit., p. 197. También, Díez-Picazo, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, IV, Cizur Menor, 2010, p. 151-152.

¹⁹⁴ Una aproximación de carácter general a estas doctrinas en Wieacker, F., El principio general de buena fe, tr. esp. de J.L. Carro, con Prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, 1977.

¹⁹⁵ Vid. *infra* epígrafe 7.b.vi.

En cuanto a la forma de la denuncia hay que partir del principio de libertad de forma, si bien el usuario de los servicios de pago parece que deberá adoptar algún tipo de cautela que le permita llegado el caso probar que realizó la comunicación dentro del plazo establecido. En principio parece que no debe haber inconveniente en que se pueda realizar por carta, burofax, llamada telefónica, por medios informáticos o bien de manera verbal personándose en las oficinas de la entidad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que este aspecto está conectado directamente, por un lado, con el deber que tiene el proveedor de los servicios de pago de garantizar la existencia de medios de comunicación a disposición del usuario, según se establece en el artículo 57.1.c) DSP (art. 28 LSP).¹⁹⁶ Y por otro lado, que la determinación de la forma concreta se deja en manos del proveedor de servicios de pago, porque en el art. 42.5 de la DSP (art. 12.5 OEHA/1608/2010) se establece como un deber informativo del mismo dejar constancia en el contrato marco de la forma en que deberán realizarse las notificaciones por parte del usuario de los servicios de pago. Pero en buena lógica la formalización de la denuncia o notificación deberá estar en consonancia con los medios de comunicación facilitados por el proveedor de los servicios de pago. Esta última norma habla por un lado, en su apartado a), de la notificación del art. 56.1.b DSP (art. 27.b LSP), y en este caso se refiere sólo a la forma de la notificación; y por otro lado, en su apartado d), de la notificación del art. 58 DSP (art. 29 LSP), y aquí alude tanto a la forma como al plazo dentro del cual el usuario debe notificar las operaciones de pago no autorizadas. Llama la atención que en este último caso se aluda también al plazo, cuando el plazo de una manera o de otra ya viene predeterminado por la ley en ambos casos, probablemente la mención al plazo obedece al carácter dispositivo del plazo de trece meses en las relaciones con los no consumidores. Normalmente en el contrato marco correspondiente se hace referencia a que estas comunicaciones se realizarán bien en las oficinas bancarias en horario de atención al público, bien en los números telefónicos indicados en las propias tarjetas o bien por otros medios, como pueden ser los mensajes por correo electrónico. Pero hay que decir que la falta de uniformidad a este respecto, a consecuencia de la permisividad de la norma, que deja en manos de la entidad bancaria la forma de la notificación, no parece que sea lo más adecuado, no sólo por los posibles abusos, sino porque puede generar situaciones de inseguridad jurídica. Así sucede cuando en un mismo contrato marco se observa en su clausulado algunas contradicciones o condiciones algo confusas, ya sea en cuanto a la forma (verbal o por escrito) o respecto a los plazos (10, 15 días o trece meses).

Respecto al contenido mínimo de la denuncia, será suficiente con que se hable de un posible uso no autorizado o cualquier error o discrepancia observado en los extractos comunicados por el banco, o bien de otra circunstancia anómala respecto a la posesión del instrumento de pago: pérdida, sustracción o copia de alguna de las tarjetas, o bien el hecho de haber tenido terceras personas conocimiento indebido de las claves o contraseñas.

Y, finalmente, la denuncia no parece necesaria en ciertos casos, bien porque se haya interpuesto algún tipo de reclamación judicial o extrajudicial, o bien cuando el propio proveedor de servicios de pago reconoce o conocía,

¹⁹⁶ Sobre esto nos remitimos a lo que se dirá infra en el epígrafe octavo sobre las obligaciones del proveedor de los servicios de pago.

aunque no lo puso de manifiesto, la existencia de usos no autorizados o de posibles situaciones de desposesión del titular del instrumento de pago. En estos casos la exigencia de la denuncia por la entidad bancaria supondría un claro comportamiento de mala fe por su parte. No se establece nada a este respecto, pero se puede traer de manera analógica el art. 16 de la LCS, donde se establece, en relación al deber del tomador, asegurado o beneficiario de comunicar el acaecimiento del siniestro al asegurador, que no procederá la reclamación de daños y perjuicios por el incumplimiento de este deber si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio. De este mismo precepto se deduce igualmente que la carga de la prueba del conocimiento de los usos no autorizados por la entidad emisora debe recaer sobre el usuario/ordenante.¹⁹⁷

iv) Notificación de las operaciones de pago no autorizadas y reclamación de las ejecutadas incorrectamente:

El art. 58 de la Directiva (art. 29 LSP) presenta alguna duda interpretativa porque parece distinguir entre dos actos y dos plazos diferentes. Por un lado, habla de notificación de la operación de pago no autorizada [o ejecutada incorrectamente] y, por otro, de una reclamación que suponemos referida a la devolución o reabono del cargo indebido. En este sentido, el precepto citado podría entenderse que marca un plazo breve para la notificación, pero fijado de manera genérica: *sin tardanza injustificada una vez que ha llegado a su conocimiento*, lo que resulta coherente con la obligación general del art. 56.1.b) (art. 27 LSP) que habla de notificación *sin demoras indebidas en cuanto tenga conocimiento*. Y por otro lado, una reclamación [de la rectificación o devolución] que se deberá producir *a más tardar a los 13 meses de la fecha del adeudo*, salvo que no se haya facilitado esta información relativa al adeudo por el proveedor de servicios de pago según lo establecido en el Título III de la DSP (Orden EHA/1608/2010),¹⁹⁸ en cuyo caso el plazo para la reclamación/rectificación se podría decir que es imprescriptible, si bien sobre esto realizaremos a continuación algunas matizaciones.

Pues bien, la verdad es que por lo general ambos actos y momentos deberán coincidir, porque lo más natural parece que será que el usuario notifique y reclame en un mismo acto. Es más, a nuestro juicio, se podría decir que la simple notificación de un hecho de estas características lleva implícita la correspondiente reclamación, sin necesidad de ningún otro tipo de formalidades. De modo que esta aparente escisión entre notificación y reclamación no debe sostenerse en todo caso, sino que resulta más razonable entender que el precepto lo establece como *un único acto que incluye notificación y reclamación*, porque es lo propio en estos casos de operaciones

¹⁹⁷ Cfr. Sánchez Calero, F., Ley de contrato de seguro. Comentarios a la 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, dir. F. Sánchez Calero, 3^a ed., cit., p. 320.

¹⁹⁸ El Título III de la DSP está referido a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, especialmente hay que fijar nuestra atención en los artículos 38 y 47. Sobre estos aspectos téngase en cuenta que el art. 18 de la LSP lo remitió a un posterior desarrollo reglamentario que se ha producido con la Orden EHA 1608/2010, de 14 de julio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE, 18.6.2010), especialmente en sus artículos 9 y 15.

de pago no autorizadas [o ejecutadas incorrectamente]. Y así parece que lo ha entendido de manera correcta el legislador español, que en el artículo 29 de la LSP, *habla con claridad únicamente de un deber de comunicar la operación de pago no autorizada (o ejecutada incorrectamente)* sin tardanza injustificada desde que tenga conocimiento o, en todo caso, en un plazo máximo de trece meses desde el adeudo. Sin que sea necesario aludir a ningún tipo de reclamación posterior, porque ésta ya va implícita en la comunicación o notificación exigida. Otra cosa es que una vez cumplido con el trámite mencionado, sean de aplicación los plazos de prescripción de los diferentes Derechos nacionales para la formulación de las oportunas acciones judiciales o extrajudiciales.¹⁹⁹ Y a esto último se refiere concretamente el Considerando treinta y uno de la DSP.²⁰⁰

En realidad, lo que sucede es que la DSP en su artículo 58 habla de notificación y de reclamación en un mismo sentido, si bien la exigencia de notificación está referida a las operaciones no autorizadas y la necesidad de la reclamación a las operaciones de pago ejecutadas incorrectamente. De este modo, como se ha anticipado, respecto a las operaciones no autorizadas, la sola notificación es suficiente porque lleva implícita la reclamación; mientras que por lo que se refiere a las operaciones ejecutadas incorrectamente la DSP habla de reclamación, probablemente porque en estos casos de lo que se trata no es de poner sobre aviso al proveedor para que tome las medidas adecuadas de bloqueo del instrumento de pago, sino más sencillamente de corregir el error producido.

v) Posibles supuestos con necesidad de una doble notificación por el usuario: la notificación del extravío, robo o sustracción y la notificación de la operación de pago no autorizada

Ahora bien, lo anterior no impide marcar las diferencias con aquellos otros supuestos de simple extravío, robo o sustracción, a los que se refiere el artículo 56.1.b) DSP (27 LSP), y no el 58 DSP (29 LSP), en los que la notificación no conlleva ningún tipo de reclamación de devolución alguna, porque no se está o se desconoce que se está ante un pago no autorizado. De ahí que es en estos casos donde se podría pensar que el usuario, si llegase posteriormente a su conocimiento que se ha realizado una operación de pago no autorizada, tiene el deber de una segunda notificación-reclamación. En realidad parece que ambas notificaciones ya vienen impuestas por el artículo 56.1.b), pero aún así la segunda se reitera en el art. 58 con la finalidad específica de anular la rectificación del proveedor de servicios de pago (y la consiguiente devolución del art. 60 DSP -art. 31 LSP-) a que dicha notificación se realice, como se deduce

¹⁹⁹ Sobre las nuevas tendencias legislativas y de política jurídica en materia de prescripción extintiva, especialmente en Europa, nos remitimos a Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 147; y García Pérez, Rosa M., “La prescripción en el Derecho europeo”, en AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional (Editor S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, p. 821-826.

²⁰⁰ “Si el usuario del servicio de pago respeta el plazo de la notificación, debe tener la posibilidad de presentar esa reclamación respetando los plazos de prescripción aplicables con arreglo al Derecho nacional.”

claramente de lo terminante de la expresión: “..únicamente si notifica..”.²⁰¹ Y esto, como se ha dicho, tanto sin perjuicio de la responsabilidad del ordenante (usuario) en el caso de operaciones de pago no autorizadas establecida por el art. 61 de la DSP (art. 32 LSP), porque como veremos más adelante este precepto le impone la asunción de un cierto riesgo (hasta un máximo de 150 €), que se agrava de manera importante cuando los comportamientos son dolosos o con culpa grave.²⁰² Como también, según el mismo precepto anterior, sin perjuicio de la exoneración de responsabilidad del ordenante respecto a las operaciones no autorizadas postnotificación.

No obstante, si nos paramos a pensar en una situación real, no será muy probable que nos encontremos ante un caso de este tipo, porque por lo general, producida la primera notificación a consecuencia del extravío, robo o sustracción, el proveedor de los servicios de pago, como es su obligación [art. 57.1.d) DSP y art. 28.d) LSP], procederá a bloquear el instrumento de pago con lo cual la posibilidad de una utilización no autorizada no parece en principio probable. Con todo siempre cabe la posibilidad de que o bien la operación no autorizada sea anterior a esta primera notificación, pero puesta en conocimiento del usuario posteriormente, en cuyo caso la notificación-reclamación del usuario podría pensarse que es necesaria. O bien, aunque es poco probable, si se tratase de operaciones de pago no autorizadas posteriores a la primera notificación; pero en estos casos, a pesar del tenor literal de la norma que impone la notificación, hay que valorar, como se acaba de decir, que según el artículo 61.4 DSP (art. 32.3 LSP) el usuario/ordenante no soportará consecuencia económica alguna, salvo actuación fraudulenta. Lo que se corrobora en el siguiente apartado quinto de este mismo precepto, donde habla de la no responsabilidad del ordenante por la falta de medios adecuados de notificación.

vi) Sobre el momento de la notificación: el plazo, el *dies a quo* y la carga de la prueba

’) Como hemos visto, el art. 58 de la DSP (art. 29 LSP) establece para la obligación de notificación-reclamación del usuario por las operaciones no autorizadas un doble y sucesivo criterio temporal. Primero un criterio subjetivo y temporalmente indeterminado: que se haga *sin tardanza injustificada* desde que *ha llegado a su conocimiento*. No es otra cosa que una reiteración de la regla general del art. 56.1.b (art. 27 LSP): *sin demoras indebidas en cuanto tenga conocimiento*, en este caso tanto de la pérdida de la posesión del instrumento de pago por la causa que sea, como de la utilización no autorizada. Lo que significa en ambos casos que la notificación se debe realizar cuanto antes, como hemos dicho, casi de manera inmediata,²⁰³ desde el momento que el usuario de los servicios de pago tenga conocimiento de la operación no autorizada.

²⁰¹ En parecidos términos, pero no con la misma contundencia, en la LSP, donde el art. 29.1 *in fine*, habla de que “..[el usuario] deberá comunicar....a fin de poder obtener rectificación [del proveedor de servicios de pago]” (en relación con los arts. 27 y 31).

²⁰² Vid. *infra* epígrafe 10 a) y b).

²⁰³ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 98.

En este sentido claramente el derecho alemán, donde los párrafos 675I y 676B del BGB, que se corresponden, respectivamente, con los artículos 56 y 58 de la DSP, hablan, el primero de: <inmediatamente después de haber sido informado> y el segundo de <inmediatamente después del descubrimiento>. Estos preceptos alemanes están redactados en consonancia con lo establecido en el párrafo 121 del mismo BGB, referido a la impugnación por error del negocio jurídico, que habla de <sin tardanza culpable o sin demora>,²⁰⁴ esto es, inmediatamente, desde que se haya tenido conocimiento del motivo de la impugnación. *Pero téngase en cuenta que esto no significa acto seguido, sino tan pronto como sea posible y exigible según las circunstancias.* Y también apunta en el mismo sentido la transposición realizada por el legislador español del art. 11.1º de la DCE, que habla del envío del acuse de recibo del pedido <sin demoras indebidas> desde que tiene acceso al mismo, lo que se ha traducido en la transposición española en la fijación de un plazo de las 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación [art. 28.1.a) de la LSSICE].

Las dudas a este respecto, entre nosotros, pueden venir hoy a la vista de la sentencia de la sala primera del TS de 16 de diciembre de 2009. Esta importante sentencia realiza una aproximación interpretativa a la norma europea que parece contradecir lo que aquí se sostiene,²⁰⁵ si bien a nuestro juicio puede y debe ser entendida en un sentido coincidente con lo que decimos. La cuestión enjuiciada es la validez de las cláusulas que establecen el plazo para la comunicación del extravío o sustracción de la tarjeta. De modo que las cláusulas que lo determinan “de forma inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, “a la mayor brevedad”, las considera imprecisas, inciertas y abusivas. Y aboga en su lugar por una fórmula similar a la contenida en la DSP (y en la LSP): <sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello>, que entiende adecuada al equilibrio contractual. A lo que añade que la fórmula de los contratos tipo de una de las entidades demandadas, Caja Madrid, que lo establece con la expresión “antes de transcurridas veinticuatro horas”, la considera también abusiva, pero no tanto por la expresión misma, sino porque añade “de su acaecimiento”, lo que puede impedir en muchos casos el conocimiento de la pérdida o el extravío sin que exista mala fe o falta de diligencia (fundamento jurídico noveno).²⁰⁶ Pues bien, a nuestro juicio, lo relevante en este punto de la sentencia no es tanto el plazo en sí mismo, como lo relativo a la fijación del *dies a quo*, que ni puede ser dejado en blanco ni tampoco se puede fijar de manera que impida la posibilidad del conocimiento de los hechos. Porque como bien se dice por el juzgador tan abusivo puede ser lo uno como lo otro. De ahí que por nuestra parte podamos sostener que la sentencia comentada no obsta a un entendimiento de la norma como decimos,

²⁰⁴ Cfr. Flume, W., *El negocio jurídico*, tr. esp., Madrid, 1998, p. 501.

²⁰⁵ Cfr. Rojo Álvarez-Manzaneda, R., *La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago*, cit., p. 99.

²⁰⁶ En este mismo sentido vemos con anterioridad sentencias de algunas AAPP (Asturias, sec. 5ª, de 4 de julio de 2002; Madrid, sec. 8º, de 28 de noviembre de 2003; Madrid, sec. 12ª, de 18 de julio de 2007). No obstante, en sentido distinto, y en relación con el deber de custodia del titular, la sentencia de la AP de Madrid, sec. 13ª, de 11 de mayo de 2005, que es precisamente la resolución casada por el TS en la sentencia mencionada en el texto. De igual modo la sentencia también de la AP de Madrid, sec. 11ª, de 22 de mayo de 2008. De manera más matizada, se da validez a la cláusula pero se reconoce la necesidad del conocimiento, sentencia de la AP de Barcelona, sec. 17ª, de 27 de febrero de 2004; y de Madrid, sec. 11ª, de 3 de octubre de 2006.

esto es, que <sin demora indebida> o <sin tardanza injustificada> significa cuanto antes, de manera urgente, a la mayor brevedad, de manera inmediata, y otras expresiones semejantes, pero siempre partiendo del conocimiento de los hechos por el usuario y tomando en consideración las circunstancias del caso. Los riesgos que están en juego para ambas partes, e incluso para terceros, justifican sobradamente la premura de la notificación.

Un plazo por debajo de veinticuatro horas desde el conocimiento debería ser considerado como un plazo abusivo por su excesiva brevedad. En cuanto a las notificaciones realizadas pasados sólo unos días desde el conocimiento, hay que valorar que al usuario/ordenante sólo se le podrán imputar todas las pérdidas por las operaciones de pago no autorizadas en los casos de negligencia grave. La cuestión es enormemente casuística y habrá que valorar si estamos ante comportamientos de negligencia leve o grave en atención a las circunstancias del caso. Y hay que dejar constancia de que por lo general los tribunales de justicia se decantan por la inmediatez en la notificación. En este sentido se suele responsabilizar al titular por conducta negligente por no notificar de manera inmediata, el extravío o la sustracción, una vez tenido conocimiento del hecho, incluso cuando sólo ha transcurrido uno, cuatro o cinco días.²⁰⁷ Con todo hay que decir que la carga de la prueba de que se está ante un comportamiento de mala fe o con culpa grave corresponde a la parte que lo alega, esto es, al proveedor de los servicios de pago.²⁰⁸ Volveremos enseguida sobre esta cuestión.

“) Como estamos viendo el aspecto central del momento de la notificación lo constituye la fijación del *dies a quo*. Este comienzo del cómputo del plazo es fijado de manera muy parecida pero no idéntica por cada uno de los preceptos que se refieren a los deberes de notificación. El artículo 58 DSP habla de <llegar a su conocimiento> y el 56 DSP de <tener conocimiento>, lo que nos podría hacer pensar en la *teoría de la recepción* frente a la *teoría del conocimiento*, respectivamente, en proximidad con la materia sobre la conclusión del contrato.²⁰⁹ Aquí la cuestión estriba, en primer lugar, en resolver si estamos ante la exigencia de un conocimiento real o meramente posible, estos es, si existe el deber de notificar sólo lo conocido o también lo debido conocer aunque realmente se desconozca. Y en segundo lugar, o simultáneamente a lo anterior, si el criterio que se adopte debe ser el mismo en ambos casos o debe ser distinto. Veamos como se ha llevado esta cuestión a nuestro derecho, y a algunos otros derechos nacionales próximos, y a partir de ahí intentaremos dar una respuesta a estas cuestiones.

²⁰⁷ Vid. SSAAPP, Madrid, sec. 11^a, de 31 de julio de 2000, por haber dejado pasar cuatro días; Huesca, sec. 1^a, de 31 de octubre de 2003; Madrid, sec. 12^a, de 6 de octubre de 2004; Lugo, sec. 2^a, de 6 de octubre de 2004; Madrid, sec. 14^a, de 6 de febrero de 2008, transcurso de cinco días; Pontevedra, sec. 1^a, de 24 de septiembre de 2009, al día siguiente de tener conocimiento del hecho.

²⁰⁸ En este sentido claramente las sentencias de la AAPP, entre otras, Toledo, de 1 de julio, de 1999; Madrid, de 6 de octubre de 2004; Madrid, sec. 11^a, de 3 de octubre de 2006; y Soria, sec. 1^a, de 11 de marzo de 2011. Análogamente puede ser traído aquí el art. 10 de la LCS (Cfr. Sánchez Calero, F., en Ley de contrato de Seguro, dir. F. Sánchez Calero, cit., p. 249).

²⁰⁹ Cfr. Perales Viscasillas, P., La formación del contrato en la compraventa internacional de mercancías, Valencia, 1996, p. 184 ss. Una visión actualizada en este ámbito puede verse en Lara Aguado, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, en AAVV, Derecho contractual comparado, editor S. Sánchez Lorenzo, 2^a ed., Cizur Menor, 2013, p. 313 ss., esp. 319 ss.

No parece en principio que existan muchas dudas en la Ley española de transposición porque en ambos preceptos [artículos 27.b) y 29.1 LSP] se habla de la misma forma: “..tenga conocimiento..”. Nos confirma el acierto de la transposición española en este punto lo establecido en los preceptos equivalentes de la PDSP2 (arts. 61 y 63), donde se habla de igual modo en ambos casos de que se “..tenga conocimiento..”. Esto nos permite entender, por un lado, que el criterio es el mismo en ambos casos, y por otro, dado el tenor literal, que estamos ante el criterio subjetivo del conocimiento real o efectivo. Y de manera más o menos similar lo podemos ver en algunos de los derechos nacionales más próximos al nuestro que pasamos a ver.

Así en el Derecho italiano, cuya transposición se ha realizado con el Decreto Legislativo nº 11, de 27 de enero de 2010, en su artículo 7 relativo a las obligaciones del usuario de los servicios de pago, que se corresponde con el 56 de la DSP, se habla de que la notificación se realice *<senza indugio....appena ne viene a conoscenza>*. Y en el art. 9, correspondiente al 58 de la DSP, se dice que la notificación se hará *<venuto a conoscenza....senza indugio>*,*in ogni caso entro 13 mesi dalla data di addebito>*. A lo que se añade que este plazo no opera si se ha omitido facilitar o poner a disposición la información exigida. La coincidencia con la transposición española parece bastante evidente.

En Francia la regulación correspondiente la tenemos en el Code monétaire et financier.²¹⁰ Concretamente en su artículo 133-17 (art. 56 DSP) establece que *<Lorsqu'il a connaissance de la perte,....., l'utilisateur de services de paiement en informe sans tarder, aux fins de blocage...>*. Y en el 133-24²¹¹ (art. 58 DSP) que el usuario señalará o informará al proveedor de los servicios de pago *<sans tarder....et au plus tard dans les treize mois suivant la date du debit sous peine de forclusion..>*, salvo que el proveedor de servicios de pago no facilite o ponga a disposición la información exigida. Por su parte el legislador francés parece que parte del criterio del conocimiento real en la primera norma, mientras que no se deduce con facilidad el *dies a quo* en la segunda, si bien podría entenderse que este momento se corresponde, de acuerdo con la norma comunitaria, con la llegada a conocimiento del usuario. En este sentido el derecho francés se nos presenta de manera idéntica al derecho europeo, lo que no nos aclara mucho las cosas.

Finalmente en Alemania, con bastante rigor y acierto desde el punto de vista de técnica legislativa, han considerado los aspectos que tratamos de la DSP como una regulación de Derecho civil y la han integrado en el año 2009 en el BGB. Así en el parágrafo 675I (art. 56 DSP) se habla del *<deber del ordenante de notificar la pérdida, robo o apropiación indebida o uso no autorizado....inmediatamente después de estar informado>*, en el sentido de tener conocimiento. Y en el 676B (art. 58 DSP) se establece, en primer lugar, que *se deberá notificar inmediatamente (sin demora) después del descubrimiento de cualquier operación de pago no autorizada o defectuosa*. Y a continuación, en segundo lugar, que *se excluyen las reclamaciones de los*

²¹⁰ La transposición se llevó a efecto por la Ordennance nº 2009-866 de 15 de julio de 2009, disposición desarrollada a su vez por el Décret nº 2009-934 de 29 de julio de 2009 y la Arrête de la misma fecha.

²¹¹ Modificado a su vez por el art. 38 de LOI nº 2010-737 de 1 de julio de 2010.

usuarios de los servicios de pago si la notificación es posterior a los trece meses del adeudo de la operación no autorizada o ejecutada incorrectamente. A lo que se añade, con buen criterio, que este plazo sólo comenzará a correr cuando el proveedor de servicios de pago haya facilitado la información que le corresponde, de lo contrario el inicio del cómputo se pospone al momento de la notificación.

De estas disposiciones comparadas se pueden destacar algunos aspectos. En principio, su proximidad, lo cual no resulta extraño dado que estamos ante la transposición de una directiva de armonización plena, con muy pequeño margen al particularismo jurídico nacional, en particular, respecto a los preceptos a los que ahora hacemos referencia no existe ninguno.²¹² No obstante, alguna particularidad podemos ver en la regulación alemana, donde parece que se establecen dos criterios diferentes. Como se acaba de ver, en el primero de los preceptos alemanes citado se habla de <inmediatamente después de haber sido informado>, lo que permite entender como *dies a quo* el momento de la recepción por el ordenante de la información remitida por el proveedor de servicios de pago. A diferencia de lo que parece que se deduce de los otros Derechos nacionales vistos y de la propia DSP. Sin embargo, en el párrafo 676B (art. 58 DSP), referido exclusivamente al deber de notificación del ordenante de las operaciones no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente), el punto de partida del primer plazo (inmediatamente) para la notificación al proveedor se fija en el momento del descubrimiento por el ordenante de la operación no autorizada. Y de este modo, a nuestro juicio, la norma establece el criterio subjetivo del conocimiento efectivo, en este caso en coincidencia con los otros Derechos nacionales y con la DSP.

No obstante en principio no creemos que deban ser interpretados de manera diferente, porque se trata de normas que en cierto sentido se solapan y no sería lógico desde un punto de vista sistemático adoptar criterios interpretativos diferentes. De modo que en ambos casos parece que deberá entenderse que se trata de un conocimiento real y no de la mera disponibilidad o accesibilidad de la información. Y ello tanto por las expresiones que se utilizan, como porque así se puede deducir *a sensu contrario* del inciso último del artículo 58 DSP (art. 29.2 LSP), que refiere la disponibilidad o accesibilidad de la información sobre las operaciones de pago al plazo de trece meses, que caso de no ser facilitada por el proveedor de servicios de pago suspende o interrumpe el plazo de prescripción o de caducidad de la obligación de devolución de dicho proveedor. Téngase en cuenta que con esto último, a nuestro juicio, el legislador nos está diciendo que la disponibilidad o accesibilidad de la información a la que se refiere el Título III (art. 47.2 y 3 DSP),²¹³ ni es el punto de partida para el cómputo del plazo breve (sin demoras o sin tardanza injustificada), ni tampoco lo es como regla para el plazo más largo de trece meses, que tiene fijado expresamente ese momento en la fecha del adeudo (o del abono), sino que cumple una función de garantía mínima informativa respecto a este segundo plazo.²¹⁴ Y en este sentido, sí que se podría

²¹² Vid. art. 86.1 DSP.

²¹³ Sobre esto nos remitimos a lo que se dirá más adelante [vid. *infra* epígrafe 8.c)].

²¹⁴ Como se ha dicho respecto a otro ámbito normativo (deber de informar sobre el derecho de desistimiento), pero con cierto paralelismo con el nuestro, el incumplimiento de los deberes de información sobre los derechos disponibles para la otra parte, justifican compensar

decir que en ciertos casos puede ser entendido como el *dies a quo* para el cómputo del plazo de los trece meses. Más concretamente, estamos pensando en aquellos supuestos en los que la información se haya proporcionado o hecho accesible en un momento posterior al establecido, esto es, con posterioridad a la fecha del adeudo.²¹⁵

Un argumento analógico que nos confirma lo que decimos sobre la fijación del *dies a quo* nos viene dado desde el tratamiento jurídico del deber de informar la falta de conformidad en la venta de bienes de consumo. Como hemos anticipado el artículo 123.5 del TRLCU impone al comprador el deber de denunciar la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella.²¹⁶ Esta norma guarda un gran paralelismo con nuestro objeto de estudio y especialmente por lo que se refiere al inicio del cómputo, que viene siendo entendido como el momento del descubrimiento o la regla del conocimiento efectivo.²¹⁷ De ahí que no sea suficiente con que el defecto sea objetivamente susceptible de ser descubierto mediante el empleo de una diligencia ordinaria, sino que se establece un criterio subjetivo, es necesario que el comprador, de hecho, lo haya descubierto, se haya percatado de la falta de conformidad.

Otra analogía la vemos en el art. 16 de la LCS. La norma se refiere al deber de comunicación del siniestro al asegurador, ya sea por el tomador, asegurado o beneficiario del seguro, que deberá tener lugar en el plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. Como es natural ponemos nuestra atención en el *dies a quo* de ese plazo de siete días que se establece en el momento del conocimiento del siniestro. Por tanto también en este caso se establece, al igual que en otros derechos nacionales, un criterio subjetivo de conocimiento²¹⁸ que puede retrasar notablemente la declaración de siniestro o incluso vaciar de contenido este deber, pero que debe ser entendido de este modo por la claridad de la norma, que habla de que se <ha

la desventaja para la otra parte derivada de la infracción por medio de la extensión de los plazos establecidos para ejercer esos derechos o por medio de la aligeración de la carga de la prueba. Esa extensión es una reacción adecuada a la infracción de un deber diseñado para permitir a los consumidores ejercer sus derechos a tiempo (Vid. Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, “Hacia una revisión del *acquis de consumo*”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 157-158).

²¹⁵ En este sentido el Derecho alemán (parágrafo 676B.2 del BGB), como hemos visto. En el Derecho norteamericano, sección 4A-505 del UCC, no se alude al momento del adeudo, sino directamente al momento en el que la notificación fuera recibida por el cliente.

²¹⁶ La Directiva correspondiente (1999/44/CE), es incluso más clara, porque habla del momento en el que se percató de la falta de conformidad (art. 5.2). Y del mismo modo en los Derechos nacionales armonizados que han dado traslado de la norma europea, así en el Derecho italiano que se refiere al momento del descubrimiento por el consumidor de la falta de conformidad (art. 1519-sexies.II del Codice Civile).

²¹⁷ Vid. Vid. Marín López. M.J., La garantía en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea, cit., p. 198, donde nos dice que si el texto final de la Directiva toma como fecha de inicio el momento en el que <el consumidor se percató de la falta de conformidad>, lo hace para apartarse tanto de la propuesta inicial de la misma, como de la Convención de Viena que aludían al momento en el que debiera haberla descubierto. También Torrelles Torrea, E., “Comentario artículo 123 TR-LGDCU”, en AAVV, Comentario a las normas de protección a los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 1120-1121.

²¹⁸ Vid. Sánchez Calero, F., “Comentario al artículo 16”, en AAVV, Ley de contrato de seguro, dir. F. Sánchez Calero, 3ªed., Cizur Menor, 2005, p. 320.

conocido> y no de que <se debía haber conocido>, de donde se deduce que los sujetos no está obligados a adoptar una postura activa para procurarse ese conocimiento, sino que sólo existe el deber de declarar el siniestro si pasivamente se tiene conocimiento del mismo.²¹⁹

”) Por lo que se refiere a la carga de la prueba del momento de la presentación de la denuncia, dado que no se establece nada de manera expresa, en principio podría entenderse que la doctrina del *onus probandi* (art. 217.2 y 3 LEC) impone dicha carga en el usuario/titular del instrumento de pago, dado que por lo general ocupa la posición actora en la correspondiente demanda de reclamación de las cantidades indebidamente dispuestas. No obstante, sobre estos aspectos probatorios hay que valorar también la mayor disponibilidad y facilidad para la prueba por parte del proveedor de los servicios de pago, de acuerdo con lo que se establece en el apartado séptimo de la misma disposición antes citada, lo que permite desplazar la carga probatoria sobre este sujeto.²²⁰ Téngase en cuenta, además, que estos criterios de disponibilidad y facilidad no constituyen una excepción a los criterios generales, sino más bien un complemento de los mismos.²²¹ A este respecto, juega a favor del usuario la obligación que pesa sobre el proveedor de poner a disposición de aquél los medios adecuados y gratuitos que le permitan efectuar ciertas comunicaciones [arts. 57.1.c) DSP; 28.c) LSP y 12.4 y 5 OEHA/1608/2010]. Medios tales que le deberán permitir al usuario demostrar que ha efectuado dicha comunicación durante los 18 meses siguientes a la misma.²²² La norma hace referencia a dos tipos de comunicaciones concretas, la de los artículos 56.1.b DSP (art. 27.b LSP) y del 55.4 DSP (art. 26.4 LSP), pero no parece que exista inconveniente en realizar una interpretación extensiva respecto al deber de notificación del artículo 58 DSP (art. 29 LSP), porque pensar de otro modo resultaría un tanto contradictorio. Si el proveedor de los servicios de pago ha cumplido con esta obligación de facilitar los medios de comunicación al usuario, cosa que deberá probar antes que nada, y dado que dichos medios están bajo su control, será el mismo proveedor quien deberá aportar la prueba correspondiente, ya sea en sentido positivo o negativo. Si por el contrario incumplió este deber, no podrá alegar ni la falta de notificación del usuario, ni la extemporaneidad de la denuncia,²²³ de acuerdo con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios; ni tampoco exigir las posibles responsabilidades derivadas del extravío, robo o sustracción del instrumento de pago, salvo actuación fraudulenta, conforme a lo dispuesto en el art. 61.5 DSP (art. 32.4 LSP).²²⁴

²¹⁹ Vid. Gómez Segade JA, “La declaración de siniestro y la información complementaria”, en AAVV, (dir. Verdura), Comentarios a la ley de contrato de seguro, Madrid, 1982, p. 419 ss.; Olavarría Iglesias, J., “Comentario al artículo 16”, en AAVV, Comentarios a la ley de contrato de seguro, dir. Boquera/Bataller/Olavarría, Valencia, 2002, p. 233.

²²⁰ En este sentido Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 77, con referencia a la SAP de Córdoba, sec. 1ª, de 24 de julio de 2006.

²²¹ Vid. Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, cit., p. 97.

²²² Sobre esto nos remitimos a lo que se verá más adelante al analizar las obligaciones del proveedor de los servicios de pago en relación con el usuario de los instrumentos de pago, *infra* epígrafe 8.c).

²²³ A este respecto, puede verse la SAP de Murcia, sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2004. Y en materia de denuncia de la falta de conformidad, puede verse la SAP Castellón de 26 de febrero de 2008.

²²⁴ Vid. Rojo Álvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 74-75 y 104.

Por otro lado, dado que el *dies a quo* de la denuncia se determina normalmente con la regla del conocimiento efectivo, esto es, desde el momento del descubrimiento por el usuario/ordenante del hecho objeto de denuncia, que en la práctica deja en manos de este sujeto la fijación de ese momento, de ahí se puede deducir la existencia de una *cuasi* presunción de hecho a su favor que igualmente desplaza la carga probatoria sobre el proveedor de los servicios de pago.

En cuanto al segundo criterio temporal, como estamos viendo, constituye un complemento de la regla general incorporado por razones de seguridad del tráfico.²²⁵ Se fija un *plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo*, pero ya sin necesidad del conocimiento real, aunque sí con la posibilidad de dicho conocimiento, porque si dicha información no ha sido facilitada o hecho accesible por el proveedor de servicios de pago la caducidad o prescripción de la reclamación queda en suspenso. Además, como también se ha anticipado, en este caso el *dies a quo* está claramente fijado en la fecha del adeudo, salvo que no se facilite la información o se facilite con retraso, en cuyo caso como decimos, el plazo no comienza a correr o bien lo hace desde el momento de la disponibilidad o accesibilidad de la información. Veamos con más detenimiento lo relativo a este segundo plazo en el apartado siguiente.

vii) El plazo de trece meses desde la fecha del adeudo (o desde la notificación): ¿un plazo de prescripción o de caducidad?

El plazo máximo de trece meses tiene pleno sentido si se piensa que, a pesar de las notificaciones periódicas de los proveedores de los servicios de pago, al menos una vez al mes,²²⁶ lo que en principio permite presumir que la operación no autorizada (o ejecutada incorrectamente) ha llegado a conocimiento del usuario, lo cierto es que no se garantiza que dicho conocimiento se produzca ni que se alcance de manera inmediata o en un plazo breve de tiempo; es más, muy probablemente, en muchos de estos supuestos, dichos cargos <indebidos> pueden pasar inadvertidos para los titulares de los instrumentos de pago, hasta el punto de que los acabarán soportando en un buen número de casos.²²⁷ De ahí que el legislador opte por una solución intermedia, equilibrada, como es establecer un plazo que se puede considerar largo, concretamente trece meses, que si bien no garantiza tampoco que se produzca el conocimiento real si que lo favorece, y que una vez transcurrido debe cerrar un período de incertidumbre y aportar seguridad jurídica al tráfico. La norma europea probablemente tiene cierta inspiración estadounidense,

²²⁵ Vid. *supra* epígrafe 5.

²²⁶ Así en los arts. 47.2 y 3 DSP, 15.2 OEHA/1608/2010 y Norma undécima. 3 de la Circular 5/2012 del Banco de España. Sobre estas disposiciones vid. *infra* 8.c).

²²⁷ No obstante, hay quien considera que el hecho de que se tenga que hacer la comunicación <sin tardanza injustificada> contrasta claramente con que se reconozca a reglón seguido un <plazo máximo de trece meses>, aunque se añade que, en todo caso, queda claro que si se notifica dentro del plazo de trece meses se podrá reclamar al proveedor del servicio de pago, pero no en caso contrario porque las operaciones se presumirán autorizadas por el titular de la tarjeta (Vid. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de la tarjetas de pago, cit., p. 48).

concretamente de la sección 4A-505 (imposibilidad de objetar un cargo en la cuenta de un cliente) del UCC, donde se establece que el cliente dispone de un año desde la recepción de la notificación del banco para comunicarle sus posibles objeciones. En caso contrario el cliente perderá la posibilidad de reclamar.²²⁸

Llegados a este punto la cuestión es como se haya de calificar a este plazo de trece meses, si como un plazo de prescripción o, como parece más correcto, como un plazo de caducidad.²²⁹ Hay que partir tanto del aspecto teleológico del señalamiento del plazo, como de la naturaleza jurídica del deber de notificación del usuario de los servicios de pago. A ambos aspectos nos hemos referido con anterioridad. En cuanto a lo primero, la finalidad del plazo es aportar seguridad jurídica a los tráficos en el sector de los servicios de pago, de lo contrario la cuestión podría entenderse remitida a los plazos prescriptivos generales, en nuestro caso parece que tendríamos que acudir al plazo general de quince años del art. 1964 CC, con lo que se estaría presionando a las entidades financieras a la conservación de la documentación durante un período de tiempo excesivo, más allá de los seis años, con los consiguientes problemas probatorios²³⁰ y de incremento del coste en la prestación de los servicios de pago. Pues bien a estos efectos, de creación de una norma de cierre del sistema, parece que es mucho más efectiva la caducidad que la prescripción, porque como es sabido la primera es aplicable de oficio mientras que la segunda no produce la pérdida del derecho sino sólo la posibilidad de su alegación por vía de excepción (SSTS, 12.2.1996, 12.6.1997 y 25.9.2007). No obsta a esto que la norma tenga carácter dispositivo en las relaciones con los no consumidores, que como resulta obvio lo que se persigue es permitir su acortamiento en estos casos. Es propio de la caducidad su fundamento en razones de estricta seguridad jurídica, más allá de la prescripción, de ahí que se configure como un límite temporal irrenunciable de un derecho desde su nacimiento.²³¹ Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del deber de notificación dentro de un plazo determinado, hemos visto que estamos ante un deber o carga informativa del usuario de los servicios de pago, que o bien constituyen plazos de caducidad o bien en la práctica funcionan como tales.

²²⁸ Cfr. Pironti, A., “La nuova disciplina degli ordini di pagamento non autorizzati (credit transfers) tra direttiva 2007/64/CE e regolamentazione sepa”, en AAVV, Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE, Milano, 2009, p. 399-400. No obstante, como nos apunta este mismo autor, en la práctica norteamericana no se reconoce ninguna obligación al cliente de examinar el denominado *periodic bank statements* a fin de detectar posibles pagos no autorizados [Leading case: Tai Hing Cotton Mill v. Liu Chong Hing Bank, (1985) 3 W.L.R. 317, sobre *forged cheque*, pero aplicable igualmente a las transferencias electrónicas de fondos (Vid. Geva, B., Bank collections and payment transactions, Oxford, 2001, p. 401)].

²²⁹ No entramos en mayores profundidades, pero hay que dejar constancia de las nuevas orientaciones y opciones de política legislativa que están apareciendo en el ámbito de la prescripción, que en algunos aspectos la aproximan a la caducidad (Cfr. Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 139 ss., esp. 147; García Pérez, Rosa M., “La prescripción en el Derecho europeo”, en S. Sánchez Lorenzo, editor, Derecho contractual comparado, 2ª ed., cit., p. 1727 ss., esp. 1730-1733).

²³⁰ Cfr. Marina García-Tuñón, A., La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, cit., p. 130, n. 363.

²³¹ Cfr. Zamorra Alvarez, C.M., voz “Caducidad (Derecho Civil)”, en Enciclopedia jurídica La Ley, v. 3, Barcelona, 2008, p. 1675 ss.

No obstante lo que se acaba de decir, apunta en la idea de que estamos ante un plazo de prescripción introducido por razones de seguridad jurídica la nueva regulación comunitaria sobre el derecho de desistimiento en la contratación a distancia y los contratos fuera del establecimiento (Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores).²³² En su artículo 10.1 se establece, respecto a los casos de omisión de información sobre el derecho de desistimiento, un plazo máximo de 12 meses para el ejercicio de dicho derecho desde la fecha de finalización del período de desistimiento inicial, que es de 14 días según lo establecido en el artículo 9.2 de la misma Directiva.²³³ Pues bien, la propia DDC califica este plazo de doce meses como un plazo de prescripción en su Considerando cuarenta y tres, donde se nos dice que si el comerciante no ha informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento, si bien para garantizar la seguridad jurídica²³⁴ en lo que respecta a la duración del período de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de doce meses. No obstante, a pesar de que se habla de prescripción en diversas versiones de la DDC (española, francesa y portuguesa), se sostiene con razón que no tiene sentido hablar de plazo de prescripción, porque se trata de un límite temporal al ejercicio de un derecho, que en su caso funcionaría como un plazo de caducidad. De manera que transcurrido el plazo, el derecho se extingue *ipso iure*, lo que sería apreciable de oficio.²³⁵ También ha dado lugar a algunas dudas interpretativas en la misma línea anterior el plazo de garantía de dos años en la venta de bienes de consumo,²³⁶ que como es sabido marcan el plazo para el ejercicio de las pretensiones por falta de conformidad.²³⁷ No obstante, entre nosotros, se viene a decir que no se trata ni de un plazo de prescripción ni de caducidad,²³⁸ porque no constituye un plazo de ejercicio de una acción, sino un plazo para detectar los defectos de conformidad, aunque resulta evidente que se trata de un plazo preclusivo, lo que significa que en la práctica funciona como un plazo de caducidad, que cierra el derecho del consumidor a reclamar por los defectos que surjan con posterioridad.

²³² Introducida en el Derecho español por la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU (BOE, 28 de marzo de 2014).

²³³ Se trata de una novedad importante del Derecho europeo de protección a consumidores, porque si bien, por un lado, amplía el plazo de 3 meses de la derogada Directiva 97/7, por otro, se aparta de la doctrina desarrollada por la sentencia Heininger (TJCE, 13.12.2001) que establecía un plazo ilimitado en caso de no información del consumidor (Cfr. Arroyo Amayuelas, E., “La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 266).

²³⁴ Cfr. Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 138-139.

²³⁵ Vid. Domínguez Luelmo, A., “Derecho de desistimiento”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 216-217.

²³⁶ Su regulación la tenemos en el art. 123 del TR-LGDCU y nos viene del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y garantía de bienes de consumo.

²³⁷ Cfr. Zimmermann, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 152-153.

²³⁸ Vid. Torrelles Torrea, E., “Comentario artículo 123 TR-LGDCU”, en AAVV, Comentarios a las normas de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 1113; Marín López, M.J., Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión europea, Madrid, 2004, p. 187.

Sobre esta cuestión, y otras próximas, conviene hacerse eco de las explicaciones del profesor Alessio Zaccarà,²³⁹ que nos llama la atención sobre un problema de fondo de carácter lingüístico. La confusión viene provocada fundamentalmente por la redacción originaria de los textos legislativos europeos en inglés y su posterior traducción a las demás lenguas de los Estados miembros. Esta forma de proceder, que califica de <<perversa>>, especialmente quizás por la traducción literal de ciertas expresiones inglesas, ha dado lugar a algunas alteraciones conceptuales que no casan con la tradición civilística romana-continental. Y esto es algo que se comprueba especialmente en el caso del tratamiento jurídico de la prescripción, porque si bien desde la óptica tradicional lo que puede prescribir es la obligación y no el derecho de obtener el cumplimiento, sin embargo nos encontramos que en las más relevantes y recientes disposiciones europeas hablan de lo segundo y no de lo primero. Así lo podemos ver tanto en el MCR (art. III.7:501) como de manera muy similar en el artículo 178 de la Propuesta de Reglamento de normativa común sobre la compraventa europea de 2011 (CESL/PRCE). Este último precepto que preside el tratamiento normativo de la prescripción, y está intitulado <Derechos susceptibles de prescripción>, establece lo siguiente: “El derecho a reclamar el cumplimiento de una obligación, y cualquier otro derecho accesorio del mismo, estará sujeto a prescripción por vencimiento de un plazo de acuerdo con el presente capítulo”.²⁴⁰ De este modo se puede entender que se hable de prescripción no sólo de las obligaciones sino también de los derechos o de las pretensiones. De todas formas hay que decir que la tendencia dominante²⁴¹ es entender que la prescripción tiene por objeto no el derecho subjetivo, sino la pretensión, en el sentido de derecho a reclamar a alguien la satisfacción de un derecho subjetivo por medio de una conducta activa o pasiva, como ahora lo vemos en el párrafo 194.1 del BGB.²⁴² De manera que la prescripción no afecta tanto al derecho subjetivo como a las facultades de exigir, que son aquellas que permiten al titular dirigirse a otra persona y reclamarle una acción o una omisión. De ahí que el derecho pueda subsistir, pero no siempre, porque si estamos ante derechos de crédito, donde por lo general están integrados por una única pretensión, la prescripción sí que acabaría tanto con la pretensión como con el derecho.²⁴³

Quizá buena prueba de lo anterior lo constituye la solución legislativa comunitaria del art. 58 de la DSP (art. 29 LSP), que se nos presenta en la línea de las nuevas tendencias en materia de prescripción,²⁴⁴ donde se parte de un

²³⁹ Vid. Zaccarà, A., “Garantías comerciales: en particular, plazos y protección del consumidor”, en AAVV, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 535 ss., esp. 543-544 y 547.

²⁴⁰ <A right to enforce performance of and obligation, and any right ancillary to such a right, is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with this Chapter>.

²⁴¹ Cfr. García Pérez, Rosa M^a., “La prescripción en el Derecho europeo”, en AAVV, *Derecho contractual comparado*, editor S. Sánchez Lorenzo, 2^a ed., cit., p. 1733-1735, con otras referencias.

²⁴² Cfr. Zimmermann, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones*, cit., p. 146.

²⁴³ Vid. García Pérez, Rosa M^a., “La prescripción en el Derecho europeo”, en AAVV, *Derecho contractual comparado*, editor S. Sánchez Lorenzo, 2^a ed., cit., p. 1735.

²⁴⁴ Cfr. Fauverque-Cosson, B., “Hacia un Derecho común europeo de la compraventa”, en AAVV, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección a los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 52.

criterio subjetivo para determinar el *dies a quo*, como es el conocimiento real por el acreedor de los hechos que dan lugar a la pretensión, que se debe completar a su vez con otro criterio semiobjetivo de cierre referido al mero transcurso de un plazo máximo, en nuestro caso trece meses desde la fecha del adeudo, pero también supeditado en cierto modo al principio del conocimiento, pero en este caso a la cognoscibilidad, a sí razonablemente debiera haber conocido. Y esto último porque se establece la particularidad, justificada más en este caso dado que se trata de un plazo corto, de que dicho plazo queda en suspenso mientras tanto no se haya proporcionado por el proveedor de servicios de pago la información sobre la operación de pago, lo que en realidad constituye la aplicación de la máxima *contra non valentem agere no currit praescriptio*, porque en estos casos se parte de la presunción *iuris tantum* de desconocimiento del hecho generador de la pretensión. Se podría decir, a nuestro juicio, que el legislador comunitario ha positivizado en la Directiva sobre Servicios de Pago la norma contenida en el artículo 14:301 PDEC/PECL y en el art. III-7:301 MCR/DCFR, que establecen la suspensión del plazo de <prescripción> por ignorancia.²⁴⁵

Ahora bien, lo anterior, concretamente el hecho de que no se facilite la información oportuna al usuario no debe suponer que la reclamación acabe siendo imprescriptible, lo que sin duda atentaría contra las exigencias de la seguridad del tráfico, de ahí que llegados a este punto deben entrar en juego los plazos objetivos (con independencia del conocimiento del acreedor) de prescripción máximos (*long stop* o plazo de preclusión) de los Derechos nacionales, a lo que expresamente se refiere la DSP en su Considerando treinta y uno. Y es así como en definitiva se aplicaría la máxima *interest rei publicae ut sit finis litium*, también acogida por los PDEC/PECL (artículo 14:307) y por el MCR/DCFR (art. III-7:307), que marca la extensión máxima del plazo prescriptivo general de tres años (*ex art. 14:201 PDEC/PECL*), que puede ser suspendido (artículo 14:301 PDEC/PECL), pero que por mor de esa suspensión no puede superar los diez (daños patrimoniales) o los treinta años (daños personales).²⁴⁶ En cuanto al Derecho español parece aplicable el plazo general de quince años del art. 1964 CC, establecido para las acciones personales que no tengan señalado término especial.²⁴⁷

En conclusión, de este modo se resuelve el aparente conflicto entre la seguridad jurídica, que exigiría no permitir nunca operaciones que no cuentan con el consentimiento del ordenante o usuario de los instrumentos de pago, y la seguridad del tráfico, que aconseja eliminar, transcurrido un período de tiempo prudencial, la incertidumbre que pesa sobre la entidad de crédito respecto a la posible revocabilidad de las operaciones ejecutadas, porque de lo contrario en este tipo de operaciones dicha incertidumbre podría acabar perjudicando al propio titular del derecho subjetivo.

²⁴⁵ Cfr. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual europeo, edición española de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, Parte III, Madrid, 2007, p. 257 ss.; Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 147, y 158-161; García Pérez, Rosa M^a., “La prescripción en el Derecho europeo”, en AAVV, Derecho contractual comparado, editor S. Sánchez Lorenzo, 2^a ed., cit., p. 1737-1742.

²⁴⁶ Cfr. Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 147.

²⁴⁷ Cfr., en relación al cheque falso o falsificado, Marina García-Tuñón, A., La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, cit., p. 130.

c) Un posible supuesto de *fraus omni corrumpit* del deudor

Una última apreciación cabe hacer respecto a esta sistemática que parece haberse trasladado a la DSP (y a la LSP) que comentamos, y es que en última instancia, sobre la base del principio de buena fe, el acreedor podría alegar frente al mencionado plazo máximo de prescripción la conducta fraudulenta del deudor (*fraus omni corrumpit*). Se trata sin duda de una cuestión muy delicada y discutida porque está en juego la seguridad jurídica que la prescripción trata de salvar a toda costa, pero aún así se constata su admisibilidad expresa o implícitamente por buena parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.²⁴⁸

Así, entre otros ordenamientos jurídicos (Holanda, Inglaterra, Irlanda, Portugal), puede verse en el artículo 2941.8 del Código civil italiano, que establece la suspensión del plazo de prescripción en diferentes tipos de relaciones entre las partes, en particular cuando el deudor haya ocultado dolosamente la existencia de la deuda al acreedor. En todo caso se trata de un supuesto que puede quedar incluido en el más general de la fuerza mayor.²⁴⁹ En Alemania, si bien el BGB no contiene una norma en estos mismos términos, doctrina y jurisprudencia han venido aplicando el adagio *fraus omni corrumpit*.²⁵⁰ Hoy, tras la reforma de 2002 del BGB, dado que los plazos de diez y treinta años del parágrafo 199 están sometidos a las normas generales de suspensión, especialmente a la fuerza mayor (& 206), se nos dice que no puede hablarse en realidad de plazos <máximos>, como sucede en los PDEC/PECL, de modo que una pretensión no puede prescribir si el acreedor no puede ejercerla: *agere non valenti non currit praescriptio*.²⁵¹

En todo caso para que el fraude pueda descartar la aplicación del plazo máximo de prescripción se hace necesario que se constate claramente que el deudor disimula fraudulenta o deliberadamente la existencia del crédito.²⁵²

Pues bien si trasladamos estas consideraciones a nuestro objeto de estudio, la pregunta que procede es sí el incumplimiento del deber informativo del inciso final del artículo 58 de la Directiva (art. 29.2 LSP) constituye por sí mismo un posible supuesto de comportamiento fraudulento. En principio la respuesta parece que debe ser negativa, porque por lo general no es muy probable que el incumplimiento del proveedor de servicios de pago obedezca a una clara finalidad de ocultamiento del crédito, no obstante queda a cargo del usuario- acreedor la carga probatoria de lo contrario. Pero además, por otro lado, hay

²⁴⁸ Cfr. Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, ed. esp. de la ed. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte III, Madrid, 2007, art. 14:307, Notas 3, p. 291-292.

²⁴⁹ Cfr. García Pérez, Rosa M., cit., p. 841.

²⁵⁰ Cfr. Eiranova, E., Código Civil Alemán. Comentado. BGB, Madrid, 1998, p. 97 ss., esp. 100 y 102; Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 179, n. 208, que lo relaciona con la Ley de adaptación de la prescripción de 9 de diciembre de 2004.

²⁵¹ Cfr. Zimmerman, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones, cit., p. 159-160 y 166-167.

²⁵² Cfr. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte III, Madrid, 2007, art. 14:307, Comentarios C, p. 289-290.

que tener en cuenta que si se permite que el proveedor de servicios de pago incumplidor pueda oponer por vía de excepción la prescripción, se estará propiciando que este sujeto se beneficie de su propio incumplimiento, lo que atenta contra el principio de buena fe y en particular contra la doctrina de los propios actos (*venire contra factum proprium*). En estos casos se podría decir que es de aplicación la regla <tu quoque>, emparentada con el aforismo *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, que como nos dice el prof. Miquel González impide invocar las reglas jurídicas por el mismo que las desprecia, y no tanto porque exista contradicción en la conducta como en los criterios valorativos de la misma que utiliza el sujeto que actúa para juzgarse y juzgar a los demás.²⁵³

d) Carácter dispositivo del plazo en las relaciones con no consumidores

Como se ha dicho más arriba el referido plazo de 13 meses del art. 58 DSP tiene carácter dispositivo cuando el usuario no sea un consumidor: *las partes podrán convenir un plazo distinto*. Según se establece en el art. 51.1 *in fine* de la DSP. Por su parte la LSP, de manera no del todo coincidente, habla en art. 29.2 *in fine* de un posible plazo inferior. En estos casos, dado que por lo general estos usuarios están en mejores condiciones de cuidar y vigilar de sus propios intereses, piénsese sin más en el deber de diligencia propio de todo empresario que por sí mismo impone un deber de seguimiento del día a día de cargos y abonos en sus diferentes cuentas. En estos casos parece que no se justifique del todo mantener con carácter imperativo el plazo de trece meses, porque para los empresarios o profesionales, a diferencia de lo que sucede con los consumidores, constituye un deber de diligencia la verificación de las diferentes operaciones bancarias que realizan, en cuyo caso se puede decir que están en disposición de formular las reclamaciones oportunas frente al proveedor de servicios de pago en plazos más breves. De ahí, en definitiva, el carácter dispositivo de la norma que permite tanto la fijación de un plazo superior como inferior, si bien muy probablemente se traducirá en la práctica más en lo segundo, mediante la imposición por medio de condiciones generales de la contratación de plazos mucho más reducidos para la formalización de las posibles reclamaciones. Ahora bien, téngase en cuenta que en todo caso la cláusula o el posible pacto al respecto deberá ser respetuoso con dos premisas fundamentales, primero que la notificación o reclamación estará dentro de plazo si se hace sin demoras indebidas (sin tardanza injustificada), y segundo, que el proveedor de servicios de pago haya proporcionado o hecho accesible la información sobre la operación de pago según lo establecido en la norma.

²⁵³ Miquel González, J.M^a., “Artículo 7.1”, Comentario del Código Civil, I, dir. Paz-Ares *et al*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 55., donde añade que a la misma idea responde los artículos 798 II y 1119 del CC. Otras muestras de la aplicación de esta doctrina pueden verse en el Derecho cambiario [Cfr. Paz-Ares, C., “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en Menéndez, A. (dir.), Derecho cambiario, Madrid, 1986, p. 245; Hueck/Canaris, Derecho de los títulos-valor, tr. esp., Barcelona, 1988, p. 233; Eizaguirre, J.M^a., Derecho de los títulos valores, Madrid, 2003, p. 317-319; Zurimendi Isla, A., Los fundamentos civiles del derecho cambiario, Granada, 2004, p. 375] y en el Derecho de sociedades (Cfr. Pérdices Huetos, A.B., Cláusulas restrictivas en la transmisión de acciones y participaciones, Madrid, 1997, p. 127-131; Paz-Ares, C., en Uría-Menéndez, Curso de Derecho mercantil, I, 2^a ed., Madrid, 2006, p. 513-514).

En cuanto a la regulación española hay que decir que es más restrictiva que la comunitaria, porque no se refiere a la posibilidad de fijar un plazo distinto, sino sólo a la posibilidad de pactar un plazo inferior (art. 29.2., párrafo segundo, LSP). Se trata sin duda de un incumplimiento del Derecho comunitario porque estamos ante una materia sometida a armonización plena, que como vimos permite algunas excepciones, pero entre las cuales no está recogida la que mencionamos. No obstante, en la práctica no parece que la cuestión deba tener mayor trascendencia, porque como decimos por lo general los posibles pactos están dirigidos a reducir el periodo de incertidumbre y no a incrementarlo, que es además lo que en buena lógica interesa a las entidades de crédito.

e) El reparto de la responsabilidad: remisión

En el tráfico, y por lo que se refiere a la notificación diligente de la pérdida de la tarjeta de pago, constituye una cláusula habitual en los contratos con las entidades emisoras, que los tribunales de justicia suelen interpretar también según el criterio del buen padre de familia. Y de manera similar a lo que veíamos antes respecto al deber de custodia, también es frecuente que los conflictos judiciales se resuelvan con un reparto de la responsabilidad. A unos, los usuarios, porque no actuaron con toda la celeridad que parecía exigible y, a o los otros, los emisores o entidades de crédito, porque parece que deben asumir parte del riesgo de un instrumento que está en su esfera de influencia, especialmente cuando el establecimiento comercial afectado no ha realizado las comprobaciones procedentes de los elementos de seguridad.²⁵⁴ Un reparto que además, según se dice, responde a una lógica económica eficientista porque induce incentivos en ambas partes de la relación.²⁵⁵ En todo caso hay que recordar que estas dudas suelen estar referidas sólo al periodo previo a la notificación, porque los contratos por lo general establecen sobre esta cuestión dos importantes normas. Una que la responsabilidad del usuario es sólo hasta el momento de la notificación y otra que esta responsabilidad se limita hasta un importe máximo de 150 euros, no obstante estos límites no son de aplicación en los casos de comportamientos gravemente negligentes o dolosos,²⁵⁶ que es precisamente lo que permite un cierto margen de maniobra a los tribunales de justicia, especialmente cuando se dan situaciones de retraso culpable en las correspondientes notificaciones. Pues bien, esta responsabilidad de los usuarios o titulares de las tarjetas de pago, así como su correlación con el incumplimiento de sus deberes, está regulada ahora de manera más precisa, y más o menos en la línea de lo que se acaba de decir, en el artículo 61 de la DSP (art. 32 LSP) y a ello nos referiremos con más detalle en el epígrafe décimo de este trabajo.

²⁵⁴ Puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de octubre de 2003.

²⁵⁵ Vid. Castilla Cubillas, M., op. cit., p. 196.

²⁵⁶ Así se establece en el artículo 6 de la Recomendación 97/489, de la Comisión de 30 de julio de 1997, si bien se añade en su apartado tercero que el titular no será responsable si el instrumento de pago se utilizó sin presentación física o identificación por medios electrónicos del instrumento mismo, que sin duda está pensando en los supuestos más conflictivos de usos no autorizados de las tarjetas de pago sin que se haya producido la pérdida o desposesión del titular.

8. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LOS SERVICIOS DE PAGO EN RELACIÓN CON EL USUARIO DE LOS INSTRUMENTOS DE PAGO

En cuanto a las obligaciones del proveedor de los servicios de pago, que por lo general será una entidad de crédito, tiene, por un lado, un deber general de diligencia y por otro diversos tipos de obligaciones respecto a los instrumentos de pago que emite, y a esto se refiere concretamente el artículo 57 de la DSP (art. 28 LSP) y algún otro precepto que enseguida mencionaremos. En el ALCM se habla de las obligaciones del emisor de la tarjeta en sus artículos 663-2 a 663-4, iremos haciendo referencia a estos preceptos conforme vayamos analizando cada una de las correspondientes obligaciones.

El deber general de diligencia del proveedor de servicios de pago frente al usuario de los mismos viene determinado en principio por el artículo 1104 del CC, que alude al modelo del buen padre de familia pero también y en primer lugar a las circunstancias del caso (STS, 10 de julio de 2003), y es esto último lo que nos sitúa ante un deber de diligencia más riguroso que debe tener como modelo a un buen profesional dentro del sector de actividad que desarrolla (SSTS, 16 de diciembre de 1996 y 30 de diciembre de 2004),²⁵⁷ en nuestro caso, en el sector financiero se exige máxima cualificación y por tanto máxima diligencia.²⁵⁸ Y así lo vemos reflejado en las más recientes disposiciones relativas al sector, como son los casos tanto del artículo 13 de la OEHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que habla de <máxima diligencia>, como de la Norma quinta de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que habla igualmente de <máxima diligencia> y de <extremar la diligencia>. Y claramente emparentado con el sector financiero, el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, respecto a los prestadores de los servicios de inversión, establece la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, además del cumplimiento de las normas establecidas.²⁵⁹ Y esta referencia a los asuntos e intereses propios constituye la adopción en este ámbito del modelo de diligencia

²⁵⁷ Vid., entre otros, Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 97; Badosa Coll, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 121 ss.; Rodríguez-Rosado, B., “Comentario al artículo 1104”, en AAVV, *Código civil comentado*, III, dir. A. Cañizares *et al*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 118-119. Respecto a la figura del empresario puede verse Ramos Herranz, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, ADC, 2006, I, p. 195 ss.

²⁵⁸ Vid. Sánchez Miguel, M.C., “La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional”, RDBB, 38, abril-junio, 1990, p. 331; Zunzunegui, F., *Derecho del mercado financiero*, 3ª ed., Madrid, 2005, p. 469.

²⁵⁹ Vid. Pulido Begines, J.L., “El deber de las entidades financieras de informar al cliente..”, *cit.*, p. 13-14 y 22-25.

<*quam suis*>, que en nuestro caso supone una agravación del nivel de diligencia exigible.²⁶⁰

Dentro del grupo de obligaciones específicas tenemos, en primer lugar, la referida en términos generales al desarrollo y control de la seguridad de dichos instrumentos de pago. En segundo lugar, una obligación de carácter negativo, como es la prohibición del envío de instrumentos de pago no solicitados. En tercer lugar facilitar al usuario de los servicios de pago los medios de comunicación adecuados para realizar ciertas notificaciones. En cuarto lugar, impedir (bloquear) la utilización de los instrumentos de pago una vez efectuada la notificación en caso de extravío, robo o sustracción a que se refiere el artículo 56.1.b) DSP (art. 27.b) LSP). Todas estas incluidas en el artículo 57 DSP (art. 28 LSP). Y por otro lado, dos obligaciones más de gran relevancia, una de carácter informativo, como es el deber del comunicar al cliente/usuario las operaciones de pago ejecutadas y anotadas, a lo que se refiere el artículo 47 DSP, que se corresponde con el 18 de la LSP, y que se remite a su vez a disposiciones reglamentarias; y otra, la obligación de anulación-devolución del importe de las operaciones no autorizadas del artículo 60 DSP (art. 31 LSP).²⁶¹ Veamos a continuación cada una de estas obligaciones particulares.

a) Obligación de entrega del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados del mismo: la asignación del riesgo

De estas obligaciones destaca muy especialmente la establecida en el art. 57.1.a) y 2 DSP (art. 28.a LSP), que en realidad no está formulada como una obligación en sentido estricto, sino más bien como la imputación legal al proveedor del riesgo por el envío de los instrumentos de pago y de los elementos de seguridad personalizados del mismo. No obstante, de esta norma y del precepto en su conjunto se deduce con claridad la obligación del proveedor de la entrega al usuario de ambas cosas. Pero como decimos lo verdaderamente importante en este precepto es la asignación del riesgo que se hace al proveedor de los servicios de pago. Estamos ante una norma que establece el momento de la transmisión del riesgo respecto a los instrumentos de pago y sus elementos de seguridad personalizados, que se fija en el acto de la entrega. Ciertamente la norma no habla de manera expresa del momento de la entrega, pero, a nuestro juicio, al decir que el riesgo del envío de los mismos al ordenante correrá a cargo del proveedor de servicios de pago, no se está diciendo otra cosa que la transmisión del riesgo se produce con la entrega. Cosa que por otra parte resulta de lo más lógico, porque es sólo a partir de ese momento cuando el instrumento y sus elementos de seguridad salen de la esfera de control del proveedor y pasan

²⁶⁰ Vid., especialmente, Badosa Coll, F., cit., p. 137-156.

²⁶¹ El artículo 663-2 del ALCM desarrolla las obligaciones del emisor: incorporar en la tarjeta medidas de seguridad razonables para impedir el uso indebido de la misma, entregar la tarjeta a la persona con la que contrate o a la indicada por éste, satisfacer por cuenta del contratante los cargos presentados por los empresarios asociados a la red y la de remitir un resumen detallado de las operaciones realizadas con la tarjeta con una periodicidad mensual o menor si se hubiera pactado. Los preceptos siguientes (arts. 663-3 y 663-4) se ocupan, respectivamente, del contenido del resumen y de la impugnación del mismo. Como se ve existe alguna proximidad pero no se corresponden con las establecidas por la LSP y la DSP. Más adelante indagaremos sobre las consecuencias de esta falta de coincidencia.

a la del usuario/ordenante. Es además la solución que se ha impuesto internacionalmente respecto a la transmisión del riesgo en la compraventa de mercancías, así en el art. 69 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías,²⁶² como en el Derecho comunitario, tanto en el artículo 3 de la Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo,²⁶³ como más recientemente, en el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores²⁶⁴ y en el nuevo artículo 66 *ter* del TRLGDCU, según la reforma introducida por la Ley 3/2014.

En definitiva con esta norma, y de manera concorde con el art. 56.2 DSP (art. 27.a LSP), el usuario queda liberado de responsabilidad por cualquier posible utilización de dichos instrumentos antes de la entrega o de la puesta a disposición de los mismos. Básicamente hay que tener en cuenta aquí que el supuesto que plantea la norma está en el origen del uso indebido frecuente de las tarjetas de crédito, como es la sustracción de la tarjeta antes de su recepción por el destinatario.²⁶⁵ En estos casos, y frente a otras alternativas como podría ser la verificación de la recepción por el remitente, se ha optado por imputar el riesgo de la entrega al proveedor. La solución adoptada parece la más correcta tanto por razones de eficiencia, como porque aporta un mayor nivel de protección al usuario. Respecto a lo segundo no parece necesario mayores explicaciones. Y en cuanto a las razones de eficiencia, porque favorece una rápida utilización de la tarjeta por su legítimo titular sin necesidad de nuevos controles o verificaciones, lo que supone una reducción de costes por una y otra parte de la relación contractual; y además los riesgos pueden ser fácilmente asumidos o evitados por el proveedor a un menor coste y, en todo caso, traslados de manera dispersa entre una clientela por lo general muy amplia, con lo cual la repercusión en el precio del producto será prácticamente imperceptible.

Por lo que se refiere al ALCM, en su art. 663-2, relativo a las obligaciones del emisor, se observa una clara descoordinación con el contenido de la LSP (art. 28) y de la DSP (art. 57), porque la norma proyectada, en sus apartados a y b, sólo habla de la obligación del emisor de incorporar en la tarjeta medidas razonables para impedir el uso indebido y de la obligación de entregar la tarjeta, pero no añade nada más sobre esta cuestión. Y resulta llamativo el olvido respecto a la asignación del riesgo antes comentado. Por tanto esto es algo que debe ser corregido de conformidad con la disposición comunitaria, tanto por lo que se dice como por lo que no se dice, porque en este aspecto no se admite

²⁶² España se adhirió por Instrumento de ratificación de 24 de julio de 1990 y la Convención entró en vigor el 1 de agosto de 1991 (BOE, 30.01.1991).

²⁶³ Se corresponde ahora en el Derecho español con el art. 114 del TRLGDCU (Cfr. Torrelles Torrea, E., “Comentario artículo 114 TRLGDCU”, en AAVV, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 1053 ss., esp. 1062-1063). No obstante hay quien sostiene que la directiva sobre ventas de consumo omitía todo pronunciamiento sobre la transmisión del riesgo (Vid. Twigg-Flesner, Ch., “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho del consumo de la Unión europea”, en AAVV, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, Civitas, Madrid, 2012, p. 81 ss., esp. 101).

²⁶⁴ Cfr. Twigg-Flesner, Ch., cit., p. 101.

²⁶⁵ Cfr. Castilla Cubillas, M., *La tarjeta de crédito*, en Tratado de derecho mercantil, t. 28, dir. Olivencia/Fernández Novoa/Jiménez de Parga, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 178.

disparidad normativa nacional alguna. Por un lado, porque esta cuestión está sometida a armonización plena (art. 86.1 DSP); y por otro, porque el contenido del art. 57 DSP tiene carácter imperativo para todo tipo de sujetos, ya sean consumidores o no consumidores (*ex art. 51.1 DSP*). De ahí que lo más razonable y lo más sencillo, si es que se quiere mantener la regulación sobre las tarjetas en el ALCM, sea adaptar el precepto mencionado a lo establecido en la DSP y en la LSP.

b) La prohibición del envío de instrumentos de pago no solicitados

En el artículo 57.1.b) DSP [art. 28.b) LSP] se establece la prohibición para el proveedor de servicios de pago de remitir instrumentos de pago no solicitados salvo caso de sustitución. En la transposición de esta obligación negativa del proveedor el legislador español se ha permitido alguna licencia respecto a lo establecido en la DSP que enseguida pasaremos a ver.

Antes de comentar las particularidades españolas de la transposición de la DSP, recuérdese que el contenido normativo del artículo 57 de la DSP está sometido al principio de armonización plena (artículo 86 DSP), luego en principio no cabe establecer disposiciones nacionales diferentes, a lo que hay que añadir que el precepto tiene carácter imperativo para todo tipo de relaciones como se acaba de decir. Por lo que se refiere al ALCM no hay mucho que decir en este apartado, ahora el prelegislador español omite toda referencia a esta obligación negativa del emisor en el art. 663-2, por tanto nuestra propuesta no puede ser otra que se salve la omisión y se incluya en dicho precepto.

Pues bien veamos alguna de estas particularidades de la norma de transposición española contenida en su artículo 28 de la LSP. La DSP sólo salva de la prohibición de enviar instrumentos de pago no solicitados a los casos en que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario. Sin embargo en la disposición española [art. 28.b).II LSP] se añade una segunda excepción a la prohibición de enviar instrumentos de pago no solicitados:

“Esta sustitución podrá venir motivada por la incorporación al instrumento de pago de nuevas funcionalidades no expresamente solicitadas por el usuario, siempre que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad y la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente.”

A nuestro juicio la norma podría violar el principio de armonización plena porque va más allá de la mera sustitución de los instrumentos de pago ya entregados. Es cierto que el legislador español nos presenta la norma como una mera aclaración de la salvedad comunitaria, una especie de interpretación auténtica, pero basta reflexionar brevemente sobre la misma para verificar que su alcance puede ir más allá de lo establecido en la norma europea. La Directiva establece una prohibición tajante del envío de instrumentos de pago no solicitados, porque es bien sabido por todos la diversidad de abusos que se

propician mediante esta técnica comercial un tanto agresiva y sorpresiva.²⁶⁶ Especialmente porque se favorece un uso no plenamente consciente de un instrumento de crédito con unas consecuencias que pueden ser muy gravosas para el usuario, piénsese que la simple recepción o el uso de la tarjeta puede ser entendida como una aceptación tácita del contrato de tarjeta de crédito. Así lo vemos en el art. 663-1 del ALCM, que establece que si el contrato no se hubiera estipulado por escrito, se presume la conformidad del contratante desde que la tarjeta emitida a su nombre hubiera sido utilizada. De ahí que desde hace ya algún tiempo el Banco de España calificase como una mala práctica bancaria el envío de tarjetas de crédito no solicitadas, salvo que se tratase de la mera sustitución de las tarjetas caducadas o a punto de hacerlo.²⁶⁷ Y así se recomienda desde 1988 por el legislador comunitario: *no se enviará ningún instrumento de pago a un cliente, a menos que éste así lo haya solicitado expresamente.*²⁶⁸ Lo que más tarde se reitera en el artículo 7.2.b) de la Recomendación 97/489/CE: *el emisor no enviará un instrumento electrónico de pago no solicitado, excepto cuando se trate de la reposición de un instrumento electrónico de pago que ya poseía el titular.*

Pues bien, a la vista de estos antecedentes, parece claro que la finalidad de la norma comunitaria es evitar a toda costa que mediante el envío no solicitado de instrumentos de pago se puedan entender concluidos tácitamente contratos sin que el destinatario sea plenamente consciente de ello.²⁶⁹ Por tanto lo que hay detrás de la prohibición es una clara preocupación porque los compromisos contractuales se adquieran con conocimiento de causa. O dicho de otro modo, que el consentimiento se preste de manera libre, esto es, *una voluntad razonable dentro de un marco razonable de libertad.*²⁷⁰ De ahí que se permita sólo la mera sustitución de los instrumentos de pago, porque respecto a ésta no hay necesidad de un nuevo consentimiento ya que se trata de la simple continuidad de una relación contractual anterior. Y lo que sucede en nuestro caso es que la norma de transposición española, a pesar de lo que parece decir, no se limita a permitir la sustitución de un instrumento de pago anterior, sustentado en una relación contractual previa, sino que va más allá y permite, o en todo caso puede dar pie a ello, a que por esta vía se pueda producir la modificación del contrato anterior cuando se habla de: *nuevas funcionalidades no expresamente solicitadas por el usuario.*²⁷¹ Si con la expresión <nuevas funcionalidades> sólo se está pensando en la incorporación en el nuevo diseño

²⁶⁶ La norma está claramente emparentada con la prohibición de envíos y suministros no solicitados en la contratación con consumidores [arts. 27 y 66 *quater*, de la Directiva 2011/83/UE y TRLGDCU (Ley 3/2014), respectivamente].

²⁶⁷ Cfr. Castilla Cubillas, M., La tarjeta de crédito, cit., p. 97.

²⁶⁸ Apartado 5 del Anexo de la Recomendación 88/590 CEE.

²⁶⁹ Téngase en cuenta que por lo general el contrato entre el emisor y el titular de la tarjeta se consideraba celebrado una vez que éste hubiese recibido el instrumento de pago, a lo que se le añadió, con el fin de evitar los abusos que la práctica provocaba, la necesidad también de la recepción de un ejemplar de las cláusulas contractuales aceptadas por el titular (Así en el número 5 del Anexo de la Recomendación 88/590/CEE).

²⁷⁰ Cfr. Díez-Picazo, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, ADC, 2006, I, p. 15-16.

²⁷¹ Hablar de funcionalidad o de funcional puede resultar equivoco porque constituye una expresión de múltiples significados. El adjetivo <funcional> es algo perteneciente o relativo a las funciones. Y función es la tarea propia de una institución o de sus órganos, y de las máquinas e instrumentos. Pero también se habla de funcional respecto de todo aquello en cuyo diseño u organización se ha atendido, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo.

de la tarjeta de ciertos avances técnicos que faciliten y mejoren su utilización, por ejemplo, la incorporación de un *chip* para la autenticación de las operaciones, la verdad es que no hacia ninguna falta la norma en cuestión, porque va de suyo que este tipo de avances tecnológicos se vayan incorporando sin mayores problemas, y buena prueba de lo que se dice es que la norma comunitaria no dice nada al respecto. Pero si de lo que se trata es de posibilitar por esta vía modificaciones en el contrato inicial, dado que las nuevas funcionalidades podrían estar referidas a aspectos sustanciales del mismo, piénsese por ejemplo en un nuevo sistema de periodificación de los pagos, en este caso se trataría de algo que a nuestro juicio la DSP no lo permite por las razones antes señaladas.

Ahora bien, es cierto que la particularidad española se pretende legitimar con dos argumentos: la remisión al contrato marco y la gratuidad de la sustitución. Pero tanto uno como otro presentan alguna duda. En cuanto a la remisión al denominado <contrato marco> porque nada se dice a este respecto en la DSP. El artículo 42 de la misma relativo a la información y condiciones del contrato marco, no contiene ninguna referencia a la posibilidad de sustitución del instrumento de pago por la incorporación de nuevas funcionalidades no expresamente previstas por el usuario. Y hay que recordar que se trata de un precepto sometido a armonización plena, lo que significa que los Estados miembros no pueden mantener ni introducir disposiciones diferentes, de la misma manera que sucede respecto al art. 57 DSP. Además, también es relevante a estos efectos que el contenido del contrato marco constituye básicamente un condicionado general predispuesto unilateralmente por el proveedor del servicio de pago, lo que reduce considerablemente el posible efecto tutelar de la mención en dicho contrato marco. Por otro lado, parece que se pretende justificar también la sustitución por su carácter gratuito, lo que nos recuerda la norma equivalente de la contratación a distancia entre consumidores, que efectivamente deja a salvo de la prohibición de envíos no solicitados los suministros que no incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza.²⁷² Pero obsérvese que existe alguna diferencia entre ambas regulaciones, algo más restrictiva en la contratación con consumidores que en el caso que comentamos, especialmente ahora con la nueva regulación introducida por la Directiva 2011/83/UE, cuyo artículo 27 nos remite expresamente a la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 5.5), en donde se establece que se considerarán desleales en cualquier circunstancia, y por tanto prohibidas, entre otras prácticas: *exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos*

²⁷² Cfr. arts. 9 de la Directiva 7/97/CE y 99 y 100 del TRLGDCU (Vid. Arroyo Amayuelas, E., Comentarios a los artículos 99 y 100 del TRLGDCU, en AAVV, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 992 ss. y 994 ss.). Hay que recordar que la disposición comunitaria mencionada ha sido derogada por la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, que desarrolla un nuevo régimen jurídico tanto de la contratación a distancia, como de los contratos fuera del establecimiento. En esta nueva regulación, en su artículo 27, en los casos de suministros no solicitados, se exime al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna y se recuerda que dichos suministros están prohibidos por la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 5.5 y punto 29 del Anexo I). A lo que se añade, que la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitada no se considerará consentimiento. Y que la referencia a los arts. 99 y 100 del TRLGDCU, antes mencionados, hoy hay que entenderla referida al 66 *quater* del mismo texto legal (Ley 3/2014).

suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (punto 29 del Anexo I).²⁷³ De este modo la nueva Directiva de 2011 lo que hace, según nos dice en el Considerando sesenta, es completar a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, y crear una vía de recurso contractual que permita dispensar al consumidor de la obligación de efectuar pago alguno por dicho suministro o prestación no solicitados. Sin que exista ahora ningún tipo de salvedad al haberse derogado en su integridad la Directiva 97/7/CE, sobre la contratación a distancia.²⁷⁴

c) El deber de facilitar al usuario de los servicios de pago los medios de comunicación adecuados

Sobre el proveedor de servicios de pago pesa también la obligación de poner a disposición de los usuarios los medios adecuados y gratuitos que le permitan efectuar en todo momento ciertas comunicaciones [arts. 57.1.c) DSP; 28.c) LSP y art. 12.4 y 5 OEHA/1608/2010]. Estos medios le deberán permitir al usuario demostrar que ha efectuado dichas comunicaciones durante los 18 meses siguientes a la misma. La norma hace referencia a dos tipos de comunicaciones concretas, la de los artículos 56.1.b (art. 27.b LSP) y 55.4 DSP (art. 26.4 LSP). La primera relativa al deber de notificación del usuario de servicios de pago del extravío, la sustracción o la utilización no autorizada del instrumento de pago, y la segunda, sobre el derecho del usuario a solicitar el desbloqueo del instrumento de pago una vez hayan desaparecido las circunstancias que lo propiciaron. Estos medios deben estar disponibles <en todo momento>, todos los días y las veinticuatro horas del día.²⁷⁵ Y por regla general dichos medios de comunicación vendrán dados, bien permitiendo la personación en las oficinas bancarias, si bien esta vía es claramente insuficiente, o mejor por medios telefónicos o, vía Internet, por correo electrónico o por la página *web* de la entidad. En todo caso, un medio o unos medios, que permitan dejar constancia mediante el oportuno registro de las comunicaciones durante el periodo de tiempo señalado.

Podría pensarse aquí que el legislador se ha olvidado de otro deber de notificación del usuario, el recogido en el art. 58 DSP (art. 29 LSP) respecto a las operaciones no autorizadas o las ejecutadas incorrectamente, y en principio no

²⁷³ Cfr. Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Cizur Menor, 2006, p. 138-139.

²⁷⁴ El punto 29 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, hacia una salvedad cuando se tratase de un producto de sustitución por equivalente suministrado de conformidad a lo establecido en el art. 7.3 de la Directiva 97/7/CE, sobre contratación a distancia. Ahora, dicha salvedad no procede porque esta última Directiva ha sido derogada en su integridad por el art. 31 de la Directiva 2011/83/UE. Y en ésta no se encuentra una norma equivalente, porque su artículo 18 se limita a regular la obligación de entrega y nada se dice sobre una posible sustitución del bien comprometido. El precepto citado, en su apartado cuarto, termina estableciendo que el consumidor, además de resolver el contrato con arreglo al apartado segundo, podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional. Tales como, según se ejemplifica en el Considerando 53, conceder al comerciante un plazo adicional para la entrega, imponer el cumplimiento del contrato, retener el pago y pedir daños y perjuicios.

²⁷⁵ La Propuesta de DSP2 de 2013 (art. 62.1.d) añade que se ofrecerá al ordenante la posibilidad de efectuar una notificación con arreglo al art. 61.1.b) (actual art. 56.1.b DSP) gratuitamente y cobrar, si acaso, únicamente los costes de sustitución directamente imputables al instrumento de pago.

parecería muy arriesgado realizar una interpretación extensiva que lo acogiese, porque pensar de otro modo resulta un tanto contradictorio. No obstante, hay que decir que la omisión señalada puede estar en parte justificada, porque en este caso el presupuesto del deber de notificación no se basa tanto en la disponibilidad de los medios adecuados de comunicación, sino en la facilitación (o accesibilidad) al usuario de la información correspondiente a la operación de pago, dado que en caso contrario el derecho del usuario a la devolución o rectificación no caduca (arts. 29.2 LSP y 58 DSP). Pues bien, a pesar de todo, no parecen razones suficientes, de modo que a nuestro juicio nos mantenemos en la idea de la interpretación extensiva mencionada. Otra cosa es lo relativo a las consecuencias del incumplimiento, que si bien no llegaría a anular lo establecido en los preceptos señalados, sí que debería dar lugar en su caso a una situación de culpa compartida.

Si el proveedor de los servicios de pago ha cumplido con la obligación de facilitar los medios de comunicación al usuario, cosa que deberá probar antes que nada, y dado que dichos medios están bajo su control, será el mismo proveedor quien deberá aportar la prueba correspondiente. Si por el contrario incumplió este deber, no podrá alegar ni la falta de notificación del usuario, ni la extemporaneidad de la denuncia,²⁷⁶ de acuerdo con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, como se refleja en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.²⁷⁷ Ni tampoco exigir las posibles responsabilidades derivadas del extravío o la sustracción del instrumento de pago, salvo actuación fraudulenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 61.5 DSP (art. 32.4 LSP), que se refiere expresamente al artículo 57.1.c) DSP (art. 28.c LSP).²⁷⁸ Pero sobre esto último hay que hacer notar la falta de coincidencia entre los supuestos mencionados en el 61.5 DSP, que habla sólo de los casos de extravío o sustracción, y del 56.1.b) DSP -al que alude expresamente el 57.1.c)-, que añade a los anteriores los de utilización no autorizada del instrumento de pago. Esta falta de sintonía plantea alguna duda interpretativa que en principio podría quedar resuelta a la vista del art. 57.1.c) DSP, no obstante nos limitamos en este momento a mencionarla y volveremos sobre esta cuestión en el apartado siguiente donde se plantea este mismo problema.

Por otro lado, la particularidad del art. 28 de la LSP, respecto al 57 de la DSP, es que en su apartado c) se establece que los medios que se pongan a disposición de los usuarios de servicios de pago para efectuar las oportunas comunicaciones sean gratuitos, así como los medios que le permitan demostrar que se ha efectuado dicha comunicación. Es cierto que el precepto de la Directiva no habla de gratuidad, pero eso seguramente es debido a que se trata de una cuestión resuelta antes por el artículo 52 DSP relativo a los gastos aplicables (art. 24 LSP). Con todo, en la Propuesta de DSP2 de 2013 vemos que el precepto equivalente (art. 62) añade como novedad que la notificación sea gratuita. Aunque la verdad sea dicha, la gratuidad de este tipo de servicios o

²⁷⁶ A este respecto, puede verse la SAP de Murcia, sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2004. Y en materia de denuncia de la falta de conformidad, puede verse la SAP Castellón de 26 de febrero de 2008.

²⁷⁷ Cfr. Miquel González, J.M.ª, “Artículo 7.1”, Comentario del Código civil, I, dir. Paz-Arez *et al*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 55.

²⁷⁸ Vid. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., *La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago*, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 74-75 y 104.

prestaciones complementarias es más que dudosa o relativa, porque por mucho que lo imponga la norma, lo más probable será que de una u otra manera el coste se acabe repercutiendo en el precio final de los servicios financieros.

Finalmente, respecto a la regulación proyectada en el ALCM, su art. 663-2 no dice nada sobre la obligación aquí comentada del emisor de la tarjeta, lo que de nuevo resulta sorprendente, porque como venimos diciendo estamos ante una regulación comunitaria de obligado seguimiento para el legislador nacional, que además, ha sido objeto de transposición a nuestro derecho interno hace algunos años. Pero resulta todavía más sorprendente si cabe, porque sin embargo sí que se impone al titular de la tarjeta el deber de comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta o su utilización por persona no autorizada (art. 663-5 ALCM), que es para lo que precisamente se exige la disponibilidad de los medios de comunicación, para que sirvan de instrumento facilitador del deber de notificación del titular o usuario de la tarjeta. Por tanto, a nuestro juicio, y por las mismas razones antes señaladas, el proyectado art. 663-2 del ALCM debe dar cabida también a este deber de facilitar los medios de comunicación adecuados.

d) El deber de Impedir (bloquear) la utilización de los instrumentos de pago una vez efectuada la notificación en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada a que se refiere el artículo 56.1.b) DSP [art. 27.b) LSP]

Por último el artículo 57.1.d) DSP [art. 28.d) LSP] establece la obligación del proveedor de servicios de pago de impedir cualquier utilización del instrumento de pago a partir de la notificación del usuario. Esta norma está en relación directa con el artículo 61.4 DSP (art. 32.3 LSP), donde se establece que, salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante, en realidad el usuario/titular del instrumento de pago, no soportará consecuencia económica alguna por la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 56.1.b). No obstante, de manera similar a lo visto respecto al deber de facilitar los medios de comunicación adecuados en el apartado anterior, la coordinación entre ambos preceptos nos presenta alguna duda, porque si bien el primero [art. 57.1.d) DSP] alude sin más al artículo 56.1.b), lo que significa en principio que incluye los casos de extravío, sustracción y los de utilización no autorizada, esto es, también los de falsificación, clonación o captación de claves para operar con el instrumento de pago (*phishing*); el segundo (art. 61.4 DSP), que también alude al art. 56.1.b), se refiere solamente a los instrumentos extraviados o sustraídos, con lo cual parece que deja fuera a los demás supuestos de utilización no autorizada.²⁷⁹ No obstante se trata de una diferenciación normativa un tanto engañosa, porque hay que tener en cuenta que el precepto en su totalidad está

²⁷⁹ El SRBE se ha pronunciado en este sentido cuando nos dice que el art. 32 LSP, al hablar sólo de extravío o sustracción del instrumento de pago, deja fuera los casos de copia, falsificación o de realización de operaciones de pago no autorizadas por Internet sin la posesión de la tarjeta, de modo que estos supuestos a juicio del Servicio tienen su encaje en el art. 31 LSP (Vid. Memoria del SRBE de 2011 y 2012, p. 206 y 283, respectivamente). No obstante, a nuestro juicio, como enseguida veremos con más detalle esta interpretación no nos parece del todo correcta (Vid. también, *infra*, apartado f).

referido a las operaciones no autorizadas, que bien pueden tener su origen en un extravío o en una sustracción y ya sea del instrumento material o de los datos o claves que facilitan su uso. El precepto correspondiente de la DSP nos puede ayudar a confirmar lo que decimos

Si nos fijamos en la DSP, su artículo 61.4 (art. 32.3 LSP) establece que, salvo actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización de un instrumento de pago extraviado, robado o sustraído con posterioridad a la notificación a la que se refiere el art. 56.1.b) DSP (art. 27.b LSP). Esto supone a nuestro juicio que se deben entender incluidos los supuestos de falsificación o clonación de la tarjeta, como también los de apropiación indebida de los elementos personales de identificación que permitan su utilización. El precepto es cierto que aparentemente no hace referencia expresa a estos supuestos ilegítimos de utilización de las tarjetas, pero la distinción sí que existe, porque se habla por un lado de los supuestos de extravío o robo y por otro de los de sustracción, y es en estos últimos donde hay que ubicar los casos mencionados de falsificación, clonación o de apropiación indebida de las claves personales. El apartado primero del art. 61 DSP nos hace ver esta distinción cuando excluye de su ámbito de aplicación precisamente a los supuestos de sustracción, si bien siempre y cuando que el ordenante haya protegido los elementos de seguridad personalizados, esto es, cuando no se le pueda imputar a este sujeto ningún tipo de reproche respecto a la custodia del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad personalizados. El prelegislador europeo es consciente de estas dudas interpretativas y de ahí que en la Propuesta de DSP² de 2013 (art. 66.1) no se hable ya de extravío o robo y de sustracción, sino de extravío o robo y de apropiación indebida, con lo cual las dudas son mucho menores, porque hablar de apropiación indebida es hablar de un grupo de casos en los que la desposesión puede pasar desapercibida para el titular del bien, o incluso sin que la misma llegue a materializarse, como sucede en los casos mencionados de falsificación, clonación o apropiación de las claves personales.²⁸⁰ Es más, en algunas de las versiones de la vigente DSP se habla ya más acertadamente de apropiación indebida en lugar de sustracción, que es una expresión que genera cierta confusión con los términos de extravío y robo, así lo podemos comprobar en los casos de las versiones italiana, portuguesa e inglesa, que hablan de manera muy similar, respectivamente, de *<appropriazione indebita>*, *<apropriacao abusiva>* y de *<misappropriation>*.²⁸¹ En todo caso hay que decir que la cuestión no debe presentar mayores problemas porque el art. 61 DSP se refiere en su totalidad a las operaciones de pago no autorizadas, y además existe una estrecha y directa relación con el artículo 57.1.d) DSP (art. 28.d LSP). En este último se establece la obligación del proveedor de servicios de pago, emisor de la tarjeta, de impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 56.1.b) DSP

²⁸⁰ Nos confirma lo que decimos la Enmienda 138 del Parlamento Europeo (sesión de 3 de abril de 2014) al art. 66.1, párrafo primero, de la Propuesta de DSP² de 2013 (correspondiente con el vigente art. 61.1 DSP), donde se añade que la franquicia de 50 euros establecida para los casos de extravío, robo o apropiación indebida de un instrumento de pago, *no se aplicará si la pérdida, el robo o la apropiación indebida de un instrumento de pago no eran detectables para el ordenante antes de un pago*. No obstante, a nuestro juicio, la exclusión peca por exceso, y en todo caso merece un comentario más detenido y matizado en el que ahora no podemos entrar.

²⁸¹ No sucede lo mismo en los casos de las versiones francesa y alemana que, en proximidad con la española, hablan, respectivamente, de *<détournement>* y de *<Verwendung>*.

(art. 27.b LSP), que incluye a todo tipo de utilización no autorizada. En el caso español aunque las dudas podrían ser mayores porque sólo se habla de extravío o sustracción en el art. 32.1 LSP, sin embargo no vemos inconveniente para la inclusión de los otros supuestos, ya sea desde un punto de vista semántico, o bien con base en una interpretación conforme a la DSP o con apoyo en el art. 28.d) de la LSP.²⁸²

La exoneración de toda responsabilidad a partir del momento de la notificación se justifica porque el riesgo por el uso no autorizado se transfiere al proveedor de los servicios de pago, de ahí la obligación que se le impone al mismo de impedir cualquier utilización del instrumento de pago, porque es el único que puede evitar la utilización ilegítima mediante el correspondiente bloqueo, que deberá efectuar de manera inmediata.²⁸³ Sobre la carga probatoria hay que decir que si bien dicha carga sobre el momento de la notificación parece que correspondería en un principio al usuario/ordenante, que es quien afirma, no obstante a nuestro juicio es el proveedor de los servicios de pago quien deberá correr finalmente con la misma. Y esto parece que fundamentalmente deberá ser así, tanto por la obligación que se le impone a este último sujeto de facilitar los medios adecuados de comunicación y los medios que permitan demostrar que se ha efectuado la comunicación, como por la exoneración de responsabilidad del usuario/ordenante en caso de que no cumpliera aquél con dicho deber. Además juega también en este sentido el principio de disponibilidad o facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC, porque es el proveedor de los servicios de pago el sujeto que tiene el control de los medios de comunicación por donde debe circular la notificación, de modo que aunque se trate de un hecho negativo (la ausencia o falta de notificación del usuario), la proximidad con la fuente de prueba lo convierte en el más adecuado para comprobar los hechos en cuestión.²⁸⁴ Ni que decir tiene que este reparto legal probatorio no impide en absoluto que el usuario, o el juez de oficio en el caso de estar implicado un interés público, aporte las pruebas que consideren oportunas. Porque no se puede olvidar que la doctrina del *onus probandi* tiene por función principal señalar las consecuencias de la falta de prueba, de modo que si existió prueba no ha lugar a aplicar la teoría de la carga de la prueba.

Por lo que se refiere a la propuesta de regulación de las tarjetas en el ALCM, de nuevo nos encontramos (art. 663-2) con la omisión de toda referencia a la obligación del emisor de impedir (bloquear) cualquier utilización desde la notificación del usuario. Por tanto hay que reincidir en la misma solución propuesta en los casos anteriores y por idénticas razones. No obstante, en un lugar claramente inapropiado, como es el art. 663-5 (2) relativo a los deberes de los titulares de las tarjetas, se establece que: “[L]a utilización no autorizada de la tarjeta por un tercero no producirá efecto alguno desde que se hubiera comunicado la pérdida o la sustracción al emisor en la forma establecida en el contrato”. Y efectivamente de esta norma se puede deducir la existencia de un deber del emisor de bloquear el instrumento de pago, pero a pesar de todo la norma dista mucho de tener el alcance que según la DSP y la LSP debe tener. Además, en este mismo precepto del ALCM se añade que la carga probatoria de

²⁸² Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 76.

²⁸³ En este sentido SAP Tarragona, sec. 1^a, de 20 de marzo de 2001, citada por Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 76-77.

²⁸⁴ Cfr. Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 3^a ed., 2002, p. 87-89 y 96-97.

que la notificación se ha producido se regirá por las normas generales en materia de carga de la prueba de las obligaciones, lo que parece en principio indicar que, a la vista del art. 217.2 y 3 de la LEC, dicha carga probatoria corresponderá al titular de la tarjeta,²⁸⁵ que es lo que expresamente se establecía en un principio en la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013 [art. 673-5 (2)]. No obstante, como decimos en el párrafo anterior, lo establecido en la DSP y LSP (arts., 57.c y 28.c, respectivamente), junto con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 de la LEC permiten imponer dicha carga al emisor de la tarjeta.

e) El deber de comunicar al usuario sin demoras injustificadas las operaciones de pago ejecutadas: periodicidad mínima mensual. La carga de la prueba

Como hemos anticipado en parte al hablar de los deberes de notificación del ordenante/usuario, el proveedor de los instrumentos de pago está obligado a comunicar periódicamente al titular de los mismos las operaciones de pago efectivamente ejecutadas o anotadas en sus cuentas. De este modo se trata de facilitar y permitir que el usuario pueda tomar conocimiento y verificar la exactitud y corrección de los cargos efectuados. Y, en caso de disconformidad, para que la operación no se entienda aceptada tácitamente, pueda oponerse cuando considere que se trata de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.²⁸⁶ Como se ha dicho acertadamente este deber descansa en la adecuada organización de las entidades emisoras de su actividad en relación con los medios de pago,²⁸⁷ pero también en la diligencia exigible respecto a la ejecución de algunos contratos como el de emisión de la tarjeta.²⁸⁸ Por lo general este deber ha venido incorporado en las condiciones generales de los contratos de emisión de tarjetas, con la contrapartida del deber del titular o usuario de realizar las observaciones oportunas o de impugnar las anotaciones incorrectas o indebidas.²⁸⁹ Así lo vemos en la práctica contractual bancaria actual, donde nos encontramos con cláusulas que establecen un plazo de diez días, desde la recepción o la consulta de los extractos, para formular por escrito cualquier reclamación sobre el contenido de los mismos. Y transcurrido este plazo sin ninguna reclamación se considera al titular conforme con su contenido (BBVA).

En realidad este deber de informar deriva en particular del contrato de cuenta corriente bancaria, de donde se deduce un deber del banco de informar al cuentacorrentista de las vicisitudes propias del contrato.²⁹⁰ Y tiene su

²⁸⁵ *Ibi.*, p. 95.

²⁸⁶ Vid. supra 7.b).vii.

²⁸⁷ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)”, RDBB, 86, 2002, p. 30; Guggenheim, D., *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4ª ed., Ed. Georg, Genève, 2000, p. 69; López Jiménez, J.M^a, Comentarios a la Ley de servicios de pago, cit., 249.

²⁸⁸ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, RDBB, 98, 2005, p. 107; Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 46-47.

²⁸⁹ Cfr., entre otros, Mariño López, A., *Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 106.

²⁹⁰ Cfr., entre otros, Aurióles Martín, A., en AAVV, *Derecho mercantil*, II, coor. G. J. Jiménez Sánchez, Ariel, Barcelona, 6ª ed., 2000, p. 456; Embid Irujo, J.M., “La cuenta corriente

fundamento,²⁹¹ en el entendimiento del contrato de cuenta corriente como un ejemplo de relación jurídica de gestión encuadrada en el marco de la comisión mercantil;²⁹² de donde se deduce la aplicación al banco, como comisionista, de los deberes que imponen los artículos 260 y 263 del CCo. (arts. 1719 y 1720 CC). El primero de estos preceptos establece expresamente que las comunicaciones del comisionista deben ser frecuentes y sobre aspectos relevantes. La finalidad no es otra que la mencionada, que con la rendición de cuentas se permita al destinatario de la información la comprobación por sí mismo de que sus instrucciones han sido ejecutadas por el banco (*feedback*),²⁹³ lo que a su vez exige que los datos facilitados sean fácilmente comprensibles por el cliente.²⁹⁴ A falta de una regulación más concreta sobre este deber de información, en particular sobre los aspectos relativos a su contenido y a la periodicidad de la misma, en la práctica se han venido determinando estas cuestiones en las condiciones generales de los correspondientes contratos bancarios.²⁹⁵ De ahí que los tribunales de justicia entiendan, que constituye un uso bancario de notoriedad manifiesta en el contrato de cuenta corriente la obligación que los bancos asumen siempre, y que reflejan en las condiciones generales, de remitir al cliente extractos de cuenta periódicamente (SSAAPP de Segovia y Cáceres, de 6.5.1996 y 1.7.2002, respectivamente). La periodicidad de las comunicaciones solía ser semestral, como reflejo de lo que disponía el artículo 56 del derogado Reglamento del Banco de España de 1948.²⁹⁶

Pues bien, ahora, con las nuevas disposiciones sobre los servicios de pago, el deber informativo del proveedor está regulado con mayor detalle. Veamos como se regula la cuestión en el Derecho comunitario y su transposición al Derecho español con la LSP y, finalmente, realizaremos una aproximación a la propuesta de regulación de este aspecto respecto a las tarjetas en el ALCM de 2014.

En cuanto al Derecho comunitario, como cuestión previa, hay que recordar que nos encontramos en el Título III de la DSP, en cuyo caso las normas tienen carácter dispositivo cuando el usuario de los servicios de pago no sea un

bancaria”, en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, dir. U. Nieto Carol, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 312 y 314; García-Pita y Lastres, J.L., cit., p. 396; López Jiménez, J.M^a, cit., p. 249; Broseta/Martínez Sanz, *Manual de derecho mercantil*, II, Tecnos, Madrid, 2013, p. 254.

²⁹¹ Cfr. Embid Irujo, J.M., “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: El llamado <servicio de caja>. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en AAVV, *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 110; idem, “La cuenta corriente bancaria”, cit., p. 314. También García-Pita y Lastres, J.L., cit., p. 396-397, si bien añade que, en sentido estricto, el fundamento del deber del banco de remitir extractos y facilitar información sobre el estado de la cuenta está en la calificación de la misma como un contrato de compensación. Pero una compensación gestionada de manera unilateral por el banco, lo que abre un enorme riesgo de abuso por su parte, que es lo que verdaderamente justifica el deber de informar mediante los extractos de cuenta, con la finalidad de proteger al cliente frente al riesgo señalado y permitirle que pueda formular las reclamaciones que crea oportunas.

²⁹² Cfr. Garrigues, J., *Tratado de Derecho mercantil*, III-1^o, Madrid, 1963, p. 469; Garrido, J.M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995, p. 105-108.

²⁹³ Cfr. Garrido, J.M^a, cit., p. 105-108.

²⁹⁴ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, RDBB, 1986, p. 644; Embid Irujo, J.M., “La cuenta corriente bancaria”, cit., p. 314.

²⁹⁵ Cfr. Embid Irujo, J.M., “Contrato bancario....”, cit., p. 111.

²⁹⁶ Cfr. García-Pita y Lastres, J.L., cit., p. 396.

consumidor (art. 30.1 DSP). La regulación de este deber informativo la tenemos en el artículo 47 DSP (información para el ordenante sobre operaciones de pago concretas), que se refiere tanto al momento y a su posible periodificación, al modo o forma en el que se ha de facilitar la información y al contenido mínimo de la misma. En primer lugar respecto al momento de la información, el apartado primero del precepto citado, establece en principio que deberá ser facilitada sin demoras injustificadas a partir del momento en el que se haya cargado la operación de pago en la cuenta del ordenante.²⁹⁷ No obstante, esta norma parece que se flexibiliza con la introducción de un criterio de periodicidad de la información. En este sentido el apartado segundo establece que el contrato marco podrá contener una cláusula que disponga que la información se facilite o se haga accesible de manera periódica, al menos una vez al mes, y de un modo convenido que permita al ordenante almacenar la información y reproducirla sin cambios. Esto supone que la exigencia de la notificación de manera más o menos inmediata, esto es, *sin demoras injustificadas*, puede ser sustituida contractualmente por notificaciones (o accesibilidades) periódicas, al menos, de carácter mensual. Con todo la DSP (art. 47.3) concede la facultad a los Estados miembros de exigir que se facilite gratuitamente la información en papel con una periodicidad mensual. En segundo lugar, en cuanto al modo en el cual se ha de facilitar esta información, según lo establecido en el artículo 41.1 DSP al que se remite el 47 citado, se podrá realizar en papel u otro soporte duradero, deberá estar redactada en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en una lengua oficial del Estado miembro en el que se ofrezca el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes. Y, finalmente, en tercer lugar, en cuanto al contenido de la información, en el mismo apartado primero, se exige al proveedor de servicios de pago que facilite como mínimo la relativa a las operaciones de pago realizadas, el importe de las mismas, el importe de los gastos y de los intereses, el tipo de cambio, si es que procede, y, finalmente, la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago.

Por lo que se refiere a la transposición española de estos aspectos, el artículo 18 de la LSP, relativo a la transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago, se limita a una mención muy genérica y a remitir su tratamiento normativo a disposiciones reglamentarias:

“El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de esta ley se fijen. El Ministerio de Economía y Hacienda determinará los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago único y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, así como las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía.”

Como se ve la norma se remite a su posterior desarrollo reglamentario y se limita a una somera alusión a que la información se facilite de un modo

²⁹⁷ La norma guarda un enorme paralelismo con el artículo 260 del Código de Comercio, cosa que no resulta nada extraña.

fácilmente accesible para el usuario, lo que nos recuerda el artículo 41.1 de la DSP. El desarrollo reglamentario lo tenemos en el artículo 15 de la OEHA/1608/2010, de 14 de junio. Este precepto, con alguna salvedad que ahora veremos, constituye un trasunto del artículo 47 de la DSP, y como éste se refiere al momento en el que se ha de facilitar la información y su frecuencia, al modo de la misma y a su contenido mínimo. También, como en la DSP, las normas de la Orden Ministerial mencionada tienen carácter dispositivo cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor (art. 2.2). En cuanto al momento en el que se ha de facilitar la información, igualmente se establece en principio que se haga sin demoras injustificadas desde que se haya cargado en la cuenta del ordenante. A lo que se añade, en el apartado segundo del art. 15, sin que se presente como algo alternativo a lo anterior, que asimismo se facilitará dicha información de manera gratuita y periódica, al menos una vez al mes, en la forma convenida por las partes, siempre que permita al ordenante almacenar la información y reproducirla sin cambios. La diferencia puede parecer nimia respecto a lo que dice la DSP, pero es más relevante de lo que puede parecer a simple vista. Primero porque no se establece la información periódica mensual como una alternativa al deber de facilitarla sin demoras injustificadas, sino que parece más bien un añadido a este deber, como lo refleja el uso del adverbio *asimismo*. Y segundo, porque lo que hace el legislador español es aplicar la facultad otorgada por el art. 47.3 de la DSP, pero de una manera parcial, por un lado impone la gratuidad y la periodicidad mensual de la información, pero por otro remite al acuerdo de las partes lo relativo a la forma, esto es, en papel o en otro tipo de soporte. Aún así, sobre esto último no vemos mayores inconvenientes. Por lo demás la Orden Ministerial coincide con la DSP tanto respecto al modo (art. 11.1) como en cuanto al contenido mínimo (art. 15.1).

Como complemento normativo de lo anterior hay que mencionar dos disposiciones más, la OEHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. De estas disposiciones se puede resaltar lo siguiente. De la primera (art. 8.2 OEHA/2899/2011) lo relativo a la comunicación anual que las entidades de crédito deberán remitir a sus clientes en el mes de enero de cada año, donde de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en la Orden ministerial citada sobre comisiones, gastos y tipos de interés efectivamente aplicados. Y en cuanto a la Circular del Banco de España, en su Norma undécima, se reitera tanto lo que se acaba de mencionar sobre la comunicación anual, como lo anterior respecto al deber de las entidades de crédito de comunicar gratuitamente al cliente, como mínimo mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes, en la forma convenida por las partes, siempre que permita al cliente almacenar la información y reproducirla sin cambios.

Por otro lado, en cuanto a la carga probatoria del cumplimiento de este deber de notificación del proveedor de los servicios de pago, con anterioridad a la DSP y a la LSP la cuestión presentaba alguna duda, como lo refleja la disparidad de criterio en las diferentes resoluciones judiciales. Así mientras que en ciertos casos (SSAAPP, Alicante, sec. 7ª, de 7 de enero de 2005; Segovia, sec. 1ª, de 30 de septiembre de 2010) se exigía a la entidad crediticia la prueba de la

notificación, en otros (SSAAPP, Madrid, sec. 9^a, de 21 de julio de 1997; Coruña, sec. 5^a, de 5 de marzo de 2003; Huelva, sec. 3^a, de 28 de diciembre de 2004) se entendía que cabía presumir la efectividad de las notificaciones por tratarse de un uso o práctica bancaria.²⁹⁸ Esta carga probatoria parece ahora claro que, con el nuevo régimen jurídico, puede recaer sobre el proveedor de los servicios de pago a la vista del artículo 33 de la DSP (en relación con el 47.2 y 3), que deja libertad a los EEMM para poder imponérsela. Y efectivamente así sucede en el Derecho español, donde el artículo 20 de la LSP impone la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información del Título III al proveedor de servicios de pago. Este último precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 18 LSP y con su correspondiente desarrollo reglamentario al que nos acabamos de referir. En definitiva, de este modo se solventan las dudas que existían con anterioridad a la norma. Y además resulta de lo más acorde con la doctrina del *onus probandi*.

Finalmente, respecto a la propuesta de regulación del ALCM, su art. 663-2 sobre las obligaciones del emisor de la tarjeta, menciona en el apartado d) y último la obligación <de remitir un resumen detallado de las operaciones realizadas con la tarjeta, mensualmente o con la periodicidad menor que se hubiera pactado, al domicilio o a la dirección electrónica indicadas por el contratante o, si se hubiera pactado en el contrato, por el titular o por cada uno de los titulares de las tarjetas>. Esta norma se completa con lo establecido en los dos artículos siguientes. El 663-3 relativo al contenido del resumen y el 663-4 sobre la impugnación de dicho resumen por el titular de la tarjeta. Por lo que se refiere a este último lo veremos en el apartado siguiente con el que guarda una relación más directa.

Pues bien, el deber de remitir el resumen del art. 663-2 podemos decir que en principio coincide básicamente con lo establecido en la DSP y en las disposiciones españolas mencionadas, porque la norma parte de una frecuencia mensual sin perjuicio de posibles acuerdos de menor plazo. No obstante hay que realizar algunas observaciones importantes. En primer lugar hay que decir que la norma no distingue, como hace la DSP y la LSP, entre relaciones con consumidores o con no consumidores, de modo que en las primeras la regulación tendría carácter imperativo y en las segundas dispositivo. Esta laguna no se subsana porque el art. 411-1 ALCM atribuya de manera genérica carácter dispositivo a las normas que regulan los contratos mercantiles, cuando además no está nada claro que este precepto, integrado en el Libro cuarto sobre los contratos mercantiles en general, alcance al contrato de tarjeta regulado en el Libro sexto sobre los títulos-valores y de más instrumentos de pago y de crédito. Aún así, hay que tener en cuenta en todo caso que la doble naturaleza imperativa y dispositiva en función de los sujetos constituye un aspecto sometido a armonización plena por la DSP (art. 30.1 en relación con el 86.1). Y también que nada se dice en la proyectada norma sobre la obligación de remitir el resumen que se haga sin demoras injustificadas, ni sobre que sea gratuita, ni tampoco sobre que se permita almacenar la información y reproducirla sin cambios. En definitiva la norma no se adapta a las exigencias de la DSP y en consecuencia debe ser modificada con tal finalidad. Por último, en cuanto al contenido del resumen del art. 663-3, el precepto se puede decir que coincide

²⁹⁸ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 49-50.

básicamente con lo establecido en la DSP y en las disposiciones de desarrollo españolas, si bien como venimos diciendo de igual manera la norma está necesitada de ciertos ajustes por razón de la armonización plena.

f) La obligación (*responsabilidad*) de anulación-devolución del importe de las operaciones no autorizadas: presupuesto y límites. La responsabilidad por las operaciones no autorizadas anteriores a la notificación del usuario de servicios de pago.

La obligación (la norma habla de *responsabilidad*)²⁹⁹ de anulación-devolución del proveedor de servicios de pago establecida en el art. 60 DSP (art. 31 LSP) hay que decir que no es de carácter absoluto, porque tiene que ser ponderada con la responsabilidad del ordenante según lo establecido en el artículo 61 DSP (art. 32 LSP), que parte del principio siguiente: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 60, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 €,...*”. Pero en cualquier caso, de la interpretación conjunta de estos dos preceptos (arts. 60 y 61 DSP) se puede deducir que la responsabilidad por las operaciones no autorizadas, anteriores a la notificación del usuario de servicios de pago, corresponde al proveedor de dichos servicios, si bien con algún límite y algún presupuesto que enseguida analizaremos para comprobar su verdadero alcance. Sobre las operaciones no autorizadas posteriores a la notificación, con la salvedad de las actuaciones fraudulentas del ordenante, no cabe ninguna duda de que la responsabilidad recae sobre el proveedor de los servicios de pago porque expresamente lo establece el art. 61.4 DSP (art. 32.3 LSP).

En este sentido hay que considerar que el propio artículo 60 citado establece dos salvedades más al deber del proveedor que analizamos. Una primera respecto a lo dispuesto en el artículo 58 DSP (art. 29 LSP) sobre el deber del usuario de notificar las operaciones no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente), y otra, respecto a las indemnizaciones por daños y perjuicios que correspondan según el contrato en cuestión. A lo que hay que añadir lo relativo a la no incidencia de las otras relaciones jurídicas más o menos conectadas con el instrumento de pago utilizado y, finalmente, lo relativo al importe de la devolución. En lo que sigue nos ocupamos someramente de estas cuestiones, con la salvedad de las indemnizaciones por daños y perjuicios según el contrato correspondiente, que como es natural queda remitido a cada caso en particular.

i) La doble relación del art. 60 DSP (art. 31 LSP): con el 61 DSP (art. 32 LSP) y con el 59 DSP (art. 30 LSP)

Pues bien, respecto a lo primero, hay que decir que el alcance patrimonial del deber de devolución del proveedor parece que en principio debe quedar

²⁹⁹ En este caso, a nuestro juicio, se habla de <responsabilidad> en el sentido de <estar obligado>. Sobre esta cuestión terminológica, que a veces puede generar cierta confusión, puede verse especialmente a Ricardo de Angel Yagüez, “Sobre las palabras <responder>, <responsable> y <responsabilidad>”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1323 ss. También, Pantaleón, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, p. 16 ss.

supeditado a la determinación de la responsabilidad del usuario/ordenante según el artículo 61 DSP (art. 32 LSP).³⁰⁰ Este precepto parte de una regla general que le impone al usuario/ordenante, antes de la notificación, un mínimo (máximo) de responsabilidad de 150 € por las operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.³⁰¹ No obstante la responsabilidad puede llegar al total de las pérdidas cuando se esté ante operaciones de pago no autorizadas que sean consecuencia de una actuación fraudulenta, o bien de un incumplimiento deliberado o por negligencia grave, de algunas de las obligaciones impuestas al usuario por el artículo 56 DSP (art. 27 LSP).³⁰² De este modo nos encontramos que el importe de la devolución del proveedor se puede ver reducido en la cantidad de 150 €, o bien en su totalidad en los casos de comportamientos dolosos o con culpa grave por parte del usuario.

Ahora bien, hay que decir que esta especie de compensación que parece existir entre lo establecido en uno (art. 60 DSP) y otro (art. 61 DSP) precepto, puede plantear alguna duda a la vista de la inmediatez con la que se impone la devolución por la primera de estas normas. Ciertamente el artículo 60 DSP (art.31 LSP) parece partir de un automatismo en la devolución del importe de las operaciones no autorizadas, pero como se nos dice por algún autor,³⁰³ la simple afirmación del ordenante de que se trata de una operación no autorizada sin más, no parece que deba impedir que el proveedor de los servicios de pago realice las comprobaciones necesarias en orden a verificar la regularidad o irregularidad de la operación de pago. Sólo después de estas comprobaciones, y salvo verificación por el proveedor de servicios de pago de la existencia de una autorización válida, es cuando la devolución deberá producirse. En este sentido se apunta que falta en la norma el señalamiento de un plazo para la comprobación, al modo y manera de los diez días hábiles fijados para la devolución de los adeudos domiciliados en el artículo 63.2 DSP (art. 34.2 LSP).³⁰⁴ No obstante, hay que decir que el legislador europeo persiste en la inmediatez de la devolución. Y así lo vemos en el artículo 65.1 de la Propuesta de nueva Directiva de servicios de pago de 2013 (PDSP2), donde la norma se mantiene prácticamente igual, e incluso de manera más acentuada en la Enmienda 136 del Parlamento europeo al precepto citado de la PDSP2, donde se habla de que la devolución se deberá producir <a más tardar en el plazo de 24 horas después de observarse o haberse notificado la operación>.³⁰⁵ Pero en último caso no se aclara si las comprobaciones se deberán realizar en ese breve plazo de tiempo, cosa que no resultaría ni muy razonable ni posible, o bien la

³⁰⁰ Cfr. López Jiménez, J.M^a., cit., p. 576-577; Rojo Alvarez-Manzaneda, cit., p. 85.

³⁰¹ La Propuesta de nueva Directiva de servicios de pago de 2013 pretende rebajar este importe a 50 € (art. 66.1 PDSP2).

³⁰² El artículo 27 de la LSP establece como obligaciones del usuario de los servicios de pago la utilización del instrumento de pago según las condiciones pactadas, la custodia del mismo y de sus elementos de seguridad con las medidas razonables y un deber de notificar sin demoras indebidas al proveedor, en cuanto tenga conocimiento, el extravío, la sustracción o la utilización no autorizada de dicho instrumento de pago.

³⁰³ Vid. López Jiménez, J.M^a., cit., p. 577.

³⁰⁴ *Ibi*.

³⁰⁵ Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 3 de abril de 2014, sobre la 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 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

devolución se deberá producir en el plazo señalado se realicen o no las comprobaciones. Con todo, el tenor literal del precepto apunta claramente en esta última dirección (*le devolverá de inmediato*) y es la solución que aporta más protección al usuario, lo que se justifica especialmente en las relaciones con consumidores. No obstante, téngase en cuenta que si bien el art. 60 DSP (art. 31 LSP) se aplica a todo tipo de sujetos porque tiene carácter imperativo, no sucede lo mismo ni con el 58 (29 LSP) ni con el 61 (32 LSP), que ya sea parcial o totalmente, respectivamente, tienen carácter dispositivo en las relaciones con los no consumidores.³⁰⁶

Una opinión relevante a este respecto que conviene analizar es la sostenida por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE).³⁰⁷ El regulador bancario parte del tenor literal del art. 31 LSP, que como sabemos impone al proveedor la devolución inmediata del importe de las operaciones de pago no autorizadas, a lo que añade, sin perjuicio (*con independencia*, dice literalmente) del derecho que asiste a la entidad de efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses. Esto último no nos aclara nada porque sencillamente constituye una frase tópica. Lo relevante es la matización que realiza a continuación, en realidad lo que hace es delimitar objetivamente los ámbitos de aplicación de los artículos 31 y 32 de la LSP (arts. 60 y 61 DSP). Así, a juicio del SRBE, en el primero de estos preceptos sólo cabría incluir las operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que el titular no ha perdido la posesión de la misma, esto es, 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 a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc. De modo que sólo en estos casos se puede hablar de una obligación del proveedor de servicios de pago de la devolución inmediata del importe de la operación no autorizada, probablemente, aunque nada se dice sobre esto en la Memoria del Servicio, porque no cabe ningún reproche en estos casos al titular del instrumento de pago y estamos claramente ante lo que se denomina <fallos del sistema>. Mientras que en los casos comprendidos en el art. 32 LSP, como son las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, como expresamente se establece en dicho precepto, dicha obligación de devolución inmediata no existiría, porque, como deducimos nosotros de la argumentación dada por el Servicio, el titular de la tarjeta al haber perdido su tenencia parece que queda situado en una posición de sospecha y por tanto de posible reproche.

Sobre esta interpretación que se hace por el SRBE podemos decir que la conclusión final a la que se llega no nos parece desacertada, pero no coincidimos del todo con la argumentación que la sostiene. A nuestro modo de ver el artículo 31 de la LSP (art. 60 DSP) no hace ninguna distinción entre los diferentes tipos de operaciones de pago no autorizadas, por tanto su ámbito de aplicación y la correspondiente obligación de devolución inmediata del proveedor de servicios de pago es en principio de carácter general, tanto si se trata de instrumentos de pago sobre los que el titular ha perdido la posesión como si no la ha perdido

³⁰⁶ Cfr. arts. 58 y 51 DSP (29 y 23, respectivamente de la LSP).

³⁰⁷ Memoria del SRBE de 2012 (última de las publicadas), p. 283. También en la Memoria de 2011, p. 206.

(caso de las copias o falsificaciones), y tanto si estamos ante una operación de pago a distancia o entre personas presentes. Igualmente el art. 32 LSP (art. 61 DSP) se refiere a todo tipo de supuestos de operaciones de pago no autorizadas, a pesar de que el precepto habla de instrumentos de pago extraviados o sustraídos. Y es aquí donde radica fundamentalmente nuestra discrepancia con la interpretación que hace el SRBE. A nuestro juicio, como ya hemos visto en el apartado d) de este mismo epígrafe, el art. 32 de la LSP, especialmente su apartado primero, debe ser interpretado de acuerdo a lo que se establece en el art. 61 de la DSP, lo que permite dar cabida en el mismo a todo tipo de operaciones de pago no autorizadas, si bien con un tratamiento jurídico diferenciado en función de un posible reproche al titular del instrumento de pago. No reiteramos aquí todas las explicaciones dadas y nos remitimos al lugar indicado.

La cuestión es que el art. 32 constituye el contrapunto del art. 31, como lo pone de relieve el comienzo del primero de estos dos preceptos cuando dice: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante soportará,...*” De esta manera, a nuestro juicio, se nos está diciendo que la obligación del proveedor de devolver de manera inmediata el importe de las operaciones de pago no autorizadas según el art. 31, queda matizada o limitada por el contenido del art. 32. Lo que significa que, respecto a los casos en los que no es posible plantear ningún tipo de reproche al usuario o titular del instrumento de pago, o dicho de otro modo, cuando no existan indicios que evidencien que la operación de pago fue autorizada por el ordenante o que éste actuó de manera fraudulenta, culposa o negligente con respecto a sus obligaciones según el art. 27 LSP (art. 56 DSP), la devolución del importe de las operaciones no autorizadas efectivamente debe ser inmediata según lo preceptuado en el art. 31 LSP (art. 60 DSP). Y en este grupo de casos entrarían por lo general los de copia o falsificación de la tarjeta, o también los pagos no autorizados (transferencias)³⁰⁸ realizados por medios de comunicación a distancia (banca electrónica). El dato clave, en el ámbito de las tarjetas, radica en que el titular no llega a perder la posesión de la misma, por lo que difícilmente se le puede inculpar de negligencia en su custodia, salvo, como dice el art. 61.1 de la DSP respecto a los casos de sustracción (en realidad se está pensando en los casos de *apropiación indebida*) en los que el ordenante no haya protegido los elementos de seguridad personalizados, donde como es natural el reproche sí que cabe (existen indicios de comportamiento negligente) y el supuesto hay que incluirlo en el grupo siguiente que pasamos a ver. En aquellos otros casos donde hay razones para la sospecha de un comportamiento culposo o no diligente del usuario, como son los de extravío o robo, o los más graves de actuaciones fraudulentas o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de alguna de sus obligaciones (arts.27 y 56, LSP y DSP, respectivamente), es en estos supuestos de operaciones no autorizadas, donde la obligación de devolución inmediata del proveedor del art. 31 LSP debe ceder y dar entrada al art. 32 LSP. En estos casos el proveedor de servicios de pago podrá bien reducir el importe de su devolución en la cantidad de 150 euros (art. 32.1), o bien no proceder a devolución alguna (art.32.2).

En definitiva, como vemos, una vez se plantea la reclamación por parte del usuario, y sin perjuicio de que en caso de conflicto se acabe ante los tribunales

³⁰⁸ Así SSAP de Castellón, sec. 3ª, de 19 de diciembre de 2013 y de 4 de febrero de 2014.

de justicia, la cuestión más delicada es la posición de privilegio que ostenta el proveedor de servicios de pago, porque en principio queda en sus manos optar (esto es, gestionar) por una de las tres soluciones posibles: la devolución inmediata del total importe, la devolución con la reducción de la franquicia de 150 euros, o bien finalmente no devolver nada porque el ordenante deba soportar el total de las pérdidas. El SRBE parece que parte claramente de esta idea según podemos deducir de sus apreciaciones en la Memoria de 2012.³⁰⁹ Por un lado nos dice que a la entidad le asiste el derecho a efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses. Es cierto como decimos que la frase suena un tanto tópica, pero evidencia a nuestro juicio el sentir del Servicio respecto a la capacidad de maniobra del proveedor de servicios de pago. A lo que añade a continuación, de manera más clara, que la devolución del art. 31 LSP se deberá llevar a cabo siempre y cuando que el titular de la tarjeta no hubiera incumplido sus obligaciones según el art. 27 LSP, y la entidad así pueda acreditarlo, valorando el Servicio de manera individualizada las circunstancias que concurren en cada caso. Y, finalmente, en cuanto a la enervación por parte de las entidades proveedoras del límite de responsabilidad del usuario de 150 euros (art. 32.1 LSP), nos dice que es criterio reiterado del Servicio que, sin perjuicio de que en última instancia la cuestión se resuelva por los tribunales de justicia, cuando la entidad acredite la existencia de hechos que *a priori* podrían considerarse suficientes para enervar el límite de responsabilidad, este proceder resulta acorde con las buenas prácticas bancarias.

Pues bien, y sin perjuicio de lo establecido en los apartados 3 y 4 del art. 32 LSP (apartados 4 y 5 del art. 61 DSP), esta posición de privilegio del proveedor de los servicios de pago se limita de algún modo con dos normas. Por un lado, la posible reclamación por daños y perjuicios del usuario si la no devolución o la devolución parcial no están del todo justificadas. El propio art. 31 LSP (art. 60 DSP) alude expresamente a las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar, conforme a la normativa aplicable al contrato entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago. En cierto modo se puede decir que es lo que establecía, en materia de contratación a distancia, tanto el recientemente derogado art. 46 de la LOCM, como lo que sigue estableciendo el 112 (antes 106) del TRLCU.³¹⁰ Y por otro lado, y este constituye a nuestro juicio el aspecto fundamental que limita la posición de poder del proveedor, el art. 30 de la LSP (art. 59 DSP) le impone la carga de la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago. De modo que como establece el propio precepto, cuando el usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada (o alegue que se ejecutó de manera incorrecta), corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio

³⁰⁹ Vid. Memoria 2012 del SRBE, p. 283-284.

³¹⁰ Cfr. Las recientes reformas introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, Disposición derogatoria única y artículo único, apartado veintiocho, respectivamente. No entramos aquí en mayores detalles, pero a nuestro juicio el art. 112 TRLCU (antes 106), al igual que el 46 de la LOCM, deberían haber sido derogados por la LSP, por imponerlo así la DSP que derogó, entre otros preceptos, el art. 8 de la Directiva 97/7/CE, sobre contratación a distancia. La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, que entre otras disposiciones deroga y sustituye a la Directiva 97/7/CE, sobre contratación a distancia, confirma a nuestro juicio lo que decimos porque no aparece en la misma ninguna norma que se corresponda con el vigente art. 112 del TRLCU.

afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. Y sin que el registro del proveedor sea necesariamente suficiente para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el usuario/ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 LSP (art. 56 DSP). Como nos dice el SRBE,³¹¹ la acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado de la tarjeta, por regla general se tratará de reintegros de efectivo o bien de pagos en comercios, ya sea de manera presencial o por un medio de comunicación distancia (telefónico o por internet). Lo primero se acredita mediante los registros internos de la entidad, lo segundo es algo más complicado y la entidad emisora de la tarjeta, al actuar como intermediaria en el pago, deberá presentar la documentación justificativa de la operación (la boleta de la operación debidamente firmada)³¹² y/o la utilización de los elementos de seguridad personalizados, y gestionar la reclamación efectuada por el cliente ante la entidad propietaria del sistema, si bien, a nuestro juicio, el responsable directo frente a dicho cliente (usuario/ordenante) lo sigue siendo la entidad emisora del instrumento de pago que es con quien mantiene la correspondiente relación jurídica.

De lo anterior se deduce que si la entidad proveedora no cumple con su carga probatoria, y no lleva a efecto la autenticación de la operación de pago, deberá proceder a la inmediata devolución del importe de la operación no autorizada. De este modo se pone de manifiesto la relación entre el art. 59 DSP (art. 30 LSP), deber de acreditación de las operaciones de pago, y el 60 DSP (art. 31 LSP), obligación de devolución del importe de las operaciones de pago no autorizadas en caso contrario. En otro caso, cuando la autenticación se verifique, es cuando el proveedor de servicios de pago podría optar y gestionar alguna de las soluciones vistas que se derivan de la aplicación del art. 32 LSP (art. 61 DSP).³¹³ Y en todo caso, conviene insistir, tanto sin perjuicio de la posible aplicación de los apartados 4 y 5 del art. 61 DSP (3 y 4 art. 32 LSP), como de que las partes en conflicto recurran a solventar la cuestión ante los tribunales de justicia.

Por lo que se refiere al ALCM, en su art. 663-4 se desarrolla todo un procedimiento para la impugnación del resumen en el caso del contrato de tarjeta. Resumido de manera muy sintética lo podemos concretar en tres fases. Primero el contratante o el titular de la tarjeta deberá impugnar el resumen en el plazo de un mes contado desde la fecha en que hubiera recibido el resumen periódico. Segundo, en los quince días siguientes el emisor deberá rectificar o justificar porque no lo hace. Y tercero, recibidas las explicaciones, el impugnante dispondrá de siete días hábiles para manifestar su conformidad o disconformidad con las mismas. En caso de silencio se considerarán aceptadas. Pues bien, el sistema diseñado adolece de una grave deficiencia como es la falta de una solución en caso de desacuerdo. Probablemente lo que se quiere dar a

³¹¹ Vid. Memoria 2012 del SRBE, p. 282.

³¹² Vid. Memoria 2012 del SRBE, p. 282-283, donde se nos dice que la valoración de la autenticidad de las firmas no corresponde al Servicio de Reclamaciones, sino a los tribunales de justicia.

³¹³ En este sentido nos parece que se puede entender la reciente sentencia de la AP de Castellón, sec. 3ª, de 4 de febrero de 2014 (nº 39/2014), que se reafirma en otra anterior de la misma sala de 19 de diciembre de 2013.

entender, aunque quizás no se dice por considerarlo una obviedad, es que el conflicto sólo puede ser resuelto en último caso por los tribunales de justicia, sin perjuicio del recurso a las vías de solución internas que están representadas fundamentalmente por la figura del Defensor del cliente.³¹⁴ Pero con independencia del mayor o menor acierto en su configuración interna, lo más relevante ahora para nosotros es que el procedimiento diseñado de impugnación del resumen no resulta concorde ni con la DSP ni con la LSP como estamos viendo.

En cuanto a la responsabilidad por las operaciones no autorizadas anteriores a la notificación, puede decirse que constituye un aspecto central del precepto. Es cierto que no se habla en estos términos por la norma, pero es lo que procede deducir de la taxativa obligación de devolución que se establece en el artículo 60 DSP (art. 31 LSP), sin que dicha devolución esté condicionada a la verificación de ningún tipo de negligencia por parte del proveedor de los servicios de pago, porque se trata de un riesgo asignado de manera objetiva a este sujeto.³¹⁵ Y esto es algo que nos confirma el artículo siguiente con la determinación de la responsabilidad del usuario/ordenante por las operaciones de pago no autorizadas. Si bien, como estamos viendo, este artículo 61 DSP (art. 32 LSP) parte a su vez de una responsabilidad mínima (máxima) del usuario/ordenante por las operaciones no autorizadas de 150 €, lo que visto desde la perspectiva del proveedor de servicios de pago constituye un límite, o mejor una rebaja de su responsabilidad según el artículo 60 DSP (art. 31 LSP).

Con anterioridad a la LSP, aunque la cuestión podía entenderse del mismo modo, y así lo reflejan numerosas resoluciones judiciales,³¹⁶ se presentaba alguna duda por la proliferación de cláusulas contractuales que asignaban la responsabilidad a los usuarios por las pérdidas hasta el momento de la notificación. Estas cláusulas se consideraban válidas bien por la presunción de culpa del titular de la tarjeta en la custodia, o bien sin más por la falta de conocimiento por la entidad emisora de la anomalía en la posesión del instrumento de pago, lo que le eximía de toda culpa o negligencia.³¹⁷ Afortunadamente el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de diciembre de 2009,³¹⁸ ha salido al paso de esta corriente de interpretación y ha declarado abusivas este tipo de cláusulas. No obstante hay que decir que, aunque la

³¹⁴ A este respecto conviene tener presente la Orden ECC 2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en particular su artículo siete.

³¹⁵ Los tribunales de justicia que se han aproximado a la cuestión hablan de responsabilidad cuasiobjetiva de la entidad proveedora de los servicios de pago (Así, SSAAPP, de Albacete, sec. 2^a, de 23 de febrero de 2012; de Badajoz, sec. 2^a, de 7 de febrero de 2013; de Zaragoza, sec. 4^a, de 14 de mayo de 2013; de Castellón, sec. 3^a, de 19 de diciembre de 2013 y de 4 de febrero de 2014). En la doctrina puede verse 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, 283, 2012, p. 243 ss., esp. 358.

³¹⁶ Así, SSAAPP de Córdoba, sec. 1^a, de 24 de julio de 2006; Zaragoza, sec. 5^a, de 16 de febrero de 2007; Madrid, sec. 12^a, de 3 de octubre de 2007; y La Rioja, sec. 1^a, de 1 de marzo de 2010.

³¹⁷ Caso de la SAP de Madrid, sec. 13^a, de 11 de marzo de 2005; SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 4^a, de 9 de diciembre de 2009; y SAP de Madrid, sec. 19^a, de 20 de noviembre de 2009.

³¹⁸ STS, n^o 792 (RJ 2010, 702).

sentencia alude a la DSP y a la LSP, los argumentos que se desarrollan no son del todo concordantes con la nueva normativa.³¹⁹ Y no lo son, fundamentalmente, porque la calificación de la cláusula como abusiva se debe a que exime de responsabilidad a la entidad emisora de manera absoluta, incluso en los casos de comportamiento culposo. Y como estamos viendo la DSP y la LSP van mucho más allá, porque asignan este tipo de riesgos directamente y de manera objetiva al proveedor de los servicios de pago. Probablemente lo que sucede es que la mención que hace el Tribunal Supremo a la LSP es a simple título de *obiter dicta*, no como *ratio decidendi*, de ahí que no se haya ocupado de indagar en profundidad sobre el alcance de la nueva normativa. Téngase en cuenta, además, que la LSP no resultaba de aplicación al caso enjuiciado.³²⁰

ii) La no incidencia de otras relaciones jurídicas

Sobre la posible incidencia de otras relaciones jurídicas, el art. 60 DSP (art. 31 LSP) deja al margen cualquier otro tipo de relaciones jurídicas que no sea la que mantienen el proveedor de los servicios de pago con el usuario/ordenante. Es cierto que esto se deduce de la norma *a sensu contrario*, porque nada se dice a este respecto, pero sí que en el considerando 31 de la DSP nos aclara el alcance de este precepto cuando nos dice que la presente Directiva no debe afectar a otras reclamaciones entre usuarios de servicios de pago y proveedores de servicios de pago.³²¹ De modo que las otras relaciones, ya sea la del titular de la marca de la tarjeta o de su sistema con la entidad bancaria emisora, o la del titular de la tarjeta con el establecimiento comercial, o bien la de la emisora con este último, no deben porque afectar a la obligación de anulación-devolución del proveedor de los servicios de pago por las operaciones no autorizadas. El fundamento jurídico lo tenemos en el principio de relatividad de los contratos que impide que los efectos puedan ir más allá de las relaciones *inter partes* (art. 1257 CC).³²²

iii) El deber de notificación como presupuesto de la devolución: la relación del art. 60 DSP (art. 31 LSP) con el art. 58 DSP (art. 29 LSP)

Por otro lado, como decíamos, el artículo 60 DSP (art. 31 LSP) establece que la obligación de devolución del proveedor del importe de las operaciones no autorizadas deja a salvo (“sin perjuicio”) lo dispuesto en el artículo 58 DSP (art. 29 LSP). Este precepto impone al usuario el deber de notificar al proveedor de servicios de pago las operaciones no autorizadas (o ejecutadas incorrectamente) a fin de poder obtener la rectificación correspondiente. El considerando 31 de la

³¹⁹ En este sentido Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 84-85.

³²⁰ Cfr. Zunzunegui, F., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 16 de diciembre de 2009”, RDMF, 2010, p. 142; 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”, cit., p. 362.

³²¹ Del mismo modo en el considerando 53 de la PDSP2.

³²² Entre otras resoluciones judiciales pueden verse, especialmente, la STS, sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009, fundamento jurídico 8º, y la SAP de Castellón, sec. 1ª, de 26 de octubre de 1998, en su fundamento jurídico primero (Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 80-81).

DSP es muy claro a este respecto cuando nos dice que: “[Si] el usuario del servicio de pago respeta el plazo de la notificación, debe tener la posibilidad de presentar esa reclamación respetando los plazos de prescripción aplicables con arreglo al Derecho nacional.”³²³

Este deber de notificación del usuario como hemos visto puede ser calificado como un deber de denuncia, que constituye en sentido estricto una carga.³²⁴ La comunicación se deberá producir en principio sin tardanza injustificada, esto es, rápidamente o de manera casi inmediata, desde el momento en que tenga conocimiento de la operación no autorizada; o bien en todo caso en el plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, salvo que el proveedor de servicios de pago no haya proporcionado o hecho accesible la información sobre la operación de pago (extractos de cuenta), en cuyo caso, a nuestro juicio, el inicio del cómputo de los trece meses se retrasaría hasta el momento de la facilitación de dicha información. Este plazo de trece meses cumple la función de una norma de cierre destinada a dar seguridad jurídica al sistema normativo diseñado. Pues bien, de aquí se pueden extraer las siguientes conclusiones:

’) Primero que la obligación de devolución del proveedor nace a partir de la notificación del usuario, y en este sentido se puede hablar de un presupuesto³²⁵ de la obligación de devolución. No obstante, por aplicación del principio de buena fe, se puede pensar que no necesariamente deberá ser así si la operación no autorizada es notoria y evidente para el proveedor. En este sentido apunta claramente el artículo 122.6 de la Propuesta CESL de 2011, donde se establece que el vendedor, en las relaciones entre comerciantes, no podrá invocar el presente artículo, sobre el incumplimiento del deber de denuncia del comprador, si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o cabía esperar que conociera y que no haya revelado al comprador.

”) Segundo, que el conocimiento del usuario de la operación no autorizada no se presume sin más por el hecho del envío o disponibilidad de los extractos de cuenta. Hay que valorar que estamos ante un conocimiento real (“tenga conocimiento”), no meramente debido o posible, como lo confirma la propia norma (arts. 58 DSP y 29 LSP) al establecer que el plazo de trece meses no se compute si no se ha facilitado esa información. Lo que significa que la disponibilidad de la información (especialmente por lo que se refiere a los extractos de cuenta) constituye a su vez un presupuesto del conocimiento del usuario,³²⁶ pero no la prueba definitiva del mismo. La severidad de las consecuencias del incumplimiento del deber de notificación del usuario, a lo que ahora enseguida aludiremos (vid. *infra* v), es lo que a nuestro juicio justifica la exigencia de un conocimiento real.

³²³ De manera muy similar en el considerando 53 de la PDSP2.

³²⁴ Nos remitimos a lo dicho en el epígrafe 7.b.iii.

³²⁵ Cfr. Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, cit., p. 151.

³²⁶ Que se trata de un presupuesto del conocimiento por el usuario es algo que a nuestro juicio queda claro en el considerando 31 de la DSP, cuando habla de que el deber del usuario de formular lo antes posible sus reclamaciones sobre las supuestas operaciones no autorizadas tiene como premisa (“*siempre y cuando*”, dice literalmente), que el proveedor de los servicios de pago haya respetado sus obligaciones de información con arreglo a la presente Directiva. Del mismo modo lo vemos en el considerando 53 de la PDSP2.

“”) Tercero, que, no obstante lo anterior, el proveedor de servicios de pago puede intentar probar que el usuario ha tenido conocimiento real de la operación no autorizada en un momento determinado, en cuyo caso, a partir de este momento se verificaría si la notificación se produjo sin tardanza injustificada, y se tratará por lo general de un plazo breve (unas horas o unos días, según los casos) fijado o no contractualmente. La prueba, nada fácil, puede venir dada, por ejemplo, por la notificación personal al usuario de las anotaciones correspondientes, o quizás con la recepción fehaciente del envío, si bien en este último caso no parece que se garantice el conocimiento real. Como es natural si este conocimiento se verifica no entraría en juego el plazo de trece meses que tiene carácter subsidiario.

“”) Cuarto, que el plazo de trece meses se computa bien desde la fecha del adeudo o abono, o bien, si la información no fue facilitada, el *dies a quo* se retrasa al momento de la puesta a disposición de la misma. En este caso, si la información se retrasa *sine die*, entrarían en juego los plazos prescriptivos generales de los Derechos nacionales correspondientes.

“”) Y quinto, en caso de incumplimiento del deber o carga de notificación del usuario, ya sea por tardanza injustificada o bien por el transcurso del plazo de trece meses, el proveedor de servicios de pago no estará obligado a la devolución inmediata del importe de las operaciones no autorizadas. O dicho de otro modo, como es propio en los casos de incumplimiento de una carga informativa por el acreedor, y como sucede en particular en el contrato de seguro, el ordenante/usuario (sujeto equiparable en cierto modo a un asegurado) pierde su derecho a la devolución inmediata del importe de la operación no autorizada.³²⁷ Y esto es algo que tradicionalmente se viene presentando en el ámbito contractual bancario como operaciones de pago aceptadas o autorizadas, porque el silencio o la omisión de respuesta, que es donde verdaderamente radica el incumplimiento del deber o carga informativa del usuario, se entiende como una autorización tácita de las mismas. No obstante hay que decir que cabe la excusa razonable respecto al plazo breve dado que se habla de <sin tardanza injustificada>.³²⁸ En otro caso, con el transcurso del plazo de trece meses, ante lo que verdaderamente estamos es ante un plazo de caducidad o de preclusión,³²⁹ que por razones de seguridad

³²⁷ Cfr. Cabanillas Sánchez, A., cit., p. 255 ss.; Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 110-113.

³²⁸ Puede ser traído aquí de manera analógica el art. 44 (en relación al 39.1) de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, donde se establece que pueda existir alguna excusa razonable de la omisión de la comunicación requerida, si bien en este caso se limitan los remedios que puede utilizar el comprador (la indemnización sin el lucro cesante y la reducción del precio, pero no la facultad resolutoria ni la pretensión de cumplimiento) (Cfr. Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, cit., p. 151-152). También parece que admitiría la excusa razonable el deber de denuncia de la falta de conformidad del comprador del art. 122.1 de la Propuesta CESL, que establece en principio un plazo breve delimitado como un plazo razonable. Con la particularidad de que está referido sólo a las relaciones entre comerciantes, en otro caso dicho deber no existe, lo que significa que el consumidor queda liberado. Se puede decir que el legislador europeo pretende ir en este punto bastante más allá de lo establecido en el art. 5 de la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, y de igual modo respecto al art. 123.5 del TRLCU.

³²⁹ Cfr. Ceres Montes, J.F., voz “Preclusión”, en *Enciclopedia Jurídica LA LEY*, 16, Ed. LA LEY, Madrid, 2008, p. 9450 ss.

jurídica cierra definitivamente al usuario la posibilidad de solicitar la devolución o rectificación de las operaciones no autorizadas.³³⁰

iv) Sobre el importe de la devolución

Finalmente, respecto al importe de la devolución, la norma establece que dicho importe se corresponda con el importe de la operación no autorizada. Y si fue adeudado en una cuenta se restablezca (se abone) al estado que habría existido de no haberse efectuado la operación no autorizada. Hay en este precepto una clara evocación de los efectos propios de la nulidad contractual, que como es sabido se establecen en el artículo 1303 del CC: devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses. De ahí que el importe de la devolución deba incluir además del principal, los intereses de demora, el importe de las posibles comisiones cobradas y los intereses que dicha cantidad principal hubiese generado durante el tiempo transcurrido. A estos importes, como establece el artículo 60.2 DSP (art. 31 LSP), se les puede añadir otras indemnizaciones de acuerdo con lo establecido en el contrato. En este ámbito pueden entrar las indemnizaciones a consecuencia de la inclusión indebida del titular del instrumento de pago en un registro de morosos.³³¹

³³⁰ Así lo refleja igualmente la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, que determina la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad por el transcurso del plazo máximo de dos años (art. 39.2), sin que exista la posibilidad de alegar en este caso ningún tipo de excusa razonable (art. 44 *a sensu contrario*). También el art. 122.2 de la Propuesta CESL fija la pérdida del derecho por el transcurso de un plazo de dos años, si bien este plazo se puede ampliar en función del periodo de vida del bien (art. 122.3).

³³¹ Vid. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., cit., p. 86, con referencia a algunas sentencias: TS, sala 1ª, de 29 de abril de 2009; y de la AP de Madrid, sec. 19ª, de 27 de octubre de 2009.

9. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUTENTICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAGO AUTORIZADAS

Probablemente una de las cuestiones más importantes y más difíciles de resolver en los casos de uso indebido de los instrumentos de pago sea la relativa a la prueba y a la asignación de la carga de la misma. De los diferentes supuestos de uso indebido, sustracción, falsificación o uso de los datos identificativos de la tarjeta, es sin duda este último el que está planteando mayores problemas, especialmente porque permite la utilización de las mismas para celebrar contratos a distancia, ya sea por el medio tradicional telefónico o por vía de Internet. O también piénsese especialmente en los supuestos de clonación de tarjetas sin conocimiento de su titular.³³² Pues bien, en los casos en los que un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada, la carga de la prueba de que la operación se realizó correctamente y que por tanto le debe ser imputada a dicho usuario corresponde al proveedor de servicios de pago. La norma se contiene en el art. 59 de la Directiva (art. 30 LSP):

“1. Los Estados miembros exigirán que, cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que esta se ejecutó de manera incorrecta, corresponda a su proveedor de servicios de pago demostrar 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.

2. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ejecutada, la utilización del instrumento de pago registrada por el proveedor de servicios de pago *no bastará necesariamente para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante*, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 56.”

Como se ve el precepto delimita dicha carga probatoria tanto de un modo positivo como negativo. Lo primero, exigiendo al proveedor de servicios de pago la acreditación de la operación de pago mediante lo que la DSP denomina procedimiento de autenticación, que no es otra cosa que un sistema interno de verificación de la utilización de un instrumento de pago específico, incluidas las características de seguridad personalizadas, según se establece en el artículo 4.19 de la Directiva (art. 2.19 LSP). Por tanto un sistema bajo la exclusiva esfera de control de la entidad bancaria.³³³ Pero a su vez, probablemente por lo que se acaba de decir, se rechaza que el simple registro electrónico de la utilización del instrumento de pago constituya una prueba necesariamente suficiente para probar un uso autorizado, un uso fraudulento o algún otro incumplimiento de

³³² Cfr. Palmero Zurdo, J., “Un marco jurídico armonizado para los servicios de pago en el mercado interior”, NUE, 296, 2009, p. 15.

³³³ La Recomendación de la Comisión de la CEE 88/590, en su Anexo, ya hacía referencia a esta cuestión y a la necesidad de que las entidades bancarias llevaran registros internos sobre la utilización de las tarjetas.

las obligaciones del usuario. No obstante no se aclaran de esta forma todas las dudas que una cuestión tan relevante puede presentar. Enseguida volveremos sobre la misma.

Antes conviene recordar que estamos ante una de esas disposiciones que tienen carácter imperativo en las relaciones con los consumidores y dispositivo con los profesionales o empresarios. Una naturaleza normativa y un contenido que no puede ser alterado por los Derechos nacionales de transposición porque estamos ante un aspecto sometido a armonización plena.³³⁴ Esta naturaleza dispositiva obedece a la idea general desde la que parte la DSP, de que los usuarios de servicios de pago que no sean consumidores, por lo general, están en mejores condiciones de evaluar todo tipo de riesgos.³³⁵ Y si lo trasladamos al ámbito probatorio significa que el reparto de la carga probatoria establecido puede ser alterado en claro perjuicio del usuario de servicios de pago que no sea un consumidor. En este sentido, como se dice en el considerando treinta y tres de la DSP, se deben entender nulas las cláusulas contractuales y las condiciones de prestación y utilización de instrumentos de pago mediante los cuales aumente la carga de la prueba sobre el consumidor o se reduzca la carga de la prueba sobre el emisor. De esta manera la norma europea resuelve una vieja cuestión, al menos española, respecto a la naturaleza de las normas sobre la carga de la prueba. En principio tradicionalmente se ha partido de la idea de que dichas normas eran de *ius cogens*, por lo que no cabía la posibilidad de reglas convencionales contrarias a las reglas legales sobre el reparto de la carga de la prueba.³³⁶ No obstante en los últimos tiempos, y especialmente en el ámbito normativo de protección a los consumidores, han ido apareciendo normas que interpretadas *a sensu contrario* parecen desdeñar esa vieja naturaleza de las normas sobre el *onus probandi*, así sucedía con el derogado artículo 10.1.c).8º de la LCU de 1984 y así se reitera en el vigente artículo 88 del TRLCU de 2007; a lo que hay que añadir, como se nos recuerda por la doctrina procesalista, la omisión por las últimas sentencias de toda referencia a la naturaleza de *ius cogens* de las normas sobre la carga de la prueba, y que se ponga mayor énfasis en razones de derecho material, como son que el pacto sea contrario a una determinada norma, lo que en definitiva sitúa al Derecho español en una posición muy próxima a la del Derecho positivo italiano.³³⁷

Volviendo a lo anterior, la cuestión fundamental, especialmente en las relaciones con consumidores, o cuando no existe pacto al respecto en los otros casos, es determinar el alcance de la norma comentada, o más concretamente, determinar qué prueba será suficiente por parte del proveedor de servicios de pago para imputar la ejecución de una concreta operación de pago al usuario del servicio de pago. A nuestro juicio, el dato normativo clave desde el que hay que partir es el establecido de manera negativa (a) en el apartado segundo del art. 59 DSP (art. 30 LSP), como es que *el mero registro electrónico de la utilización del instrumento de pago por el proveedor no bastará, necesariamente, para la prueba*, ya se trate de la autorización, de un comportamiento fraudulento o del

³³⁴ Cfr. *supra* epígrafe 2.

³³⁵ Cfr. considerando treinta y cinco de la DSP.

³³⁶ Vid. Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 101-102; García-Cuerva García, S., "Las reglas generales del *onus probandi*", en AAVV, *Objeto y carga de la prueba civil* (dir. Abel Lluch/Picó i Junio), Barcelona, 2007, p. 47 ss., esp. 53-54.

³³⁷ *Ibid.*

incumplimiento deliberado o por negligencia grave de alguna de las obligaciones impuestas al usuario de los servicios de pago por el art. 56 DSP (art. 27 LSP).³³⁸ De aquí se deducen dos primeras conclusiones, como regla general, que el simple registro electrónico no es suficiente, y otra, que, no obstante, dicha regla general puede tener excepciones, esto es, que pudiera ser suficiente, según se puede deducir del adverbio *necesariamente*. Y la pregunta inmediata es en qué casos se puede estar ante este tratamiento excepcional. A nuestro juicio la norma lo que hace es dejar una puerta abierta al arbitrio judicial en la valoración de la prueba, especialmente en aquellos supuestos en los que se puedan presentar otro tipo de circunstancias que lleven a la convicción del juez que el registro de la utilización del instrumento de pago pudiera ser suficiente. Entre estas circunstancias cabe pensar tanto en algún tipo especial de instrumento de pago, o bien en los nuevos sistemas de seguridad y verificación que se vayan incorporando, como también en algún comportamiento negligente por parte del usuario del servicio de pago.

Por otro lado, como se ha dicho, el contenido de la carga probatoria se formula de manera positiva (b) de modo que el proveedor de servicios de pago deberá probar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. En esta delimitación positiva de la carga probatoria lo más relevante es la necesaria autenticación de la operación de pago por el proveedor. Pues bien, como es sabido, en un sentido genérico autenticar es acreditar algo, que es a lo que se refiere el art. 59 DSP (art. 30 LSP), esto es, la necesidad de que el proveedor de servicios de pago acredite que la operación se realizó con la autorización o con el beneplácito del titular del instrumento de pago. No se trata de que el proveedor pueda dar fe de la utilización autorizada de dicho instrumento, sino de que desarrolle un procedimiento que le permita comprobar la utilización de un instrumento de pago específico y sus elementos de seguridad personalizados, tal y como se establece en el art. 4.19 de la Directiva (art. 2.19 LSP). Estos elementos de seguridad personalizados pueden variar en función del tipo de uso que se haga de la tarjeta, bien en un establecimiento comercial adherido, bien en la red de cajeros o bien por un medio de una comunicación a distancia, ya sea telefónica o por Internet.

Pues bien, por lo general, en este tipo de conflictos sobre si la operación ha sido o no autorizada por el usuario del instrumento de pago, el soporte probatorio lo constituye los documentos aportados por la propia entidad bancaria demandante: los apuntes de la cuenta bancaria, la certificación del saldo deudor, la documentación sobre las operaciones realizadas con el instrumento de pago y los extractos contables que, como sabemos, se le facilitan periódicamente al usuario sobre los movimientos de su cuenta (SSAAPP, Madrid, sec. 13^a, de 24 de abril de 2008; Sevilla, sec. 5^a, de 13 de marzo de 2009; Valladolid, sec. 1^a, de 26 de febrero de 2010). De aquí que ante la negativa de haber dado la autorización por parte del titular demandado, y sin perjuicio de que la carga probatoria principal recae sobre el actor, se haya producido una cierta flexibilización en el reparto de la carga probatoria con

³³⁸ De no ser así, como se ha dicho (Palmero Zurdo, J., cit., p. 15), supondría transmitir, de forma ciega, al usuario toda responsabilidad en el caso de uso de tarjetas clonadas sin conocimiento de su titular.

apoyo en el artículo 217.7 de la LEC.³³⁹ Ahora, con la nueva norma que comentamos, se nos plantea la duda respecto al verdadero valor probatorio de los registros contables bancarios, especialmente cuando nos dice que el registro por el proveedor de servicios de pago *<no bastará necesariamente para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante>*. Hay aquí dos cuestiones a resolver estrechamente relacionadas, por un lado, si el certificado del saldo emitido por el proveedor de los servicios de pago es suficiente y, por otro, la determinación de la prueba necesaria para acreditar las distintas operaciones. Lo primero está referido a la aportación de prueba en el juicio monitorio y no parece que exista una solución uniforme por nuestros tribunales de justicia.³⁴⁰ Lo segundo nos resulta de mayor interés y está conectado a una cláusula contractual que establece que la certificación del saldo deudor es un título suficiente para la reclamación judicial. Pero la validez de este tipo de cláusulas incorporadas en condiciones generales de los contratos es muy discutida. Se rechazan por contrarias tanto al art. 24 de la CE, al 1256 del CC y al 82.1 TRLCU. No obstante, finalmente parece que el Tribunal Supremo deja a salvo su validez con el argumento de que el pacto de liquidez es un pacto procesal necesario para el despacho de la ejecución, que no impide la oposición y que no altera las normas de la carga de la prueba (SSTS, de 2 de noviembre de 2002, 21 de julio de 2005 y 16 de diciembre de 2009). De aquí se deduce en principio la validez de la cláusula, pero también su insuficiencia en caso de oposición,³⁴¹ salvo que venga acompañada de la documentación complementaria que justifique las diferentes anotaciones que dan como resultado el saldo deudor. Pero aún en estos casos hay que realizar cierta distinción en función del uso de la tarjeta ante el que estemos, porque no es lo mismo estar ante usos que exigen la firma y la identificación del titular, que ante aquellos otros donde es suficiente con la introducción del NIP. Veamos estos diferentes supuestos.

En el primer grupo de casos, por lo general, la exigencia probatoria se satisface con el documento que acredita el contrato subyacente, la utilización del número de identificación personal (PIN) y la firma autógrafa del usuario. En principio el simple registro de los datos por el proveedor de servicios de pago no es suficiente, se deberán aportar los justificantes o comprobantes firmados por el titular del instrumento de pago. Así la STS de 21 de diciembre de 2001 y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En otros casos, cuando el uso se hace por medio de cajeros automáticos las exigencias parecen que deben ser menores, porque aquí sólo se cuenta con los registros de la entidad emisora o de la entidad bancaria correspondiente, de ahí que pueda ser suficiente con la verificación de la utilización del código digital; o también en las comunicaciones a distancia, si son telefónicas, la identificación numérica de la tarjeta, y si son por Internet, además, puede ser necesario el uso del PIN, una clave de operaciones, otra de confirmación remitida telefónicamente por sms por el proveedor en el mismo momento de la operación, o incluso la intermediación de una autoridad de certificación. Pero en todo caso sin que exista un documento que recoja la firma del titular.

³³⁹ Cfr., entre otros, Rojo Alvarez-Manzaneda, La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 51-52.

³⁴⁰ *Ibi*, p. 55-56, con abundantes referencias judiciales.

³⁴¹ *Ibi*, p. 57-58.

La autenticación de la operación puede quedar acreditada en principio con la certificación del saldo deudor acompañado de los extractos de cuenta donde consten las operaciones correspondientes. Aún así sólo estamos ante una serie de datos que hacen presumir que la operación ha sido autorizada, pero que admite la prueba en contrario del usuario ordenante. Piénsese en que la autenticación por la sola verificación del uso del PIN, uso cada vez más frecuente por otra parte, nos puede llevar a situaciones claramente injustas. Así sucedería en los casos de utilización ilegítima o fraudulenta, como pueden ser los de clonación de la tarjeta, robo, sustracción o pérdida, o bien utilización indebida de la clave o del número de identificación personal. En estos casos el usuario podrá acreditar la falta de autorización, a pesar o en contra de los registros de la entidad bancaria, mediante la formalización de la denuncia del robo o de la desaparición, o bien por la aportación de ciertas pruebas que lleven a la convicción del juez que la operación no pudo ser autorizada por el titular del instrumento de pago: las disposiciones de numerario o las compras no se corresponden con las que habitualmente se realizan, utilización en un lugar distante o muy distante del domicilio del titular (SAP, Córdoba, sec. 1ª, de 24 de noviembre de 2003), o bien éste no estaba en posesión de la tarjeta. A esta clarificación de los hechos sobre un posible uso indebido debe colaborar el proveedor de servicios de pago, pues de nuevo el art. 217.7 LEC permite reasignar la carga probatoria (SAP, Guadalajara, sec. 1ª, de 20 de enero de 2004), piénsese en las grabaciones de las cámaras de seguridad de los cajeros automáticos o de las dependencias bancarias.³⁴²

Con todo lo anterior lo que se pretende es verificar que el instrumento de pago en cuestión ha sido utilizado según el procedimiento preestablecido, incluyendo las medidas de seguridad, sin que existan ningún tipo de anomalías o deficiencias técnicas en el sistema de pago. Ahora bien, es cierto que esto no garantiza del todo que la operación se haya realizado de manera autorizada, pero sí que aporta un principio de prueba de la corrección de la operación.³⁴³ En este sentido, si el aporte probatorio del proveedor de servicios de pago no se produjese, la aplicación de la doctrina del *onus probandi* conduciría a imputar el riesgo al proveedor de servicios de pago,³⁴⁴ con la salvedad que antes se ha mencionado. Y de cumplirse con dicha carga probatoria, esto no impedirá en todo caso que el riesgo le pueda ser imputado igualmente a dicho proveedor, al menos parcialmente, porque según el art. 61 de la DSP (art. 32 LSP), como sabemos, desarrolla una regla especial de reparto del riesgo tanto en función de criterios cuantitativos como cualitativos. A esto hay que añadir el carácter de <máximos> de esta norma según lo establecido en su apartado tercero, que permite a los Estados miembros reducir el grado de responsabilidad del ordenante en función de la naturaleza de los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago y de otras circunstancias.³⁴⁵

³⁴² Vid. Rojo Alvarez-Manzaneda, La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 66.

³⁴³ Vid. Ormazabal Sánchez, G., Carga de la prueba y sociedad de riesgo, Madrid, 2004, p. 125 ss.

³⁴⁴ Vid. Montero Aroca, J., cit., p. 87-89.

³⁴⁵ Vid., Castilla Cubillas, M., cit., p. 185, quien nos dice que el criterio por el que se le imputa al titular toda responsabilidad por el conocimiento por terceros del número secreto, ha sido afortunadamente matizado por algunas resoluciones judiciales.

En definitiva, la razón última de esta norma especial que desarrolla un reparto del riesgo favorable al usuario o titular del instrumento de pago, salvo los supuestos de actuación fraudulenta o negligencia grave de éste, estriba en el hecho de que se está ante un sistema de pago ideado y controlado, o en todo caso asumido como tal, por el proveedor, de tal manera que las denominadas <fugas del sistema>,³⁴⁶ en el sentido de posibles usos inautorizados por parte de terceros, deben ser imputadas en principio a dicho proveedor.³⁴⁷ Resulta muy ilustrativa en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de septiembre de 2004, sobre declaración de nulidad de una cláusula contractual exonerativa de la entidad emisora de todo riesgo en el uso de la tarjeta por un tercero.³⁴⁸ Y además, hay que recordar, que el proveedor de servicios de pago es la parte que está en mejores condiciones para redistribuir el riesgo entre todos los usuarios, ya sea directamente mediante la política de precios, o mediante el recurso a técnicas asegurativas, que igualmente acabarán repercutiendo como es natural sobre los precios.³⁴⁹ Con todo, hay que recordar de nuevo, lo dicho sobre las autorizaciones tácitas de las operaciones de pago por la no reclamación a la entidad financiera de los cargos indebidos anotados en los extractos remitidos por ésta.³⁵⁰

³⁴⁶ Cfr. Calle de la Fuente, JM, voz “Tarjetas bancarias”, en Enciclopedia Jurídica LA LEY, Barcelona, 2008, v. 21, p. 12471 ss., esp. 12479. Habla expresamente de estas <fugas del sistema> la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 17 de mayo de 2006.

³⁴⁷ Cfr. Ormazabal Sánchez, G., cit., p. 26-27 ss., y 32 ss.

³⁴⁸ Cfr. Castilla Cubillas, M., cit., p. 183.

³⁴⁹ Cfr. Calle de la Fuente, JM, cit., p. 12471 ss., esp. 12473. También Rojo Álvarez-Manzaneda, La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 80.

³⁵⁰ Vid. *supra* epígrafes 6, in fine, 7.b).vii y 8.e).

10. LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO/ORDENANTE POR LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS: LA APLICACIÓN DE UNA FRANQUICIA MÁXIMA DE 150 EUROS. LA INADECUADA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA

Como anticipamos al hablar de los deberes del usuario, el artículo 61 DSP (art. 32 LSP) desarrolla su régimen de responsabilidad en correlación con el cumplimiento o incumplimiento de dichos deberes. Este precepto establece lo siguiente:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo 60, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 EUR, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o, si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados, de la sustracción de un instrumento de pago.

2. El ordenante soportará todas las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas y/o que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 56. En ese caso, no será de aplicación el importe máximo contemplado en el apartado 1 del presente artículo.

3. En aquellos casos en que el ordenante no haya actuado de forma fraudulenta ni haya incumplido de forma deliberada sus obligaciones con arreglo al artículo 56, los Estados miembros podrán reducir la responsabilidad establecida en los apartados 1 y 2 del presente artículo, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago y las circunstancias de la pérdida, el robo o la sustracción.

4. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 56, apartado 1, letra b), de un instrumento de pago extraviado, robado o sustraído.

5. Si el proveedor de servicios de pago no ofrece medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío, el robo o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 57, apartado 1), letra c), el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.”

Antes de entrar en el análisis de este precepto hay que decir que el legislador español no ha desarrollado la facultad otorgada a los Derechos nacionales por el apartado tercero del mismo. Además de alguna otra importante particularidad que podemos observar en el correspondiente artículo

32 de la LSP. Con más detalle haremos referencia a estas cuestiones en lo que sigue, ahora sólo dejamos constancia de la literalidad del precepto español.³⁵¹

El precepto que estudiamos ahora desarrolla el aspecto más importante sobre las operaciones de pago no autorizadas. Contiene una serie de criterios y principios que, por lo general, se vienen incluyendo en términos más o menos parecidos en las relaciones contractuales entre emisores o proveedores de servicios de pago y los usuarios/ordenantes, y que también en parte estaban ya sugeridos por las disposiciones comunitarias de carácter no vinculante que mencionamos al comienzo del presente trabajo.³⁵² Lo primero que hay que destacar de este precepto desde un punto de vista general es dos aspectos relativos a su propia naturaleza jurídica. Por un lado su doble naturaleza imperativa y dispositiva, la primera respecto a las relaciones con los consumidores y dispositiva en el otro caso, según se establece en el artículo 51.1., que, entre otros, se refiere al artículo 61 en su integridad (art. 23 respecto al 32 de la LSP). Y esta distinta naturaleza en función de los sujetos vinculados no puede ser alterada por los Derechos nacionales porque de nuevo estamos ante una disposición de armonización plena. No obstante, en la lista de excepciones al principio de armonización plena del art. 86.1 de la DSP se incluye al artículo 61.3, pero hay que decir que dicha salvedad a la armonización plena nada tiene que ver con la doble naturaleza imperativa y dispositiva del precepto, sino que está referida al carácter de máximos de lo establecido en los apartados primero y segundo, que sólo puede ser modificado por los Derechos nacionales en beneficio del ordenante/usuario, que es la segunda particularidad de la naturaleza jurídica del precepto a la que nos queríamos referir.

Pues bien, como decimos, la responsabilidad impuesta a los usuarios/ordenantes por las operaciones de pago no autorizadas en los apartados primero y segundo del artículo 61, constituye un nivel máximo de responsabilidad que puede ser reducido, bajo determinados presupuestos y en atención a determinadas circunstancias, por los Derechos nacionales. Sólo nos limitamos a reflejar dicha naturaleza flexible a la baja de la norma comunitaria respecto al grado de responsabilidad de los sujetos implicados, pero insistimos sin que eso afecte en modo alguno al carácter imperativo o dispositivo de la

³⁵¹ Artículo 32. Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.

2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de sus actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.

3. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el art. 27.b), de un instrumento de pago extraviado o sustraído.

4. Si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según los dispuesto en el artículo 28.1.c), el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.

³⁵² Cfr., entre otros, Mariño López, A., cit., p. 33 ss.; Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 72 ss.

norma. De manera que, se modifique o no la norma por los Derechos nacionales, eso no debe suponer ningún cambio en su naturaleza imperativa respecto a los consumidores y dispositiva para los no consumidores. Si bien puede suceder que un cambio por el Derecho nacional en el sentido indicado podría inducir, en el caso de las relaciones con los consumidores, algún incremento del precio por la utilización del instrumento de pago, y en las relaciones con los empresarios o profesionales, dado su carácter meramente dispositivo, un posible agravamiento contractual de la responsabilidad de los mismos respecto a la norma dispositiva o bien igualmente un incremento del precio.

Hechas estas aclaraciones iniciales pasemos a ver el contenido del artículo 61 de la Directiva (art. 32 LSP) y las posibles novedades que nos aporta. En cuanto a la estructura del precepto, a nuestro juicio, se puede dividir en dos grandes apartados, por un lado el alcance de la responsabilidad del ordenante por las operaciones de pago no autorizadas, que lo tenemos en los tres primeros números del precepto, y por otro, dos supuestos o causas de exoneración de esa responsabilidad, en los apartados cuarto y quinto, que se refieren a los supuestos de utilización postnotificación y a la falta de medios adecuados de notificación. Veamos cada uno de estos aspectos.

a) La norma general: responsabilidad hasta un máximo de 150 € por riesgo moral o por negligencia leve. Problemas de transposición en la norma española.

i) Introducción: las situaciones de riesgo moral

En cuanto al alcance de la responsabilidad del usuario/ordenante el apartado primero establece lo que podemos considerar la norma general. Dicha norma impone al ordenante, a pesar de lo establecido en el artículo 60 (art. 31 LSP), una franquicia,³⁵³ concretamente una responsabilidad hasta un máximo de 150 €, por las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas a consecuencia *de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado* o, si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados, *de la sustracción de un instrumento de pago*. En esta primera norma nos encontramos ante la aplicación de la doctrina del *moral hazard* o riesgo moral.³⁵⁴ Se trata de una regulación particular de aquellos supuestos donde se presentan situaciones que podríamos denominar más exactamente como de

³⁵³ Hablan igualmente de franquicia Farrando Miguel/Castañar Codina, “Atribución y distribución de responsabilidad por el uso no autorizado de tarjetas”, cit., p. 94. Por el contrario, Rojo Álvarez- Manzaneda, R. (La utilización fraudulenta de tarjetas de pago, cit., p. 87-88), entiende que no se trata de una responsabilidad que, a modo de franquicia, se establezca en beneficio del titular de la tarjeta, porque éste no responde salvo comportamiento fraudulento o con negligencia grave. A lo que se añade que la finalidad es incentivar una conducta preventiva por los titulares para que extremen sus cuidados de conservación y custodia. Pero siendo cierto esto que se dice, a nuestro juicio, nada opta para que se pueda hablar, más ahora que antes, de una franquicia, como enseña el desarrollo en el texto.

³⁵⁴ Vid. Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Nueva York, 2002 (Nos manejamos por la ed. española, *El análisis económico del derecho*, México, FCE, 2007, p. 185-186); Mackaay/Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2ª ed., Paris 2008, p. 126 ss.

exceso de confianza,³⁵⁵ porque propician cierto relajamiento del cuidado o de la diligencia del sujeto protegido por la norma o por el acuerdo.

El supuesto paradigmático de estas situaciones de *moral hazard* lo constituye el contrato de seguro³⁵⁶ y en particular el seguro a todo riesgo o también el seguro obligatorio,³⁵⁷ pero no es el único, sino que a lo largo del ordenamiento jurídico nos encontramos con otros muchos casos donde se presentan estas situaciones de riesgo moral.³⁵⁸ Así sucede con la expropiación forzosa, en este caso un problema de riesgo moral recíproco, del mismo modo que en todo tipo de indemnizaciones por daños, de ahí que se hable de la <paradoja de la indemnización>.³⁵⁹ Igualmente en situaciones de incumplimiento contractual, como lo pone de manifiesto la norma que establece la limitación de los daños indemnizables a consecuencia del incumplimiento de una obligación (*mitigatio of damages*), un límite al principio de reparación íntegra, que en nuestro caso lo tenemos recogido en el artículo 1107 del CC y en los PDEC/PECL en el 9:503.³⁶⁰ Pero también en el tratamiento de los vicios ocultos o de la conformidad de los productos.³⁶¹ Y de manera más general en el desarrollo de todo tipo de actividad empresarial, donde como es sabido dicho riesgo no es asumido en su integridad por los inversores, sino en parte por los acreedores, en buena medida, aunque no sólo, a consecuencia del beneficio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital.³⁶² Así se pone de manifiesto en general en las operaciones de crédito, donde el riesgo moral se combate bien con la exigencia de garantías, bien con provisiones por morosidad o impagos, que sin duda acaban repercutiendo sobre los clientes finales como el precio que deben pagar por <disfrutar> de un mercado más competitivo e innovador. O en el caso del concurso de acreedores, en relación íntima con el beneficio de la responsabilidad limitada, que permite al deudor quitarse de encima las deudas, lo que se combate con el descrédito de la reputación del deudor y con las normas sobre la responsabilidad de los administradores. Pero en todo caso el concurso, con la administración colectiva del activo, evita el riesgo moral del comportamiento individual egoísta de los acreedores³⁶³ y, con

³⁵⁵ Cfr. Tortella, G./Núñez, Cl.E., Para comprender la crisis, Madrid, 2009, p. 118, donde nos dicen que <exceso de confianza> sería la mejor traducción española a la expresión inglesa *moral hazard*. A lo que añaden que se da <riesgo moral> cuando un individuo o empresa comete acciones muy arriesgadas en la confianza de que, si fracasa, alguien le sacará del apuro.

³⁵⁶ Cfr. Posner, R.A., Economic Análisis of Law, cit., p. 185.

³⁵⁷ Cfr. Marín García/Sánchez Alvarez, “Seguro obligatorio”, en AAVV, Tratado de responsabilidad civil del fabricante, ed. Salvador Coderch/Gómez Pomar, Cizur Menor, 2008, p. 895 ss., esp. 916-917.

³⁵⁸ Como se nos dice el riesgo moral en el contrato de seguro se corresponde con los problemas de <agencia> en otros ámbitos, y en todo caso constituye un ejemplo de comportamientos oportunistas (Cfr. Mackaay/Rousseau, cit., p. 126).

³⁵⁹ Vid. Cooter/Ulen, Law and Economics, 4ª ed., New York, 2004, p. 261 ss. Hay edición española de la 2ª ed. en inglés, Derecho y Economía, México, D.F., 1998, p. 332.

³⁶⁰ Cfr. Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, cit., p. 377-378. También Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, cit., ed. esp. de Barres Belloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., p. 650-654.

³⁶¹ En este sentido se puede entender la norma contenida en el apartado tercero del art. 116 del TRLGDCU y en la segunda parte del art. 1484 del CC.

³⁶² Cfr. Salvador Coderch, P. *et alii*, “Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital”, InDret 3/2003, p. 9 ss.

³⁶³ Se presenta en esta situación un supuesto de dilema del prisionero con varios jugadores. Lo mejor para todos es actuar conjuntamente y suspender todo tipo de acciones

los efectos retroactivos, el riesgo moral de posibles componendas del deudor en la fase anterior a la declaración del concurso. En todo caso cierto nivel de riesgo moral siempre va a existir.

Pues bien, en nuestro caso, nos encontramos ante uno de estos supuestos que generan cierto riesgo moral y que el legislador trata de corregir o de evitar dentro de ciertos márgenes. En términos generales se puede decir que la responsabilidad del proveedor de servicios de pago derivada del art. 60 de la DSP (art. 31 LSP), según el cual está obligado a reintegrar de manera inmediata el importe de las operaciones no autorizadas en la cuenta del ordenante, constituye en la práctica una especie de seguro legal obligatorio por las operaciones de pago no autorizadas, donde el proveedor sería el asegurador y el ordenante el asegurado y beneficiario.³⁶⁴ Hay que decir *prima facie* que la norma está plenamente justificada porque se trata de evitar que el proveedor desplace su riesgo respecto al instrumento de pago sobre el usuario.³⁶⁵ Téngase en cuenta que el control del sistema de pago está dentro de la esfera de influencia del proveedor, de ahí que estemos ante una norma imperativa y sometida a armonización plena, pero en todo caso como el propio art. 60 establece sin perjuicio de la necesaria notificación del art. 58 (art. 29 LSP) antes comentado. Por otro lado la norma constituye un incentivo imprescindible para la contratación en masa de ciertos instrumentos de pago como son las tarjetas de crédito o de pago.³⁶⁶ A pesar de todo, la seguridad que otorga la norma al usuario no cabe duda que comporta una típica situación de riesgo moral, porque le desincentiva de guardar un mínimo de cuidado o de mantener la precaución que sería deseable en la vigilancia de las cosas propias, con un claro perjuicio en principio para el asegurador/proveedor que tendrá que soportar más siniestros, si bien luego su coste lo puede repercutir por otra vía sobre la comunidad de asegurados.³⁶⁷

La cuestión es que se produce en estos casos un cierto distanciamiento entre los intereses de uno y de otro. Para solventar este tipo de situaciones, y alinear los intereses en presencia, lo procedente es implicar más directamente al beneficiario de la norma asignándole una parte del riesgo, y esto es precisamente lo que se consigue con la técnica jurídica de la franquicia.³⁶⁸ La franquicia consiste en dejar a cargo del asegurado, en nuestro caso del usuario/ordenante, un primer tramo del coste de cada uno de los siniestros y el proveedor/asegurador sólo será responsable del resto. De esta manera se pretende incentivar en el titular del instrumento de pago un comportamiento prudente que favorezca la reducción del número de siniestros.³⁶⁹ La norma se justifica por la propia DSP en su considerando treinta y dos, cuando habla de que a fin de ofrecer incentivos para que el usuario de servicios de pago

frente al deudor, pero el interés secreto de cada uno es perseguir individualmente los bienes del deudor (Cfr. Mackaay/Rousseau, cit., p. 136).

³⁶⁴ Hay aquí una cierta proximidad con los vicios ocultos en su tratamiento más moderno bajo el principio de conformidad de carácter imperativo (Cfr. Mackaay/Rousseau, cit., p. 133).

³⁶⁵ Cfr., entre otros, Mariño López, A., cit., p. 56.

³⁶⁶ Cfr. Farrando Miguel/Castañar Codina, "Atribución y distribución de responsabilidad por el uso no autorizado de tarjetas", cit., p. 94, n. 26.

³⁶⁷ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 80 y 87.

³⁶⁸ Cfr. Marín García/Sánchez Alvarez, "Seguro obligatorio", cit., p. 916.

³⁶⁹ Cfr., entre otros, Castilla Cubillas, M., cit., p. 196 y 201.

comunique sin demora a su proveedor toda pérdida o robo de un instrumento de pago, y reducir así el riesgo de operaciones no autorizadas, el usuario sólo debe ser responsable por un importe limitado, salvo en caso de fraude o grave negligencia.

Es cierto que el importe de la franquicia podría ser modulado en función de diferentes tipos de usuarios/asegurados, entre los más prudentes y los imprudentes, con la consiguiente rebaja del precio o de la prima si se aceptan franquicias por un mayor importe o bien a la inversa.³⁷⁰ Es lo que lleva a distinguir entre un seguro perfecto y otro imperfecto.³⁷¹ Pero en nuestro caso la adecuación de la prima no siempre es posible, porque el artículo 61 de la DSP (art. 32 LSP) sólo tiene carácter dispositivo en las relaciones con los no consumidores. Y en los otros casos, en las relaciones con los consumidores, la norma es imperativa pero sólo parcialmente, no caben los incrementos del importe de la franquicia, pero sí las posibles reducciones o incluso su eliminación por las partes, porque se trataría del establecimiento de condiciones más favorables a los usuarios de los servicios de pago que está permitido expresamente por la DSP (cfr. art. 86.3). También hay que decir que la DSP, en su art. 61.3, permite a los Derechos nacionales una cierta flexibilización a la baja del nivel de responsabilidad establecido en los apartados primero y segundo de este mismo precepto, esto es, el Derecho nacional puede establecer una franquicia por un importe inferior a los 150 € o incluso llegar a eliminarla en algunos casos, sin perjuicio de su carácter dispositivo o imperativo, no obstante se trata de una facultad que no ha utilizado el legislador español (cfr. art. 32 LSP).

Con anterioridad a la vigente regulación la práctica contractual ya acogía directa o indirectamente cláusulas que conducían a resultados similares a los actuales. Por influencia fundamentalmente de las Recomendaciones comunitarias de carácter no vinculante antes mencionadas,³⁷² los contratos de tarjetas de crédito vienen incluyendo, desde hace algún tiempo, cláusulas en las que se limita la responsabilidad del titular por las operaciones no autorizadas anteriores a la notificación a la cantidad de 150 €. ³⁷³ No se produce por tanto ningún cambio importante con la nueva regulación desde un punto de vista práctico. Pero sí que se produce un cambio relevante desde un punto de vista teórico-normativo, porque si bien antes se partía de la regla de la responsabilidad del titular por las operaciones no autorizadas anteriores a la

³⁷⁰ Cfr. Mackaay/Rousseau, cit., p. 127. También puede verse Reverte Navarro, A., cit., p. 589.

³⁷¹ Cfr. Schäfer/Ott, Manual de análisis económico del Derecho civil, tr. esp., Madrid, 1986, p. 113-116.

³⁷² Vid. *supra* epígrafe 1. Concretamente en el art. 6.1 de la Recomendación 97/489/CE de la comisión de 30 de julio de 1997, se establece lo siguiente: “Hasta el momento de a notificación, el titular asumirá los daños que resulten de la pérdida o robo de su instrumento electrónico de pago hasta un determinado límite, que no excederá de 150 ecus, excepto cuando haya actuado con negligencia grave, infringiendo lo dispuesto en las letras a), b) o c) del artículo 5, o de forma fraudulenta, en cuyo caso no se aplicará dicho límite”.

³⁷³ La práctica judicial ha sido por lo general favorable a la validez de estas cláusulas. Así en las SSAAPP de Madrid, sec. 14^a, de 25 de abril de 2006; de Pontevedra, sec. 1^a, de 24 de septiembre de 2009; de Madrid, sec. 11^a, de 20 de noviembre de 2009. No obstante, en algunos casos los tribunales no las han visto con buenos ojos y las han calificado de abusivas al entender que el riesgo correspondía a la entidad emisora: SSAAPP de Valencia, sec. 9^a, de 17 de mayo de 2006; de Córdoba, sec. 1^a, de 24 de julio de 2006.

notificación, con un límite máximo de 150 €; ahora, con buen criterio y por las razones antes mencionadas, se parte de la regla contraria, de la asignación de este riesgo al emisor o proveedor de los servicios de pago, pero manteniendo un nivel mínimo (máximo) de responsabilidad del titular en el mismo importe anterior de ciento cincuenta euros.

Para terminar con esta cuestión hay que decir que la Propuesta de nueva Directiva de servicios de pago de 2013 (PDSP2) pretende rebajar el importe mencionado a la cifra de 50 €, así en su artículo 66.1, pero con la particularidad de que se produce una cierta socialización de las pérdidas, dado que en la propuesta no se hace, como sucede ahora, ningún tipo de exclusión y se da cabida a todo tipo de supuestos ya sea robo, extravío o apropiación indebida.³⁷⁴ En la norma vigente, como enseguida pasamos a ver con detalle, no quedan sometidos a la franquicia los supuestos de sustracción (esto es, los de apropiación indebida), salvo que el usuario/ordenante no haya protegido los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago, porque se piensa que no existe reproche posible alguno a dicho usuario. Con la nueva propuesta el legislador europeo efectivamente rebaja de manera significativa de 150 a 50 € el importe de la franquicia, pero lo hace a costa de los más cuidadosos porque la extiende a todo tipo de supuestos. De ahí que el Parlamento Europeo, en sus Enmiendas de 3 de abril de 2014 a la PDSP2 (Enmienda 138), proponga añadir que la franquicia de 50 € no se aplicará si la pérdida, el robo o la apropiación indebida de un instrumento de pago no eran detectables para el ordenante antes de un pago. En principio la solución puede parecer correcta, pero no lo es del todo porque iguala en su tratamiento jurídico a supuestos que pueden ser desiguales, o dicho de otro modo, hace desaparecer la distinción entre los supuestos con y sin riesgo moral.

ii) La distinción entre los supuestos de mera sustracción o de apropiación indebida y los de pérdida o robo: justificación del tratamiento diferenciado

Como decíamos el apartado primero del art. 61 de la DSP distingue, por un lado, entre *las pérdidas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado*, en cuyo caso no da relevancia a si el ordenante ha protegido o no los elementos de seguridad, esto es (y sin perjuicio de lo que se establece en el apartado segundo),³⁷⁵ aunque haya protegido dichos elementos soportará hasta ese máximo de las pérdidas fijado por la franquicia, porque aquí de lo que se trata es de la protección o cuidado del instrumento de pago. Y por otro lado, *las pérdidas derivadas de la sustracción de esos mismos instrumentos de pago*, esto es, sin necesidad de su utilización material, en cuyo caso dicha responsabilidad no se le impone, salvo si el usuario/ordenante no ha

³⁷⁴ La DSP, en su versión española, habla de sustracción y no de apropiación indebida, nos parece un acierto que la PDSP2 haya abandonado la primera expresión en beneficio de la segunda, porque como veremos enseguida resulta más correcto y menos confuso hablar de apropiación indebida.

³⁷⁵ El apartado segundo establece que el límite máximo de responsabilidad del apartado primero no será de aplicación en el caso de comportamientos fraudulentos o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de alguna de las obligaciones del art. 56. Más adelante (apartado b) nos detendremos en este aspecto.

protegido los elementos de seguridad personalizados porque son los que permiten o facilitan la utilización indirecta del instrumento de pago. Este último supuesto se presenta cuando un tercero no autorizado se hace –sustracción- con los datos o código confidencial del instrumento de pago que le permite, sin la presentación física o la identificación por medios electrónicos, la <utilización> del mismo sin necesidad de tener su posesión material. Se trata de operaciones de pago que se pueden realizar sin la posesión de la tarjeta, en particular en la contratación a distancia, ya sea por vía telefónica o por Internet, donde por lo general las operaciones se cierran con los datos identificativos del titular que figuran en la tarjeta. Pero también hay que dar aquí por incluidos los supuestos de falsificación, clonación, phishing o pharming de las tarjetas,³⁷⁶ porque igualmente en estos casos se puede hablar de sustracción de un instrumento de pago, aunque en realidad se trate más bien, tanto en unos como en otros, de la mera apropiación indebida de los elementos técnicos y de seguridad que permiten su utilización. Más adelante haremos alguna distinción entre alguno de estos supuestos de uso indebido.

Esta distinción entre los supuestos de pérdida o robo por un lado y de sustracción o apropiación indebida por otro, con el mejor tratamiento jurídico en el segundo caso, no constituye una novedad en el Derecho comunitario, porque ya la podíamos ver en anteriores disposiciones, donde además podemos comprobar la ilustrativa evolución que se ha producido en este punto. En un primer momento, en la Recomendación 88/590/CEE, sobre sistemas de pago, en su art. 8.3 del Anexo, no se entró en ningún tipo de distinción y se trató de manera idéntica a los supuestos de pérdida, robo o falsificación del instrumento de pago, de modo que el titular era responsable de las pérdidas sufridas hasta el equivalente a 150 ecus en cada caso, salvo comportamientos fraudulentos o con grave negligencia. La distinción se apunta siquiera implícitamente en la Directiva 1997/7/CE, de 20 de mayo, sobre la contratación a distancia con consumidores, donde en su artículo 8 sobre el pago mediante tarjeta (derogado por el art. 89 de la DSP), se estableció que: los Estados miembros velarán porque existan medidas apropiadas para que *-el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la presente Directiva; [y] - en caso de utilización fraudulenta, se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan*. En este caso, al estar referida la norma exclusivamente a la utilización fraudulenta de las tarjetas de pago en el ámbito de la contratación a distancia, todo apunta a que estamos ante el segundo grupo de supuestos, ante aquellos en los que no se produce por lo general ni una presentación física de la tarjeta ni su identificación electrónica, sino la mera utilización del número de la misma. Y justo en estos términos se expresaba tanto la Propuesta de Directiva de 1992, como la Propuesta modificada de 1993. Pero, finalmente, con buen criterio se eliminó dicha referencia al número de la tarjeta y a la no presentación o identificación electrónica porque podía entenderse que dejaba fuera a los abusos mediante tarjetas falsificadas o de otro tipo, lo que dio lugar al texto aprobado que como acabamos de ver se refiere en general a los usos fraudulentos en la contratación

³⁷⁶ Cfr. Rico Carrillo, M., El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico, Cizur Menor, 2012, p. 259-264.

a distancia.³⁷⁷ De modo que, como decimos, aunque sea implícitamente, la norma se podía entender pensada para aquellos tipos de supuestos en los que no hay una utilización física o directa de la tarjeta. Y como se puede comprobar la Directiva mencionada no establecía en estos casos ningún tipo de franquicia a cargo del titular de la tarjeta. Probablemente también pudo influir en este dato la conveniencia de generar incentivos para el pago con tarjeta en la contratación a distancia. La distinción reaparece en términos muy parecidos y de manera casi simultánea en la Recomendación 97/489/CE, sobre transacciones mediante instrumentos electrónicos de pago, de 30 de julio (DOCE, 2.08.97), en su artículo 6, donde en su apartado primero se refiere a la pérdida o robo, en cuyo caso y hasta el momento de la notificación el titular asumirá los daños hasta un determinado límite que no excederá de 150 ecus, salvo actuación fraudulenta o negligencia grave; y por otro lado, en el apartado tercero, hace una salvedad respecto a los supuestos en los que el instrumento de pago se utilizó sin presentación física o identificación por medios electrónicos, en cuyo caso el titular no será responsable ni siquiera del importe de la franquicia. A lo que añade que el hecho del uso exclusivo de un código confidencial o cualquier otro elemento similar de identificación no será suficiente para entrañar su responsabilidad.

Ahora bien la cuestión que hay que plantearse es cuáles son las razones que llevan a esta distinción y a su tratamiento jurídico diferenciado, o mejor dicho ¿por qué se trata mejor al ordenante/usuario en el supuesto de la mera *sustracción* que en el de la *utilización* como consecuencia del extravío o robo? Lo primero que hay que decir es que la terminología utilizada por el legislador europeo resulta un tanto confusa por lo que se refiere a la expresión *sustracción* en la versión española de la Directiva.³⁷⁸ Porque hablar de sustraer en castellano es hablar de hurtar o de robar, lo que puede dar la impresión de que ambos supuestos quedarían solapados y por tanto su tratamiento jurídico diferenciado injustificado. Esta idea, que no compartimos, es la que probablemente ha calado en el legislador español que efectivamente ha fusionado ambos supuestos comunitarios, robo y sustracción, en uno sólo, bajo la denominación de sustracción. Enseguida volveremos sobre esta particularidad normativa española para poner de manifiesto el posible error interpretativo al que conduce.³⁷⁹

En este momento lo que nos interesa es fundamentar que la distinción de ambos supuestos y su diferente tratamiento jurídico está justificado, porque de lo que se trata es de marcar las distancias entre los casos en los que cabe algún tipo de reproche al ordenante de aquellos otros en los que dicho reproche no cabe. O mejor dicho, distinguir entre los casos en los que el nivel de riesgo moral se puede reducir con los incentivos adecuados, lo que redundará en beneficio de todos, frente a aquellos otros en los que no tiene ningún sentido introducir dichos incentivos porque no podrán influir nunca, o difícilmente lo podrán

³⁷⁷ Sobre esto y su traslado a nuestro Derecho nos remitimos a lo visto en el epígrafe 3.

³⁷⁸ En algunos casos las expresiones utilizadas en otras lenguas están próximas a la española, así sucede cuando se habla de <*détournement*> en la versión francesa o de <*Verwendung*> en alemán. A diferencia de lo que sucede en las versiones italiana, portuguesa e inglesa, que hablan de manera muy similar, respectivamente, de <*appropriazione indebita*>, <*apropriação abusiva*> y de <*misappropriation*>.

³⁷⁹ Cfr. art. 32.1 LSP.

hacer, en la mejora del nivel de cuidado del ordenante. De modo que en el primer grupo entrarían los casos de extravío y robo, porque respecto a los mismos cabe la posibilidad de un cierto reproche a los titulares del instrumento de pago,³⁸⁰ se puede estar ante supuestos de negligencia leve o levisima, o en todo caso, lo que sí cabe respecto a estos sujetos es la mejora del nivel de cuidado,³⁸¹ por lo que el establecimiento de la franquicia se puede entender justificada. Y en el segundo, los que la DSP denomina casos de *sustracción* o más correctamente a nuestro juicio los que podríamos denominar como de *apropiación indebida*,³⁸² porque en éstos, salvo por lo que se refiere a la custodia de los elementos de seguridad personalizados, no ha lugar en principio a otro tipo de reproches, ni tampoco cabría la posibilidad de mejorar su nivel de cuidado con la imposición de una franquicia, porque la norma está dirigida a aquel tipo de supuestos en los que o bien existe una relación de confianza entre los sujetos implicados, titular del instrumento de pago y quien lo usa sin autorización (por ejemplo una relación familiar o de proximidad relevante), o bien aquellos otros en los que la manipulación o el acceso al instrumento de pago está fuera de cualquier tipo de control por parte del usuario/ordenante, porque se sale de su esfera de influencia, como sucede por lo general en los casos de falsificación, clonación o de apropiación por vía electrónica o de otra forma de los datos identificativos de la tarjeta.³⁸³ En realidad se puede decir que no se produce ni siquiera una privación material del instrumento de pago, o en todo caso resulta imperceptible a su titular,³⁸⁴ y es esto precisamente, lo que impide formularle cualquier tipo de reproche respecto a la custodia del mismo. De ahí que, a nuestro juicio, sea más acertado hablar en estos casos de

³⁸⁰ El supuesto no es desconocido en nuestro derecho codificado, así lo podemos ver en el caso del art. 1784 CC, donde como nos dice Carraso Perera (“Comentario al art. 1105 CC”, en Comentario CC y Comp. Forales, dir. Albaladejo, XV-1º, Edersa, Madrid, 1989, p. 641-642) se está ante un procedimiento normativo de responsabilidad-exoneración que asigna ciertos riesgos que no suelen ocurrir sin culpa, concretamente en este caso estableciendo una presunción *iuris et de iure* de culpa que asigna al hostelero todo el riesgo interno de la cosa, un riesgo que deriva de la presunción clásica de que el robo no suele ocurrir sin culpa. Se presume sin prueba en contrario que el robo en el interior del local no ocurrió sin culpa, salvo el robo a mano armada que como es natural excluye toda sospecha de culpa. Y hablar aquí de algo “externo” equivale a que el ordenamiento excluye de principio toda presunción de culpa.

³⁸¹ Entraría dentro de lo que se denomina la responsabilidad “normal” del deudor, donde no se presume de derecho culpa alguna, pero de hecho se le cargará judicialmente con ella con base en el dato estadístico de que la mayoría de los incumplimientos se deben a causa imputable al deudor (Vid. Carrasco Perera, A., “Comentario al art. 1105 CC”, en Comentario CC y Comp. Forales, dir. Albaladejo, XV-1º, cit., p. 641). Lo que justificaría en cierto modo la asignación del denominado “riesgo moral”.

³⁸² Resulta ilustrativo una aproximación al tipo penal de la apropiación indebida y verificar sus diferencias con el robo, donde podemos comprobar como en el primero juega un papel importante la relación de confianza entre los sujetos implicados. No obstante es cierto que en una zona de penumbra se queda el tipo penal del hurto, a caballo entre el robo y la apropiación indebida (Cfr. Reverte Navarro, “Comentario al artículo 46”, en AAVV, Régimen jurídico general del comercio minorista, coor., F. Alonso Espinosa *et alli*, cit., p. 585; AAVV, Tarjetas bancarias y derecho penal, dir. Maza Martín, cuadernos de Derecho Judicial, VI-2002, Madrid, 2003; Castilla Cubillas, M., La tarjeta de crédito, cit., p. 205-209).

³⁸³ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 90.

³⁸⁴ En este sentido apunta claramente la enmienda 138 del Parlamento Europeo a la PDSP2 de 2013: la franquicia no se aplicará si la pérdida, robo o la apropiación indebida de un instrumento de pago no eran detectables para el ordenante antes de un pago.

apropiación indebida,³⁸⁵ como se hace en las versiones italiana, portuguesa e inglesa de la DSP, que de sustracción como sucede en la versión española, porque como decimos esta expresión dificulta la distinción y la delimitación de ambos tipos de supuestos sometidos a regulación diferente. Y buena prueba de lo que decimos lo constituye el resultado en este punto de la inadecuada transposición española que pasamos a ver a continuación.

iii) La inadecuada transposición española y su posible interpretación conforme a la DSP

El apartado primero del artículo 32 de la LSP establece lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, *las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.*”

Como se ve el legislador español ha fundido en uno sólo los dos supuestos de la correspondiente norma comunitaria, de manera que en una primera aproximación a la norma no parece que proceda ningún tipo de distinción entre los supuestos de extravío y robo por un lado y los de sustracción o apropiación indebida por otro. El precepto español da la impresión de que, dado el parcial solapamiento de las expresiones robo y sustracción, ha optado por la conservación de la expresión más amplia y la supresión de la más restrictiva, y ello probablemente guiado por una loable finalidad simplificadora y facilitadora de la aplicación de la norma.³⁸⁶ Pero no se apercibe que legislando de este modo se salta un claro mandato del legislador comunitario, porque estamos ante un aspecto sometido a armonización plena, como es la diferenciación de tratamiento jurídico entre dos supuestos distintos. La consecuencia de este modo de legislar es que los ordenantes/usuarios españoles pueden ver agravada su posición respecto a lo establecido en la DSP, porque la franquicia de 150 € se les va a aplicar en todo caso, incluso en aquellos supuestos en los que como hemos visto poco o nada pueden hacer por evitar la apropiación de la tarjeta o de los elementos que permiten su manipulación indebida.

Ahora bien, dicho esto, que a nuestro juicio constituye un incumplimiento del mandato comunitario, la cuestión es si podríamos salvar dicho incumplimiento mediante una interpretación del texto español que fuese conforme con lo establecido en la DSP. A nuestro juicio la interpretación conforme al texto comunitario es necesaria y es posible con apoyo en la doctrina

³⁸⁵ Como se ha anticipado la PDSP2 de 2013, en su art. 66.1, con buen criterio, abandona la expresión de sustracción y habla de apropiación indebida.

³⁸⁶ Quizá el legislador español se ha dejado guiar por la distinción clásica que se hace en el art. 464 del CC, que habla por un lado de pérdida o privación ilegal (párrafo 1º) y por otro de pérdida o sustracción (párrafo 2º). En este segundo caso parece que da cabida en la sustracción a todo tipo de supuestos de privación ilegal (Vid. Martín Pérez, A., Comentarios Edersa, VI, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 479-521, esp. 491). No obstante, como es bien sabido se trata de un precepto difícil y sometido desde hace tiempo a fuerte polémica [Cfr., especialmente, Miquel González, J.M^a, La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464, 1 del Código civil), Madrid, 1979, p. 363-398. También, De Pablo Contreras, P., “Comentario al art. 464”, en AAVV, Código Civil Comentado, I, dir. A. Cañizares *et alli*, Cizur Menor, 2011, p. 1879-1886].

del TJCE,³⁸⁷ que como es sabido establece que la eficacia aplicativa de la Directiva debe iluminar la interpretación del Derecho nacional de concreción, si bien dicha interpretación se debe realizar [*forzar*] por los jueces nacionales hasta el límite del *contra legem*,³⁸⁸ por aplicación de los principios generales del derecho, especialmente los de seguridad jurídica y de irretroactividad.³⁸⁹ A esta interpretación de la norma española conforme a la norma comunitaria también ayudan las otras normas comunitarias antes mencionadas, tanto la de la Directiva 97/7/CE, como especialmente la de la Recomendación 97/489/CE, en este último caso a pesar de su naturaleza de norma no vinculante (*soft law*),³⁹⁰ porque como también se ha dicho por el Tribunal de Justicia³⁹¹ el juez nacional no puede obviar la existencia de la Recomendación, sobretodo cuando ilustran disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación o bien cuando tienen por finalidad completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante, lo que no impone una interpretación conforme, pero sí una justificación por su no aplicación.³⁹² En definitiva, a nuestro juicio, con esta interpretación de la norma española conforme al Derecho comunitario se salva el probable *lapsus* del legislador español y se impide el sometimiento a la franquicia en los casos mencionados (clonación, falsificación o de apropiación de algún otro modo de los datos del instrumento de pago).

iv) El importe de 150 €: un límite total y absoluto

Por otro lado, hay que decir que el límite de los 150 € es un límite total y absoluto, de modo que no cabe plantear posibles ampliaciones del importe en razón del número de operaciones, de los días transcurridos sin la notificación o de cualquier otro criterio. Es cierto que se trata de una cuestión discutida antes de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones que comentamos,³⁹³ pero bajo la vigente regulación del art. 61.1 de la Directiva (art. 32.1 LSP), las dudas deben quedar disipadas, porque ahora el precepto establece *un límite máximo de 150 euros referido a las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas*, habla claramente en plural cuando se refiere a las posibles operaciones no autorizadas, por tanto no cabe plantearse una interpretación extensiva, y perjudicial para el usuario/ordenante, que pretenda referir el límite a cada una de las operaciones o a las realizadas en cada uno de los días transcurridos sin notificación. Ahora bien, de nuevo hay que recordar que se trata de una norma dispositiva en las relaciones entre no consumidores. En

³⁸⁷ Entre nosotros para una aproximación a esta cuestión puede verse, entre otros, Alonso García, R., cit., p. 213 ss.; Mangas/Liñan, Instituciones y Derecho de la unión europea, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 405 ss.

³⁸⁸ Así expresamente en la STJCE, de 16 de junio de 2005 (Asunto *Pupino*, C-105/03).

³⁸⁹ Cfr. Alonso García, R., cit., p. 214-216.

³⁹⁰ El denominado *soft law* con destino *ad extra* puede desempeñar cuatro funciones esenciales: como <técnica de sondeo>, como alternativa al *hard law*, como complemento de éste y como parámetro de interpretación del mismo (Vid. Alonso García, R., cit., p. 120-128, esp. 123-126).

³⁹¹ STJCE, de 13 de diciembre de 1989 (Asunto *Grimaldi*, 322/88).

³⁹² Cfr. Alonso García, R., cit., p. 217-218.

³⁹³ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 91-92. Si bien, como nos recuerda este mismo autor, ya había una clara corriente de opinión a favor de considerar dicho importe como un límite total y absoluto (Vid. Barutel Manaut, C., Las tarjetas de pago y crédito, Barcelona, 1997, p. 483-484; Farrando Miguel/Castañer Codina, "Atribución y distribución de responsabilidad...", cit, p. 97-98.

cuanto a la PDSP² (art. 66.1), como se ha dicho, pretende rebajar este importe a 50 €, pero con la contrapartida de establecer una cierta socialización de las pérdidas y extender la franquicia a todo tipo de supuestos sin valorar si existe o no una situación de riesgo moral.

v) El ámbito de aplicación de la norma general: los actos de negligencia leve

Para terminar hay que decir que el ámbito de aplicación de la norma general no se agota en los casos expresamente mencionados por el precepto comentado, sino que también deben quedar comprendidos en el párrafo primero del art. 61 de la DSP (art. 32.1 LSP) los casos de incumplimiento por negligencia leve (incumplimientos no deliberados o por negligencia leve) de alguna de las obligaciones del art. 56 DSP (art. 27 LSP). Ciertamente no se hace en la norma una referencia a la totalidad de los diferentes supuestos, pero sí parcialmente, como resulta de la mención expresa de los casos de <sustracción> de un instrumento de pago cuando el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados. Pero además, hay que tener en cuenta que dichos casos de negligencia leve quedan excluidos del párrafo segundo del mismo artículo 61 (art. 32.2 LSP), referido a un supuesto agravado de responsabilidad, de modo que no pueden quedar libres de toda responsabilidad, porque de ser así se llegaría al absurdo de hacer responder al ordenante/usuario cumplidor de sus deberes de custodia, aunque esta responsabilidad se justifique por razones de riesgo moral, y no al incumplidor de esas mismas obligaciones por negligencia leve.³⁹⁴ En definitiva, a nuestro modo de ver, el catálogo de casos comprendidos en el párrafo primero del art. 61 DSP (art. 32.1 LSP) es algo más amplio de lo que una primera lectura puede dar a entender. Volveremos sobre este aspecto para hacer alguna indagación más en el apartado siguiente.

b) La responsabilidad por comportamientos fraudulentos, dolosos y culposos

El apartado segundo del artículo 61 de la Directiva (art. 32.2 LSP) agrava la responsabilidad del ordenante hasta la totalidad de las pérdidas por las operaciones de pago no autorizadas, que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones según el art. 56 DSP (art. 27 LSP). En estos casos no será aplicable el límite máximo de responsabilidad de 150 € del apartado primero. Hay en esta norma varios aspectos a considerar. Uno los diferentes tipos de comportamientos fraudulentos, dolosos y culposos que dan lugar a la agravación de la responsabilidad (i), otro la necesaria coordinación entre la sanción del artículo 58 y las del artículo 61.1 y 2 de la DSP (arts. 29 y 32.1 y 2, respectivamente, de la LSP) (ii), en tercer lugar sobre el importe o el alcance de dicha responsabilidad (iii), en cuarto lugar los descubiertos en cuenta corriente

³⁹⁴ No obstante hay quien entiende que la LSP, a la vista de lo establecido en su artículo 32.2, viene a exigir al titular una diligencia mínima, pero lo libera de responsabilidad en los supuestos de culpa leve o simple negligencia (Vid. Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 96).

por el uso de tarjetas de pago (iv), y finalmente, el uso abusivo de tarjetas institucionales o corporativas: <las tarjetas de empresa> (v).

i) La responsabilidad por comportamientos fraudulentos, dolosos o por negligencia grave

Respecto a los diferentes tipos de comportamientos que agravan la responsabilidad del ordenante se pueden agrupar bajo la calificación genérica de comportamientos dolosos y asimilados.³⁹⁵ Es cierto que la norma distingue entre las actuaciones fraudulentas, por un lado, y el incumplimiento deliberado o por negligencia grave de alguna de las obligaciones del artículo 56, por otro, pero en ambos casos estamos ante una misma consecuencia jurídica. Hablar de actuaciones fraudulentas no es otra cosa que hablar del daño que se ocasiona con la utilización de medios engañosos y conscientemente dolosos, cuyo ejemplo más típico está representado en el Derecho privado por el fraude de acreedores.³⁹⁶ En nuestro caso la norma que comentamos parece que está pensando bien en comportamientos colusorios de connivencia entre el titular de la tarjeta y un tercero,³⁹⁷ bien en comportamientos fraudulentos adoptados unilateralmente por el titular de la tarjeta fingiendo que se trata de una operación no autorizada,³⁹⁸ o bien en cualquier otro tipo de engaño. Estos se pueden presentar con cierta facilidad en la contratación a distancia por las razones ya vistas, fundamentalmente porque en este tipo de contratos a veces es suficiente con facilitar los datos del instrumento de pago sin mayores comprobaciones, de modo que resulta en principio relativamente fácil para el titular de la tarjeta rechazar el cargo del banco con el argumento de que se trata de una operación de pago no autorizada. O también en la disponibilidad de numerario a través de los cajeros automáticos simulando la realización de un delito por un tercero, si bien en estos casos el fraude se presenta más dificultoso porque es necesaria la utilización del número clave o PIN.

Sea como sea, este tipo de comportamientos fraudulentos puede ser constitutivo de delito, bien el de simulación de delito del art. 457 del Código Penal o bien del delito de estafa. Un caso donde se acaba condenando al titular de la tarjeta por el primero de los delitos mencionados, aunque en la petición fiscal estaba también el de tentativa de estafa, puede verse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de noviembre de 2009.³⁹⁹ Se trata de un titular de una tarjeta que alega al Banco un uso no autorizado en cajeros automáticos por medio de una tarjeta supuestamente clonada, que luego queda al descubierto y se prueba el intento de fraude del titular. No entramos en mayores detalles sobre las cuestiones penales y sólo nos limitamos a recordar la

³⁹⁵ Cfr. Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 4ª ed., cit., p. 612; igualmente, 6ª ed., 2008, p. 750-751.

³⁹⁶ *Ibi*, p. 613 y 730.

³⁹⁷ Cfr. Gómez Mendoza, M.(1992), “Tarjetas bancarias”, cit., p. 404; idem, “Tarjetas bancarias y cajeros automáticos”(1998), cit., p. 869.

³⁹⁸ Precisamente para dar cabida a estos dos tipos de comportamientos es por lo que probablemente en el art. 61.2 de la Directiva se utiliza de manera alternativa la conjunción copulativa o la disyuntiva (y/o), porque como es natural en este segundo caso no se puede hablar verdaderamente de operaciones de pago no autorizadas. Se trata de otro pequeño matiz en el que el legislador español parece que no ha caído (cfr. art. 32.2 LSP).

³⁹⁹ JUR\2009\496487.

importante reforma del CP por la Ley Orgánica, 5/210, donde se da cabida a nuevos tipos penales para luchar contra los fraudes cometidos a través de medios electrónicos de pago, en particular con la nueva regulación de los delitos de estafa informática (manipulación informática: *phishing* y *pharming*), de falsificación de instrumentos de pago (clonación y falsificación de tarjetas) y de apoderamiento de datos en soportes informáticos.⁴⁰⁰

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones establecidas por el art. 56 DSP (art. 27 LSP), ya tuvimos ocasión de ver en el epígrafe séptimo que dichas obligaciones se concretan en un deber de utilización del instrumento de pago de acuerdo con las condiciones que regulen su emisión y utilización, en particular, la custodia del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados, y en un deber de notificación. Pero como establece el art. 61.2 DSP (art. 32.2 LSP) no es suficiente cualquier tipo de incumplimiento, sino que se ha de tratar de incumplimientos deliberados o por negligencia grave, con las mismas consecuencias jurídicas en ambos casos, al igual que sucede con los comportamientos fraudulentos. Pues bien la pregunta que procede plantearse es sobre la justeza de esta equiparación. Sentado el carácter doloso de los comportamientos fraudulentos la cuestión se centra en los dos tipos de incumplimiento que menciona la norma, los deliberados o por negligencia grave. En cuanto a los incumplimientos deliberados (conscientes y voluntarios) la cuestión no parece que presente muchas dudas porque el sentir mayoritario de doctrina⁴⁰¹ y jurisprudencia⁴⁰² es que se trata de comportamientos dolosos, de modo que no se exige una intención especial de dañar, ni malicia, fraude o mala fe cualificada, así especialmente respecto al artículo 1107.II CC, pero también del 1102 CC. Respecto a los incumplimientos por negligencia grave la cuestión se presenta algo más complicada. Por culpa lata se entiende la falta de la diligencia mínima exigible a todo el mundo, la desatención suma, la negligencia más burda y grosera o, como resolvió el Tribunal Supremo en una sentencia de 2 de julio de 1875 (número 271) a propósito de un caso de extravío de dinero no debido a caso fortuito ni a desgracia alguna inevitable, la supina

⁴⁰⁰ Cfr. Rico Carrillo, M., El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico, cit., p. 254 ss., esp. 257-264.

⁴⁰¹ Vid. Morales Moreno, AM, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, ADC, 1982, p. 599 ss.; Carrasco Perera, A., “Comentario al art. 1102 CC”, en Comentario CC y Comp. Forales, dir. Albaladejo, XV-1^o, cit., p. 450-457; Pantaleón, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, ADC, 1991, p. 1034; Guilarte, M^a, La moderación de la culpa por los Tribunales (Estudio doctrinal y jurisprudencial), Valladolid, 1999, p. 70-71; Yzquierdo M, “Comentario del art. 1107 CC”, en Homenaje al prof. José L. Lacruz, I, Barcelona 1992, p. 853. No obstante, hay quien entiende el incumplimiento doloso como un comportamiento fraudulento, oportunista o malicioso (Vid. Gómez Pomar, F., Previsión de daños, incumplimiento e indemnización, Madrid, 2002, p. 222-232); o también quien considera que no es suficiente constatar un voluntario incumplimiento, sino que es necesario un comportamiento activo reprochable, bien en los motivos, porque se tenga la consciencia de que dicho comportamiento puede provocar un daño o el propósito de obtener para sí mismo una ventaja, o bien porque los medios empleados para el incumplimiento sean particularmente reprochables por contrario a las normas de corrección (valoraciones éticas), como sucede con los comportamientos engañosos, no se adoptan las medidas exigidas por la buena fe para evitar el daño o cuando conscientemente se provoca la imposibilidad definitiva de la prestación (Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 4^a ed., cit., p. 612-613; igualmente en, 6^a ed., 2008, p. 750-751; Díez-Picazo Giménez, G., en AAVV, Código Civil Comentado, III, dir. A. Cañizares *et alii*, Cizur Menor, 2011, p. 110 y 112-113).

⁴⁰² Entre otras, SSTS 9.3.1962, 19.5.1973, 21.6.1980, 23.10.1984, 30.11.1999.

negligencia.⁴⁰³ Ahora bien, en cuanto a su equiparación con el dolo, aunque como es sabido no se acepta por lo general la equiparación conceptual, a pesar de la máxima romana *culpa lata dolo equiparatur*,⁴⁰⁴ no obstante sí que se acepta la equiparación en sus efectos en ciertos casos.⁴⁰⁵

En el nuestro, al igual que en otros muchos,⁴⁰⁶ es el propio legislador el que establece de manera clara y rotunda la equiparación a los efectos de imponer al usuario/ordenante un mismo nivel de responsabilidad. Y la finalidad de la misma radica por lo general en hacer desaparecer zonas de sombra lindantes con el dolo que pueden suponer un excesivo riesgo para el acreedor, dado que la carga de la prueba del comportamiento doloso recae sobre éste y el dolo presenta una enorme dificultad probatoria.⁴⁰⁷ De este modo el legislador lleva a cabo un reparto del riesgo más favorable para el acreedor y a la vez estimula el comportamiento diligente del deudor. Vista la cuestión de manera global, como sabemos, el punto de partida lo constituye la imposición al proveedor de los instrumentos de pago de un alto grado de responsabilidad por las operaciones no autorizadas anteriores a la notificación del usuario (arts. 60 DSP y 31 LSP),⁴⁰⁸ si bien este nivel de responsabilidad, sin perjuicio de otras limitaciones, se compensa de dos maneras, una, la ya vista con el establecimiento de una franquicia de 150 € a cargo del usuario/ordenante, y otra a la que ahora hacemos referencia de la equiparación de los actos de negligencia grave con los actos dolosos (arts. 61 DSP y 32 LSP). El problema fundamental respecto a esto último estriba en la distinción entre los actos simplemente culposos y los actos con culpa grave porque, como se ha dicho para otros ámbitos normativos,⁴⁰⁹ la línea divisoria es muy sutil y sólo a la vista de cada caso concreto podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. De ahí el enorme peligro que representa para el usuario de los instrumentos de pago que ciertos actos de culpa leve puedan acabar siendo calificados como de culpa lata, con la grave consecuencia jurídica para el mismo de asumir todas las pérdidas de la operación de pago no autorizada.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba, según los criterios generales del *onus probandi* (art. 217.2 y 3 LEC), corresponde al actor (o demandado reconveniente) la carga de la prueba de los hechos constitutivos y al demandado (o al actor reconvenido) la de los hechos impositivos, extintivos y

⁴⁰³ Cfr. Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 365-366.

⁴⁰⁴ Vid. Carrasco Perera, A., “Comentario art. 1102 CC”, cit., p. 470; Pantaleón, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., p. 1034.

⁴⁰⁵ Cfr. Carrasco Perera, A., “Comentario art. 1102 CC”, cit., p. 471, con referencias a Morales Moreno, AM, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, cit., p. 602 y Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, cit., p. 362 ss. También pueden verse Garrigues, J., *Curso de Derecho mercantil*, II, cit., p. 233 y Alonso Soto, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, 1977, p. 275 ss., esp. 281 ss.

⁴⁰⁶ Especialmente en la Ley de contrato de seguro, arts. 10, 16, 48 y 52; pero también en otros ámbitos, arts. 168.II, 1366 y 1904.II CC; art. 164 LC; art. 234 LSC; art. 545 CCo; art. 12 LCCH; art. 8.4 Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LEI).

⁴⁰⁷ Cfr. Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, cit., p. 363;

⁴⁰⁸ Vid. *supra* epígrafe 8.f).

⁴⁰⁹ Vid. Sánchez Calero, F., en *Ley de contrato de seguro*, dir. F. Sánchez Calero, cit., p. 248. También, Latorre Chiner, N., en *AAVV, Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, coord. Boquera/Bataller/Olavarria, Valencia, 2002, p. 170-171.

excluyentes o enervantes.⁴¹⁰ De este modo se verifica el abandono hace ya algún tiempo del viejo y criticado aforismo *incumbit probatio qui dicit non qui negat*. Y son hechos constitutivos los necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada; mientras que los impeditivos, extintivos y excluyentes, son, respectivamente, los que impiden el nacimiento del derecho o de la relación jurídica (falta de causa o su ilicitud, o los vicios del consentimiento), los que lo extinguen (las causas de extinción de las obligaciones del art. 1156 CC) y los que lo excluyen, como sucede con la prescripción, que como es sabido se trata de un derecho potestativo del demandado. Pues bien, en nuestro caso, dado que la posición actora suele estar ocupada por el titular de la tarjeta que reclama (demanda) a la entidad emisora los importes de las cantidades dispuestas por medio de operaciones no autorizadas, es a esta parte a la que corresponde probar los hechos constitutivos de su derecho (arts 60 DSP y 31 LSP). Hechos que se pueden concretar en términos generales en la existencia del contrato de tarjeta, normalmente incluido dentro de un contrato marco de operaciones bancarias, y la existencia de operaciones no autorizadas por el titular que se correspondan con las cantidades reclamadas, lo que puede derivar tanto de una posible sustracción o robo, como de algún otro tipo de uso indebido del instrumento de pago. A la verificación de este tipo de hechos se puede llegar por diferentes caminos, a este respecto resulta suficientemente ilustrativa la sentencia de la AP de Soria, sec. 1ª, de 11 de marzo de 2011. Si bien en todo caso no se puede olvidar que la carga de la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago corre a cargo del proveedor de los servicios de pago, estos es, de la entidad emisora, como se establece expresamente en el art. 59 DSP (art. 30 LSP),⁴¹¹ lo que hace que en la práctica la carga probatoria del actor quede reducida a la aportación de algunos hechos indiciarios de las operaciones no autorizadas, como la formalización de la correspondiente denuncia ante la policía o la verificación del uso anormal de la tarjeta. Otra cosa es, como bien se dice en la misma sentencia de la AP de Soria antes citada (fundamento jurídico tercero, *in fine*), lo relativo a la valoración de las circunstancias de la sustracción a efectos de determinar si existe o no responsabilidad por negligencia del actor, esto es, dolo (incumplimiento deliberado) o negligencia grave, y por tanto si la entidad demandada debe abonar la cantidad reclamada. Y es precisamente este aspecto, el hecho del comportamiento doloso o con culpa grave del titular del instrumento de pago (ordenante), que a su vez constituye un hecho excluyente de la responsabilidad del demandado (el proveedor), lo que la doctrina del *onus probandi* asigna a cargo de éste. Y a este esquema nos parece que responde la inteligencia del art. 61.2 DSP (art. 32.2 LSP).⁴¹²

⁴¹⁰ Cfr. Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 95; García-Cuerva García, S., Las reglas generales del *onus probandi*, en AAVV, Objeto y carga de la prueba, Barcelona, 2007, p. 63-64.

⁴¹¹ De esta cuestión nos hemos ocupado *supra* en el epígrafe noveno.

⁴¹² La DSP se refiere a esta cuestión en su considerando 33 cuando dice que: “A la hora de evaluar las posibles negligencias del usuario de servicios de pago, deben tomarse en consideración todas las circunstancias. Las pruebas y el grado de presunta negligencia deben ser evaluados con arreglo a la normativa nacional. Se deben considerar nulas las cláusulas contractuales y las condiciones de prestación y utilización de instrumentos de pago mediante las cuales aumente la carga de la prueba sobre el consumidor o se reduzca la carga de la prueba sobre el emisor.” Este párrafo se mantiene en su integridad con alguna pequeña variación y un añadido en el considerando 55 de la PDSP2. La variación consiste en que sustituye la referencia al consumidor por la del usuario, lo que parece oportuno y evita ciertos equívocos. Y añade lo

Sobre esta cuestión tan relevante conviene hacer una referencia siquiera breve a las novedades que se proponen con la PDSP2 de 2013 y con las Enmiendas a ésta aprobadas por el Parlamento europeo el 3 de abril de 2014. En cuanto a la PDSP2 hay que decir que en su art. 66, sobre la responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas (se corresponde con arts. 61 DSP y 32 LSP), introduce en su apartado primero, párrafo segundo, una importante novedad respecto a los pagos a través de medios de comunicación a distancia⁴¹³ en los que el proveedor de servicios de pago no exija autenticación fuerte del cliente.⁴¹⁴ En estos casos el ordenante sólo soportará las posibles consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta, de modo que se puede deducir que la responsabilidad no se extenderá ni a los supuestos de incumplimiento deliberado ni a los de culpa grave, lo que sin duda constituye una novedad importante en beneficio de los usuarios/ordenantes. No indagamos más sobre este aspecto de la posible futura regulación, sólo añadir que la norma es un claro incentivo para que los proveedores de los servicios de pago incorporen los sistemas de autenticación fuerte del cliente, porque de lo contrario en los casos reseñados el nivel de responsabilidad del ordenante (el cliente) se reduce de manera importante en perjuicio de aquél. Por otro lado, por lo que se refiere a las Enmiendas propuestas por el Parlamento europeo, hay que hacer referencia a la número 139, que pretende incorporar un nuevo apartado 2 bis al mismo art. 66 PDSP2. Concretamente se propone que se desarrollen unas <<directrices>> para los proveedores de los servicios de pago sobre la interpretación y el uso práctico del concepto de <<negligencia grave>> en el ámbito del precepto. La propuesta tiene en principio de bueno que favorece una aplicación más uniforme en la UE, pero no obstante puede plantear muchas dudas en lo relativo a su alcance y su eficacia por la dificultad que entraña determinar la naturaleza jurídica de las denominadas *directrices*. Téngase en cuenta, además, que las pruebas y el grado de una presunta negligencia deben ser evaluados con arreglo a la normativa nacional (considerandos 33 y 55, respectivamente, de DSP y PDSP2).

Pues bien, sin perjuicio de lo anterior y a la espera de lo que suceda con las propuestas mencionadas, para verificar el acierto o no de la equiparación de los comportamientos dolosos (incumplimientos deliberados) con los comportamientos con culpa grave, lo procedente es aproximarse a la casuística jurisprudencial. En primer lugar, respecto a los deberes de uso correcto y de

siguiente: “Además, en situaciones específicas y, más concretamente, cuando el instrumento de pago no esté presente en el punto de venta, como en el caso de los pago a través de Internet, resulta oportuno que el proveedor de servicios aporte pruebas de la presunta negligencia, puesto que los medios a disposición del ordenante son limitados en esos casos.” Esto último, que resulta de lo más acertado, está claramente en línea con los principios de disponibilidad y de facilidad para la prueba establecidos en el art. 217.7 de la LEC.

⁴¹³ No se trata de ninguna novedad y se sigue entendiendo lo mismo: “cualquier medio que, sin la presencia física simultánea del proveedor de servicios de pago y el usuario de servicios de pago, pueda emplearse para la celebración de un contrato de servicios de pago (art. 4.27 PDSP2). Coincide exactamente con lo establecido en la vigente DSP (art. 4.24).

⁴¹⁴ El concepto de autenticación fuerte del cliente si constituye una novedad de la PDSP2: “un procedimiento para la validación de la identificación de una persona física o jurídica, basado en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimientos, posesión e inherencia, que son independientes -es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás-, y concebido de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación” (art. 4.22 PDSP2).

custodia del instrumento de pago, como hemos visto al hablar de los deberes del usuario de los instrumentos de pago,⁴¹⁵ distinguíamos cinco grupos de casos. El primero de ellos está referido a qué se puede entender como un deber de custodia mínimo para evitar los supuestos de robo, sustracción o extravío, de modo que se ha considerado que dicho deber se cumple siempre que se mantenga el instrumento de pago a resguardo de miradas y de manos extrañas, se guarde en un compartimiento cerrado de un bolso, una cartera o maleta y nunca quede a la vista o al fácil acceso por parte de terceros. De este primer grupo de casos lo más reseñable es las distintas soluciones que se dan en supuestos similares, no referimos a los casos de olvido o <semiabandono> de la tarjeta en un automóvil, donde a veces se considera negligente y en otras no. En un segundo grupo de casos se nos pone de manifiesto que el grado de control del instrumento de pago no tiene que ser absoluto, sino que es suficiente con un control más o menos frecuente, especialmente ante situaciones de sospecha o de circunstancias anómalas donde el titular o usuario deba reaccionar y cerciorarse de que continúa con la posesión de la tarjeta. El tercer grupo de casos está referido a los supuestos de falsificaciones, clonaciones o bien la disponibilidad o utilización de los datos identificativos del instrumento y sus códigos confidenciales, especialmente en operaciones de contratación a distancia. Aquí por lo general no se le puede hacer reproche alguno al titular, porque los métodos de apropiación de los elementos técnicos que permiten la manipulación de la tarjeta superan todo posible control por parte del titular. De ahí que en estos casos, como también hemos visto, el usuario no deba ser declarado responsable según el apartado segundo del art. 61 DSP (art. 32.2 LSP), todo lo más, pero no siempre, le será aplicable la franquicia del párrafo primero del mismo precepto cuando no haya protegido los elementos de seguridad personalizados, o lo que es lo mismo, haya tenido un comportamiento con culpa leve. En cuarto lugar, un grupo más de casos, es el referido a aquellos en los que la disponibilidad por el tercero del número clave (junto a la tarjeta) hace presumir a los tribunales la existencia de un acto culposo en la custodia del instrumento de pago. El argumento recurrente que sustenta la imputación es que se presume que la clave estaba junto a la tarjeta, dada la celeridad de la operación no autorizada. El supuesto plantea algunos interrogantes, especialmente porque el acto culposo constituye una mera presunción y porque en buena medida se sustentan también en una cláusula exonerativa que ha sido declarada nula por abusiva (STS de 16 de diciembre de 2009). Además en bastantes sentencias de AAPP, de manera acertada a nuestro juicio, rechazan la presunción y aluden tanto a la falta de prueba, como a los datos de la experiencia que demuestran el fácil acceso a las claves por vías que están fuera de la esfera de control de los usuarios. Un último grupo de casos, emparentado con el anterior, es aquel en el que el código secreto se obtiene por el tercero por la visualización del uso de la tarjeta. Hay que distinguir aquí si estamos ante actos discretos que no levantan sospecha en el usuario, donde pudiera haber si acaso alguna negligencia leve pero en ningún caso grave, o bien cuando hay motivos para sospechar que se está siendo observado, en cuyo caso puede desembocar en un comportamiento de negligencia grave.

⁴¹⁵ Vid. *supra* epígrafe 7.a.ii, donde se pueden ver las diferentes sentencias respecto a los grupos de casos que se mencionan.

Un supuesto particular incluido dentro del deber de custodia, y al que también nos hemos referido con anterioridad,⁴¹⁶ es el deber del usuario de no anotar el número clave (NIP) en el instrumento de pago o en documentos adjuntos. Pues bien, a la vista de la casuística judicial se puede decir que nos encontramos fundamentalmente con dos subgrupos de casos. Por un lado, aquellos en los que el acto de negligencia grave se presenta de una manera bastante clara, así cuando a solicitud de tercero, ya sea por vía telefónica o por Internet, el usuario facilita sin más el código PIN desde la más absoluta ingenuidad sin detectar las intenciones defraudatorias. No obstante hay que valorar aquí el cumplimiento de los deberes informativos de la entidad emisora de la tarjeta que nos puede situar ante supuestos de culpa compartida. Por otro lado, en cuanto a los casos más típicos de anotación de la clave en la propia tarjeta o en un documento adjunto, es cierto que como hemos visto existen resoluciones condenatorias, pero también pensamos que hay que considerar diferentes variables porque no parece que estemos siempre ante situaciones de culpa grave. No es lo mismo llevar el código secreto anotado en un lugar donde fácilmente puede ser detectado, caso de la anotación en la tarjeta, que una anotación mucho más discreta y reservada, porque como decimos no se puede llegar al extremo de “criminalizar” (culpa lata) cualquier tipo de anotación del número clave para la realización de las operaciones de pago, porque de ser así se podría llegar al extremo de obstaculizar la propia utilización de los instrumentos de pago.⁴¹⁷ Un tipo de supuestos muy controvertidos, en clara relación con lo anterior, y con resoluciones judiciales de signo contrario, es el de coincidencia de la clave con los números del documento nacional de identidad o con la fecha de nacimiento que figura en el mismo, especialmente cuando éste se encuentra junto al instrumento de pago.

Finalmente, en cuanto a los deberes de notificación del usuario, lo relevante es el momento de dicha notificación que deberá efectuarse a la mayor brevedad, si bien siempre partiendo del conocimiento de los hechos por el usuario, como resolvió la fundamental sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009, y tomando en consideración las circunstancias del caso. Como hemos anticipado los riesgos que están en juego para todas las partes implicadas justifican la premura de la notificación, lo que significa que se incumple el deber de manera grave cuando la notificación no se produce de manera inmediata,⁴¹⁸ si bien cabe en atención al caso concreto que el usuario pueda justificar cierto retraso en atención a circunstancias particulares impositivas de dicha celeridad. Entre éstas pueden estar, además de las que tenga cabida en el caso fortuito del art. 1105 CC: *actos extraños a la esfera de control del deudor*,⁴¹⁹ las relativas al incumplimiento por el proveedor de servicios de pago de su deber de facilitar los medios adecuados para que el usuario pueda efectuar ciertas

⁴¹⁶ Vid. *supra* epígrafe 7.a.iii.

⁴¹⁷ Como hemos anticipado, así se recoge expresamente en el art. 61.2 *in fine* de la PDSP2: “Las obligaciones de precaución de los usuarios de servicios de pago no obstaculizarán la utilización de los instrumentos y servicios de pago autorizados con arreglo a la presente Directiva”.

⁴¹⁸ En este sentido se pueden entender la gran mayoría de las resoluciones emanadas de las AAPP (Vid *supra* epígrafe 7.b.vi, nota 209).

⁴¹⁹ Vid. Díez-Picazo Giménez, G., “Comentario art. 1105 CC”, en AAVV, Código civil comentado, dir. A. Cañizares et al, III, cit., p. 121.

comunicaciones,⁴²⁰ en cuyo caso, no podrá alegar la falta de notificación del usuario, ni la extemporaneidad de la denuncia, ni tampoco exigir las posibles responsabilidades derivadas del extravío, robo o sustracción del instrumento de pago, salvo actuación fraudulenta, conforme a lo dispuesto en el art. 61.5 DSP (art. 32.4 LSP).⁴²¹ Volveremos sobre estas cuestiones más adelante.⁴²²

Fuera de los casos anteriores quedan los incumplimientos por negligencia leve, antes mencionados, que *a sensu contrario* según el texto legal se trataría de los incumplimientos no deliberados o de negligencia leve, que deben quedar sometidos a la norma general del párrafo primero del art. 61 DSP (art. 32.1 LSP), y por tanto al límite máximo de responsabilidad de 150 €. Es cierto que nada se dice en la norma respecto a los mismos, pero como hemos anticipado en el apartado anterior, no parecería razonable que este grupo de casos que conllevan un cierto grado de reproche acabasen siendo mejor tratados que aquellos otros donde el reproche no es posible, o si lo es, sólo de manera muy matizada.

Ahora bien, aunque la cuestión parece que queda definitivamente zanjada, conviene insistir en algunos aspectos. Primero que, paradójicamente, el artículo 61.1 DSP (art. 32.1 LSP) comprende en su ámbito de aplicación a supuestos respecto a los que se puede pensar que no cabe ningún tipo de reproche al titular del instrumento de pago según el artículo 56 DSP (art. 27 LSP); si bien esto sucede, como hemos visto, con la justificada finalidad de mitigar una situación de *moral hazard* provocada por un reparto del riesgo favorable a dicho titular (*ex art.* 60 DSP). En segundo lugar, como complemento de lo anterior, hay que decir que el margen para esta aparente anomalía del sistema es muy pequeño, porque sólo comprendería algunos supuestos de utilización de instrumentos de pago extraviados o robados, pero nunca aquellos en los que las pérdidas provengan de la <sustracción> o apropiación indebida del instrumento de pago y el ordenante haya protegido razonablemente los elementos de seguridad personalizados. Y en tercer lugar, por lo que se refiere a la obligación de notificación del art. 56.1.b) DSP [art. 27.b) LSP] sucede algo muy similar a lo anterior, en principio, tras la notificación y salvo actuación fraudulenta, el ordenante no soportará las pérdidas (*ex arts.* 61.4 DSP y 32.3 LSP), pero queda también un pequeño margen de responsabilidad por el art. 61.1 DSP, aún sin el incumplimiento de la obligación de notificación, estamos pensando en aquellos casos en los que la notificación no se ha producido bien porque no se ha tenido conocimiento del hecho en cuestión, o bien que la posible demora de la notificación no sea indebida.

⁴²⁰ En estos casos estamos ante la falta de cooperación con el deudor para que pueda llevar a cabo la ejecución de la prestación debida, esto es, no se puede hablar en sentido estricto de caso fortuito, pero sí de mora del acreedor que exonera igualmente al deudor de responsabilidad por el incumplimiento (Cfr. Díez-Picazo Giménez, G., “Comentario art. 1105 CC”, en AAVV, Código civil comentado, dir. A. Cañizares et al, III, cit., p. 122).

⁴²¹ En este sentido Rojo Alvarez-Manzaneda, R., La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 74-75 y 104.

⁴²² Vid. *infra* epígrafe 10.c.

ii) La necesaria coordinación de la sanción del art. 58 DSP (art. 29 LSP) con las del art. 61.1 y 2 DSP (art. 32.1 y 2 LSP)

Otro aspecto que merece cierta reflexión es el posible doble solapamiento entre el art. 61.1 y 2 DSP (art. 32.1 y 2 LSP) y la norma contenida en el art. 58 DSP (art. 29 LSP). Este último, como ya vimos, condiciona la obligación (responsabilidad) de rectificación/devolución del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas (arts. 60 DSP y 31 LSP) a la previa notificación/reclamación por el usuario. La cuestión que ahora nos planteamos es la necesaria coordinación entre ambos preceptos. Pues bien, según el art. 58 DSP (en correlación con el 60 DSP), el incumplimiento por el usuario de su deber de notificar (o reclamar) debidamente al proveedor de servicios de pago las operaciones no autorizadas, le va a impedir exigir la correspondiente rectificación/devolución de los importes dispuestos.⁴²³ Podemos decir en un primer momento que se trata de una sanción muy severa, sin perjuicio de que el plazo para la notificación puede ser muy amplio si no se ha tenido conocimiento de la operación no autorizada, pero aún así, como decimos la sanción puede parecer excesiva y desproporcionada en algunos casos. Concretamente estamos pensando en aquellos supuestos en los que el grado de negligencia en el incumplimiento de la notificación se pueda calificar de leve.

Los solapamientos a los que nos referimos son, por un lado, entre el art. 61.2 y el deber de notificación de las operaciones no autorizadas del artículo 58 (y del 56.1.b) y, por otro, entre el art. 61.1, donde se establece el límite máximo de responsabilidad del usuario de 150 €, y de nuevo el deber de notificación de las operaciones no autorizadas del artículo 58, todos ellos de la DSP. En este último precepto, en coordinación con el art. 60 DSP, como ya sabemos la sanción consiste en la no devolución inmediata del importe de las operaciones no autorizadas. Esto es, el silencio o la falta de respuesta del usuario/ordenante, como se viene entendiendo tradicionalmente, se consideran autorizaciones tácitas de esas operaciones que en un principio pudieran verse como no autorizadas.

En el primero la coincidencia hay que referirla a los supuestos de incumplimiento deliberado o por negligencia grave del deber de notificación de las operaciones no autorizadas. La sanción es similar o muy próxima, todas las pérdidas que se deriven de la operación no autorizada en un caso, o el importe de la operación no autorizada en el otro. Pues bien, lo que sucede es que en realidad no se puede hablar en este caso de doble regulación, como se desprende del art. 61.2 DSP (art. 32.2 LSP) que se refiere sólo al art. 56 DSP (art. 27 LSP) y no al 58 DSP (art. 29 LSP). Y no existe incompatibilidad entre ambas normas, sino el establecimiento de una similar consecuencia jurídica. Concretamente la secuencia podría ser la siguiente, la falta de notificación del usuario del art. 58 DSP (art. 29 LSP) libera de responsabilidad (esto es, de la obligación) al proveedor de servicios de pago de acuerdo con el art. 60 y, consecuentemente, al entenderse como una autorización tácita se traslada la responsabilidad por las operaciones no autorizadas al ordenante/usuario. De

⁴²³ Vid. *supra* epígrafe 7.b.iv.

este modo se llega a un resultado coincidente con lo establecido en el art. 61.2 DSP (art. 31.2 LSP). A esto nos hemos referido con anterioridad al analizar la relación entre los arts. 60 y 61 DSP y a ese lugar nos remitimos.⁴²⁴

Y en el segundo, sí que parece que se produce el solapamiento entre el art. 61.1 DSP (art. 32.1 LSP), donde se establece el límite máximo de responsabilidad de 150 €, y la sanción por la falta de notificación de las operaciones no autorizadas del artículo 58 (art. 29 LSP), porque el primero de estos preceptos no delimita su ámbito de aplicación sólo a los supuestos de incumplimiento del art. 56 DSP (art. 27 LSP), por tanto se puede incluir a todo tipo de operaciones no autorizadas. Quizá se trata en este caso de una posibilidad bastante remota, pero se puede pensar en los supuestos de incumplimiento más liviano (comportamientos no deliberados o de negligencia leve), que como sabemos no tienen cabida en el art. 61.2, pero sí en el 61.1 DSP y con seguridad también los incumplimientos leves de la notificación del art. 58 DSP. Unos supuestos del tipo mencionado pueden ser aquellos en los que la notificación se produzca con cierta tardanza no justificada, pero sin llegar a ser calificados de incumplimientos deliberados o por negligencia grave. Pues bien, la cuestión es que en estos casos nos encontramos con una cierta incompatibilidad entre ambas normas, porque frente a la responsabilidad máxima de 150 € (*ex* art. 61.1 DSP) se sitúa la pérdida del total importe de la operación no autorizada (*ex* arts. 58 y 60 DSP) por entender que se produce una aceptación tácita. ¿Qué precepto se deberá aplicar? A nuestro juicio resulta difícil llegar a la conclusión de que también aquí estamos ante la aceptación tácita de las operaciones no autorizadas. No parece razonable ni proporcionado que una culpa leve pueda ser objeto de una sanción tan severa, máxime cuando la norma general que establece los niveles o grados de responsabilidad del usuario/ordenante lo fija para este tipo de reproche en el importe máximo de 150 €. En definitiva, a nuestro juicio, la interpretación más correcta pasa por entender que la norma general debe prevalecer, o bien que para hablar de tardanza injustificada se tiene que estar en todo caso ante un comportamiento doloso (incumplimiento deliberado) o con culpa grave, de modo que los retrasos en la notificación de carácter leve, esto es, por error, no deben ser entendidos como aceptación tácita de las operaciones no autorizadas, sino todo lo más como supuestos a los que se les puede aplicar la norma general del art. 61.1 DSP (art. 32.1 LSP).

iii) Sobre el importe de la responsabilidad: todas las pérdidas. Los pagos por encima del límite contratado

Por lo que se refiere al importe de responsabilidad, sigue estando referida a las pérdidas, pero esta vez sin ningún tipo de limitación hasta el total de las producidas. En principio la delimitación de estas pérdidas es la misma que hemos realizado con anterioridad y deben estar referidas a los importes de los pagos no autorizados efectuados con el instrumento de pago, como expresamente se establece en el primer párrafo del apartado segundo del art. 61 DSP (art. 32.2 LSP): “...todas las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas..”

⁴²⁴ Vid. *supra* epígrafe 8.f.i.

Un supuesto que nos plantea alguna duda es aquel en el que el proveedor de servicios de pago permitió pagos por encima del límite contratado.⁴²⁵ En estos casos no se trata de un riesgo formalmente asumido por el ordenante y no parece en principio admisible que se le deba imputar esa parte de las pérdidas, fundamentalmente porque no son daños previsibles (*ex art. 1107.1 CC; art. 9:503 PDEC/PECL*).⁴²⁶ Esta previsibilidad como es sabido constituye un límite al principio de reparación íntegra de los daños. No obstante, es cierto que, por lo que se refiere al Derecho español (*art. 1107.2 CC*), y también de otros,⁴²⁷ se establece que en el caso de comportamientos dolosos no será aplicable dicho límite y el deudor responderá de todos los daños que *<conocidamente se deriven>* de su falta de cumplimiento de la obligación.⁴²⁸ Con esta norma parece que en nuestro caso, dado que estamos ante un ordenante doloso o con culpa grave, debería correr también con las pérdidas que van más allá del límite contratado. A esta misma conclusión nos puede llevar también el propio *art. 61.2 de la DSP (art. 32.2 LSP)* que habla de *<todas las pérdidas>*. Ahora bien, por lo que se refiere concretamente a esta norma comunitaria, hay que decir que su aplicación va a depender en buena medida de lo establecido por las normas generales de los distintos Derecho nacionales. Y si bien en algunos casos, como es el español y sin perjuicio de lo que diremos enseguida, parece que el Derecho común permite la extensión de la responsabilidad a la totalidad de los daños en los comportamientos dolosos, eso no sucede así en otros ordenamientos jurídicos, donde no se obliga al deudor a indemnizar los daños no previsibles como sucede en el *Common law*. De ahí que, como se ha dicho entre nosotros, aunque el *art. 9:503 de los PDEC/PECL* haya acogido la norma de inspiración francesa que excepciona respecto a la necesaria previsibilidad de los daños el incumplimiento intencional, se trata de algo *de discutible utilidad*.⁴²⁹

Pero además hay que tener en cuenta que en este campo de la reparación de daños entran en juego determinadas normas o criterios compensatorios, ya sea porque las pérdidas o parte de ellas sean imputables a la parte perjudicada o bien porque exista un deber de mitigar el daño, como así se establece en los Principios (*arts. 9:504 y 9:505*) y en la mayoría de los Derechos nacionales.⁴³⁰ Y esto guarda relación directa con la necesaria relación de causalidad que tiene que existir entre el incumplimiento y los daños reclamados por el acreedor que los ha sufrido, pues, como dice Díez-Picazo, si bien para los deudores no dolosos (*ex art. 1107.1 CC*) la cadena causal es estricta (*<consecuencia necesaria>*), para el incumplimiento doloso es más amplia (*ex art. 1107.2 CC*), porque exige

⁴²⁵ Vid. Mariño López, A., cit., p. 50-52, que habla de tope cuantitativo de disponibilidad y donde menciona tres sentencias de Audiencias Provinciales (Barcelona, 14.9.1990; Toledo, 16.10.2000 y Huesca, 31.10.2003), que establecen la responsabilidad de la entidad emisora de la tarjeta, con independencia de la diligencia de su titular, por los importes superiores al límite de disponibilidad pactado. Es más, como se nos dice, el Servicios de reclamaciones del Banco de España entiende que la omisión de un límite de disponibilidad constituye una mala práctica bancaria.

⁴²⁶ Cfr. Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, cit., p. 377-378.

⁴²⁷ Cfr. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, ed. esp. de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., art. 9: 503, notas 5, p. 654.

⁴²⁸ Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 4ª ed., cit., p. 612.

⁴²⁹ Vid. Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, cit., p. 378.

⁴³⁰ Cfr. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, ed. esp. de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., p. 654-661, esp. notas al art. 9:505, p. 659-661. Entre nosotros nos remitimos a Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 4ª ed., cit., p. 689.

simplemente una derivación conocida. Si bien con la salvedad de que esta mayor amplitud no debe llevarse al extremo de que el deudor doloso responda de todos los daños en todos los casos, sino que deberá atemperarse con la idea de la interferencia de otra posible causa que pueda poner fin a la primitiva cadena causal.⁴³¹ No obstante hay que decir que un sector relevante de nuestra doctrina se muestra muy crítico con el precepto del CC que comentamos y lo califica de absurdo,⁴³² hasta el punto de que se rechaza el tratamiento diferenciado entre un deudor y otro. Y que los daños y perjuicios exigibles al deudor han de ser en todo caso consecuencia necesaria del incumplimiento,⁴³³ pero no responderá de los daños cuya imputación objetiva resulte excluida conforme a los criterios del riesgo general de la vida, prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo o la adecuación.⁴³⁴

En definitiva, hay que tener en cuenta que en el caso planteado, dado que hay una relación causal directa entre esa parte de las pérdidas y el comportamiento del proveedor de servicios de pago; y, por el contrario, no existe una relación directa entre el comportamiento del usuario/ordenante y esas mismas pérdidas, porque ni siquiera un comportamiento diligente de éste hubiese podido impedirlos. Todo esto nos permite concluir que no se puede imputar esa parte de las pérdidas que comentamos al usuario/ordenante, porque no existe una relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento, de modo que la responsabilidad debe recaer sobre el proveedor de los servicios de pago por haber permitido un pago por encima de límite pactado.

iv) Los descubiertos en cuenta corriente por el uso de instrumentos de pago

Hay que añadir algo respecto a la práctica más o menos frecuente de la autorización por las entidades bancarias de los descubiertos en cuenta corriente por el uso de tarjetas de pago. Es bien conocido por todos que las entidades bancarias de manera más o menos excepcional, y con pacto o sin él, autorizan hasta determinados límites los denominados descubiertos en cuenta corriente,⁴³⁵ lo que sin duda guarda relación con el supuesto problemático que estamos planteando, como es el del proveedor de servicios de pago que permite pagos por encima del límite de disponibilidad contratado. Este tipo de prácticas como decimos puede estar sustentada en un pacto específico, o bien en un

⁴³¹ Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 4ª ed., cit., p. 690.

⁴³² Vid. Carrasco Perera, A., "Comentario artículo 1107", cit., p. 750-751, donde nos dice que <conocidamente> debe interpretarse como <probadamente> y que la jurisprudencia española se ha limitado -acertadamente- simplemente a desconocer el art. 1107.II, con el resultado de la aplicación de un criterio único similar al *common law* o a la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, que desconocen la diferencia entre el deudor que incumple por culpa y quien incumple por dolo.

⁴³³ Vid. Pantaleón, F., voz "Responsabilidad contractual", en EJB, IV, Madrid, 1995, p. 5922 ss., esp. 5926. También Díez-Picazo Giménez, G., "Comentario art. 1107", AAVV, Código civil comentado, III, cit., p. 145.

⁴³⁴ Sobre el catálogo de criterios de imputación objetiva y la necesidad de su revisión puede verse Martín-Casals, M., "La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual", cit., p. 46-48.

⁴³⁵ Cfr. Garrigues, J., Contratos bancarios, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 166; Cortes Domínguez, LJ, en Uría-Menéndez, Curso de Derecho mercantil, Madrid, 2001, T. II, p. 544.

aparente trato de favor del titular de la tarjeta por razón de su solvencia y porque de lo contrario vería rechazada su operación de compra.⁴³⁶ La apariencia del favor se desvela si recordamos los elevadísimos intereses que en estos casos cobran las entidades bancarias, que además de su nulidad por abusivos han llegado a ser tildados por los tribunales en algún caso como usurarios e inmorales.⁴³⁷ La cuestión es que si existe pacto de autorización de descubiertos, y sin perjuicio de su posible nulidad por abusivo, estaríamos ante un nuevo límite de disponibilidad, por lo que la responsabilidad debe recaer sobre el titular de la tarjeta porque se trataría de un daño previsible. Pero si por el contrario no existe dicho pacto, en este caso la cuestión es algo más delicada, porque habría que indagar con más detalle sobre el supuesto concreto en cuestión. Ante todo hay que dejar al margen los casos de utilizaciones autorizadas de la tarjeta, porque aquí como se ha dicho la limitación de disponibilidad no puede ser entendida como una condonación de disposiciones excesivas y de renuncia a su cobro por el emisor de la tarjeta,⁴³⁸ sino que será responsabilidad del titular, porque no parece razonable liberarle de un mínimo control sobre el saldo disponible en su cuenta, lo contrario sería premiar a quien actúa “alegremente”, esto es, negligentemente.⁴³⁹

Si estamos ante nuestro objeto de estudio, que son las operaciones de pago no autorizadas con comportamientos dolosos o con culpa grave del ordenante, en estos casos la falta de pacto autorizando los descubiertos en principio debe colocar al titular de la tarjeta a resguardo de posibles reclamaciones de esos importes, porque como vimos antes se trata de un riesgo imprevisible y respecto al cual el nexo causal que vincula al usuario queda interferido por la actuación contraria al pacto de la entidad bancaria.⁴⁴⁰ Las únicas salvedades que pueden caber en estos casos son bien porque se entienda que la práctica de los descubiertos constituye un uso mercantil arraigado, lo que no sería aplicable en las relaciones con consumidores, o bien porque se considere que hay un consentimiento tácito cuando se ha venido practicando de manera regular con anterioridad.

v) El uso abusivo de tarjetas institucionales o corporativas: <tarjetas de empresa>

Un supuesto aparentemente próximo al anterior pero sin embargo claramente distinto es el referido al uso abusivo de las denominadas <tarjetas

⁴³⁶ Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J.(2004), cit., p. 466-467.

⁴³⁷ Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de mayo de 2002, respecto a un caso con unos intereses remuneratorios superiores al 24% y moratorios del 34,9%[citada por Sánchez-Calero Guilarte, J.(2004), cit., p. 467, n. 54]. Los intereses deben ser proporcionados, y en el caso de relaciones con consumidores el art. 19 de la LCC no permite que superen una tasa anual equivalente a dos veces y media el interés legal del dinero (Cfr. Cortes Domínguez, LJ, en Uría-Menéndez, Curso de Derecho mercantil, Madrid, 2001, T. II, p. 544).

⁴³⁸ En este sentido la sentencia de la AP de Vizcaya (Sec. 5^a) de 29 de marzo de 2000.

⁴³⁹ Así Sánchez-Calero Guilarte, J.(2004), cit., p. 467, que menciona en esta línea a la sentencia de la AP de Asturias (Sec. 1^a) de 24 de junio de 1998.

⁴⁴⁰ En este sentido parece el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en su Memoria de 2002, p. 87(Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J.(2004), cit., p. 467, n. 52).

de empresa⁴⁴¹(o institucionales) para operaciones propias, donde en realidad no se puede hablar de operaciones de pago no autorizadas, sino de manera muy genérica de pagos inadecuados o excesivos.⁴⁴² Por lo general se puede pensar, aunque no necesariamente, que estamos ante el ámbito de la representación y en particular de la representación orgánica. En estos casos el problema en la utilización de las tarjetas de pago se presenta por un uso más allá de lo que constituye el ámbito natural de la representación, ya sea por determinación de la partes o por la ley, lo que parece que nos lleva a uno de los supuestos de la figura del *falsus procurator*.⁴⁴³ Concretamente se trata del representante que contando con poder se excede en sus atribuciones y pretende vincular al principal en negocios o actuaciones para las que no está autorizado, esto es, se extralimita en sus competencias. Pues bien, desde la teoría general de la representación en el Derecho privado, caso de estar ante un supuesto de representación voluntaria, el representante que traspasa el límite de sus poderes no vincula al representado con el tercero (*ex arts. 1259, 1727 CC*), salvo que aquél ratifique el negocio celebrado. De no ser así el representante responde frente al tercero por los daños y perjuicios salvo que éste tuviese conocimiento o no hubiese podido ignorar la falta de poder (*ex arts. 1725 CC*).⁴⁴⁴

Como es natural la cuestión que se plantea en nuestro caso es qué sucede respecto a los pagos con tarjeta efectuados por este aparente *falsus procurator*, o dicho de otro modo, ¿quién será el responsable?: el representado, el representante o la entidad emisora o gestora de la tarjeta. Respecto a esta última, no parece que la misma pueda ser declarada responsable por los abusos del titular de la tarjeta, actúe o no éste como representante del titular de la cuenta donde se efectúan los cargos, porque en este tipo de servicios bancarios los controles que se suelen establecer son de carácter cuantitativo y no cualitativo, de modo que por lo general la entidad emisora de la tarjeta no controla el destino de los pagos,⁴⁴⁵ sino sólo el límite de disponibilidad, por tanto no se puede hablar en estos casos de verdadera limitación del poder salvo en lo relativo al mencionado límite de disponibilidad. Lo que quiere decir que el riesgo por los posibles abusos sobre el destino de los pagos corresponde al representado, sin perjuicio de que a través de sus relaciones internas con el representante le pudiera exigir algún tipo de responsabilidad.

En definitiva resulta difícil ubicar el supuesto que comentamos dentro de la figura del *falsus procurator*, fundamentalmente porque la posible limitación del poder no trasciende el ámbito de las relaciones internas entre representado

⁴⁴¹ Vid., Gómez Mendoza, M.(1992), “Tarjetas bancarias”, cit., p. 378-379; y “Tarjetas bancarias y cajeros automáticos”(1998), cit., p. 858: “Las llamadas tarjetas de empresa se expiden a nombre de los empleados de la misma para facilitar pagos contraídos por cuenta de ella. Son también, pese a su nombre, tarjetas personales, pero con la particularidad de que quien las solicita es la empresa y con cargo a su cuenta corriente.”

⁴⁴² Cfr. Castilla Cubillas, M., cit., p. 185-186.

⁴⁴³ Cfr. Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, cit., p. 205-206. Con más detalle Díez-Picazo, L., La representación en el Derecho privado, cit., p. 214.

⁴⁴⁴ Cfr. Cfr. Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, ed. esp. de Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz, cit., art. 3:204, esp. notas 1 a 3, p. 290-292. También pueden verse los artículos 1282 y ss. de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

⁴⁴⁵ Vid. Castilla Cubillas, M, cit., p. 185-186.

y representante, de donde se deduce que no puede ser opuesto frente al tercero. En realidad ante lo que estamos en el caso analizado no es ante limitaciones del poder de representación, sino ante meras instrucciones del principal al representante, esto es, directrices o líneas de orientación sobre el cumplimiento de la actividad gestora que el agente debe obedecer.⁴⁴⁶ Se trata de una distinción difícil de realizar que se suele sustentar en el dualismo relación externa-límites y relación interna-instrucciones, pero que no lo explica del todo. En rigor, como nos dice Díez-Picazo, los límites marcan el ámbito de la actuación eficaz del agente, mientras que las instrucciones no merman ese ámbito de actuación, sino que constituyen un deber o una obligación para el apoderado. De modo que si se incumplen dichos deberes, sin superar los límites de demarcación del poder, la actuación es eficaz pero se incurre en responsabilidad frente al principal.⁴⁴⁷ Por otro lado, en el caso de las sociedades mercantiles de capitales rigen los principios propios de la representación orgánica, que como es sabido delimitan de manera férrea el ámbito del poder por razón de la persona jurídica representada y por razones de seguridad del tráfico. No es lugar para entrar en muchos detalles sobre esta materia, pero sí diremos que según el artículo 234 de la LSC (antiguos 129 de la LSA y 63 de la LSRL), que delimita el ámbito de la representación, los administradores vinculan a la sociedad incluso por los actos extraños al objeto social frente a los terceros de buena fe.⁴⁴⁸ Lo que trasladado a un administrador social que utiliza una tarjeta institucional para fines propios extraños al objeto social, significa que la sociedad queda vinculada frente a la entidad gestora de la tarjeta porque por lo general se tratará de un tercero de buena fe. Téngase en cuenta que la mala fe del tercero se determina por su conocimiento del acto extraño al objeto social, para lo que no basta la publicidad registral, y como venimos diciendo la entidad emisora o gestora de la tarjeta es ajena a los posibles destinos de los pagos realizados con la misma.

En el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2005,⁴⁴⁹ se imputa la responsabilidad a la sociedad de los pagos por las operaciones en interés propio realizados por su administrador único con una tarjeta de crédito con cargo a la cuenta social, pero con la particularidad de que utiliza como *ratio decidendi* la notificación por el Banco a la sociedad de los cargos y la no oposición de ésta respecto a los mismos, lo que a juicio de la Sala debe ser interpretado como aceptación y ratificación tácita que autoriza la aplicación del art. 1259 del CC, en relación con los arts. 1709 y 1725 igualmente del CC. A nuestro juicio no resulta adecuado el recurso a los preceptos sobre la representación voluntaria, porque como decimos se está ante el ámbito de la representación orgánica y aquí procede la aplicación imperativa de las normas específicas, pero además es que la cuestión se resolvía más fácilmente por la vía del art. 129 LSA o 63 de la LSRL (actual artículo 234 de la LSC). Por otra parte, no parece que los argumentos aportados en este caso por el TS desde el régimen general de la representación voluntaria sean del todo convincentes, primero

⁴⁴⁶ Vid. Díez-Picazo, L., La representación en el Derecho privado, cit., p. 188-189.

⁴⁴⁷ *Ibi.*, p. 189.

⁴⁴⁸ Sobre el nuevo 234 de la LSC puede verse Esteban Velasco, G., “Comentario al artículo 234”, en AAVV, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, dir. Rojo/Beltrán, II, Cizur Menor, 2011, p. 1682 ss. Para una visión de conjunto a los textos previgentes nos remitimos a León Sanz, F.J., voz “Representación en la sociedad anónima”, en AAVV, Diccionario de derecho de sociedades, dir. C. Alonso, Madrid, 2006, p. 1002 ss., esp. 1005-1006.

⁴⁴⁹ RJ 1619(2005). Magistrado Ponente: A. Villagómez Rodil.

porque al tratarse de un administrador único difícilmente se le puede pedir a la sociedad que, una vez recibidos los extractos con los cargos por el uso de la tarjeta, manifestase su oposición respecto a los mismos, porque como resulta evidente existe un claro conflicto de intereses. Y segundo, porque si bien la ratificación a la que se refiere el art. 1259 del CC puede formularse de manera tácita, es necesario que venga acompañada de hechos concluyentes que evidencien con claridad la voluntad de ratificar,⁴⁵⁰ algo que a nuestro juicio no sucede en el caso enjuiciado.

c) Causas de exoneración de la responsabilidad: la utilización posnotificación y la carencia de medios de notificación

El artículo 61.4 DSP (art. 32.3 LSP) establece que, salvo actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a la que se refiere el art. 56.1.b) DSP (art. 27.b LSP), de un instrumento de pago extraviado, robado o sustraído. Se deben entender incluidos los supuestos de falsificación o clonación de la tarjeta, como también los de apropiación indebida de los elementos personales de identificación que permitan su utilización. El precepto es cierto que aparentemente no hace referencia expresa a estos supuestos ilegítimos de utilización de las tarjetas, pero como vimos al inicio del estudio de este epígrafe décimo, la distinción sí que existe, porque se distingue por un lado los supuestos de extravío o robo y por otro los de sustracción, y es en estos últimos donde hay que ubicar como vimos los casos mencionados de falsificación, clonación o de apropiación indebida de las claves personales.⁴⁵¹ En todo caso hay que decir que la cuestión no debe presentar mayores problemas dada la estrecha y directa relación que guarda la norma que comentamos con el artículo 57.1.d) DSP (art. 28.d LSP). En esta última se establece la obligación del proveedor de servicios de pago, emisor de la tarjeta, de impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 56.1.b) DSP (art. 27.b LSP), que incluye a todo tipo de utilización no autorizada. En el caso español aunque las dudas podrían ser mayores porque como hemos visto sólo se habla de extravío o sustracción en el art. 32.1 LSP,⁴⁵² no obstante tampoco vemos inconveniente en la inclusión de los otros supuestos con base en una interpretación conforme con la Directiva y con apoyo en el art. 28.d) de la LSP.⁴⁵³

La exoneración de toda responsabilidad se justifica porque, a partir del momento de la notificación, el riesgo por el uso no autorizado se transfiere al proveedor de los servicios de pago, de ahí la obligación que se le impone al mismo de impedir cualquier utilización del instrumento de pago, porque es el único que puede evitar la utilización ilegítima mediante el correspondiente

⁴⁵⁰ Vid. Díez-Picazo, L., La representación en el Derecho privado, cit., p. 227.

⁴⁵¹ Vid. *supra* epígrafe 10.a.ii).

⁴⁵² Vid. *supra* epígrafe 10.a.iii).

⁴⁵³ Cfr. Rojo Alvarez-Manzaneda, R. La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 76.

bloqueo, que deberá efectuar de manera inmediata.⁴⁵⁴ Sobre la carga probatoria, que sin duda sigue siendo una cuestión clave también en este punto, nos remitimos a lo ya visto al hablar de los deberes de notificación del usuario/ordenante,⁴⁵⁵ donde como se recordará dejamos sentado que si bien la carga de la prueba del momento de la notificación parece que correspondería en un principio a éste, no obstante es el proveedor de los servicios de pago el que deberá correr finalmente con dicha carga probatoria. Y esto parece que fundamentalmente deberá ser así tanto por la obligación que se le impone a este último sujeto de facilitar los medios adecuados de comunicación, como por la exoneración de responsabilidad del usuario/ordenante en caso de que no cumpliera con dicho deber.

De esta liberación de responsabilidad sólo quedan excluidas las conductas fraudulentas del titular, pero no los actos negligentes. Así se establece expresamente tanto respecto a los actos de utilización postnotificación, como a los supuestos de carencia de los medios adecuados de comunicación (art. 61.4 y 5 DSP y art. 32.3 y 4 LSP). Actos negligentes son aquellos en los que el deudor no desarrolla los deberes de diligencia exigibles según la correspondiente obligación, lo que parece que lleva implícito el reproche de la culpa. Más concretamente, se nos dice que se trata del deber de esfuerzo a que está sometido el deudor, tanto para conservar la posibilidad de la prestación, como para remover los obstáculos que la puedan impedir, de acuerdo con el contenido de la obligación o de la ley, y en este sentido se habla de <<diligencia instrumental o promotora>>.⁴⁵⁶ Luego en estos casos las causas de exoneración que estamos viendo siguen siendo aplicables de manera plena, esto es, como dice el propio precepto <sin que el ordenante soporte consecuencia económica alguna> (o el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas). Ahora bien, es cierto que esto puede plantear una aparente contradicción con el apartado primero del artículo 61 DSP (art. 32.1 LSP), de donde deducimos un nivel mínimo de responsabilidad del usuario/ordenante por los actos de negligencia leve.⁴⁵⁷ Pero a nuestro juicio tal contradicción no existe si entendemos que el legislador establece una regla especial respecto al artículo 1103 del CC, de modo que si se elimina la responsabilidad por negligencia se hace porque se está ante un supuesto de hecho complejo, donde se da una concurrencia de culpas o bien, con la culpa del deudor, alguna causa de carácter extraño.⁴⁵⁸

Finalmente, por lo que se refiere a los actos fraudulentos que quedan fuera, se puede plantear la duda si la referencia del precepto a los mismos hay que entenderla en un sentido estricto, esto es, sólo a los actos dolosos, o si por el contrario cabe entender que da cabida también a los comportamientos con culpa grave. En este último caso se establecería un paralelismo con el apartado

⁴⁵⁴ En este sentido SAP Tarragona, sec. 1ª, de 20 de marzo de 2001, citada por Rojo Alvarez-Manzaneda, R. La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago, cit., p. 76-77.

⁴⁵⁵ Vid. *supra* epígrafe 7.b).vi.

⁴⁵⁶ Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos de Derecho Civil, II, cit., p. 608-609, con referencia a F. Badosa Coll (La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, Bolonia, 1987, p. 252 ss.); igualmente en la 6ª ed., 2008, p. 746.

⁴⁵⁷ Vid. *supra* epígrafe 10.a).

⁴⁵⁸ Vid. Díez-Picazo, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, cit., p. 609-610; igualmente en la 6ª ed., 2008, p. 747-748.

segundo del mismo artículo 61 DSP (art. 32.2 LSP). En principio y final la respuesta debe ser negativa. Primero porque, como es bien sabido, en materia sancionatoria la interpretación del ámbito de aplicación de las normas debe sujetarse de manera estricta a su tenor literal, con lo cual la salvedad de la norma no comprendería a los actos con culpa grave sino exclusivamente a los actos dolosos, de modo que la exoneración también tendría lugar respecto a los primeros. Pero además, como se nos dice de manera autorizada,⁴⁵⁹ no es posible una equiparación entre culpa lata y dolo en sus efectos (conceptualmente la diferencia es clara) cuando la norma al caso requiera el dolo como <elementos subjetivo del tipo>, o cuando la norma requiera como elemento de un supuesto un <dolo específico>, caso de que se hable de <fraude>, <mala fe>, <artificio> o cualquier tipo de <maquinación>. Que es justamente lo que sucede en nuestro caso en los apartados 4 y 5 del art. 61 DSP (art. 32.3 y 4 LSP).

⁴⁵⁹ Vid. Carrasco Perera, A., “Comentario artículo 1102”, cit., p. 471.

11. TABLA DE CORRESPONDENCIAS ENTRE LA DIRECTIVA 2007/64/CE (DSP) Y LA LEY 16/2009 (LSP)

En la presente tabla de correspondencias nos limitamos a incluir aquellos preceptos a los que se ha hecho especial referencia en el presente trabajo:

Directiva 2007/64/CE (DSP)

Ley 16/2009 (LSP)

art. 30	art. 17
art. 32	art. 19
art. 33	art. 20
art. 44	art. 22
art. 45	art. 21
art. 51	art. 23
art. 52	art. 24
art. 54	art. 25
art. 55	art. 26
art. 56	art. 27
art. 57	art. 28
art. 58	art. 29
art. 59	art. 30
art. 60	art. 31
art. 61	art. 32
art. 66	art. 37

Bibliografía consultada

- AAVV, Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE, a cura di Rispolini Farina, M. *et al*, Milano, 2009.
- AAVV, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, dir Bercovitz, R./Leguina, Madrid, 1997.
- AAVV, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (dir. Piñar/Beltrán), Madrid, 1997.
- AAVV, Ordenación del Comercio Minorista, dir. Tornos, J., *et al*, Barcelona, 1996.
- AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional (Editor S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, 2ª ed., 2012.
- AAVV, Terminologie contractuelle commune, coord. Fauvarque-Cosson, B., et Mazeaud, D., Droit privé comparé et européen, v. 6, Paris, 2008.
- AAVV, Unificación del derecho Patrimonial Europeo, Coor. Valpuesta Gastaminza, E., Barcelona, 2011.
- Alonso García, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, Cizur Menor, 2007.
- Aparicio González, M^a Luisa, “Breve análisis de la Ley de Servicios de Pago”, Actualidad jurídica Aranzadi, 792, 2010.
- Arroyo Amayuelas, E., “Comentario al artículo 106 del TR-LGDCU”, en AAVV, Comentarios a las normas de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 1014-1019.
- Auriolés Martín, A., “La protección de los usuarios de servicios de servicios bancarios y la normativa sobre la transparencia de la operaciones”, La Ley, 1991-3, 899 ss.
- Auriolés Martín/Mayorga Toledano, “La protección del usuario de servicios bancarios”, en León Arce/García García (coord.), Derechos de los consumidores y usuarios, 2ª ed., I, Valencia, 2007, p. 863 ss.
- Badosa Coll, F., La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, Bolonia, 1987.
- Barutel Manaut, Las tarjetas de pago y de crédito, Barcelona 1997.
- Batuecas Caletrio, A., Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico (monografías de la Revista de Derecho Patrimonial, núm. 15), Pamplona, 2005.
- Broseta/Martínez Sanz, Manual de Derecho Mercantil, 20ª ed., Madrid, 2013.
- Busto Lago/Alvarez Lata/Peña López, Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor, Cizur Menor, 2005.
- Cabanillas Sánchez, A., Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil, Madrid, 1988.
- idem, “La delegación de deuda”, en AAVV, Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al prof. Mariano Alonso Pérez, I, Madrid, 2006, p. 245-269.
- Calle de la Fuente, JM, voz “Tarjetas bancarias”, en Enciclopedia Jurídica LA LEY, Barcelona, 2008, v. 21, p. 12471 ss.

- Carrasco Perera, A., Comentario Edersa, dir. Albadalejo/Díaz Alabart, XV-1º, Madrid, 1989, p. 724 ss.
- Castilla Cubillas, M, La tarjeta de crédito, en Tratado de Derecho Mercantil (Dir. Olivencia/Fernández-Novoa/Jiménez de Parga), T. XXVIII, Madrid-Barcelona, 2007.
- Collins, H., Good Faith in European Contract Law, 14 Ox. J. Leg. St., 1994, p. 245 ss.
- Coote, B., Unfair Contract Terms Act 1977, 41 Mod. L. Rev., 1978, p. 321 ss.
- Cooter/Ulen, Law and Economics, 4ª ed., New York, 2004.
- Cortés Domínguez, L.J., en Uria/Menéndez, Curso de derecho mercantil, II, Madrid, 2001.
- De Castro y Bravo, F., El negocio jurídico (1971), reimpresión, Madrid, 1985.
- Díaz Ruiz, E./Zabala Arroyo, P., “La Directiva 2007/64/CE, sobre Servicios de Pago en el mercado interior”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 19, 2008, p. 77 ss.
- Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I y v. II, 4ª ed., Madrid, 1993.
- idem, La representación en el Derecho privado, Madrid [1979], reimpresión 1992.
- idem, La prescripción extintiva en el Código civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Cizur Menor, 2003.
- idem, “Contratos de consumo y derecho de contratos”, ADC, 2006, I, p. 5 ss.
- Díez-Picazo/Roca Trias/Morales, Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, Madrid, 2002.
- Díez-Picazo Giménez, G., “Comentario al art. 1107”, en AAVV, Código Civil comentado, III, dir. A. Cañizares et alii, Cizur Menor, 2011, p. 143 ss.
- Domínguez Luelmo, A., “Derecho de desistimiento”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 216 ss.
- Durany Pich, S., en AAVV, Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación, dir. Menéndez/Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 265 ss.
- Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Janse/Wagner/Zimmermann, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos), ADC, 2009, IV, p. 1481 ss.
- Eiranova, E., Código Civil Alemán. Comentado. BGB, Madrid, 1998.
- Eizaguirre, José Mª de, Derecho de los títulos valores, Madrid, 2003.
- Embid Irujo, JM, “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: El llamado <servicio de caja>.El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en AAVV, Contratos bancarios, dir. R. García Villaverde, Madrid, 1992, p. 91 ss.
- Fernández Pérez, N., La contratación electrónica de servicios financieros, Madrid, 2003.
- Ferrando Villalba, Mª. L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en AAVV, Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido?, Cizur Menor, 2012, p. 15 ss.

- Ferrari, F., “La formación del contrato”, en Galgano, F. (coordinador), Atlas de derecho privado comparado, tr. esp., Madrid, 2000.
- Flume, W., El negocio jurídico, tr. esp., Madrid, 1998.
- García-Cuerva García, S., “Las reglas generales del *onus probandi*”, en AAVV, Objeto y carga de la prueba civil (dir. Abel Lluch/Picó i Junio), Barcelona, 2007, p. 47 ss.
- García Pérez, Rosa M., “La prescripción en el Derecho europeo”, en AAVV, Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional (Ed. S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, p. 821 ss.
- García-Pita y Lastres, JL, Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones bancarias neutras, en Tratado de Derecho Mercantil, 39, v. 4, dir. Olivencia/Fernández Novoa/Jiménez de Parga, Madrid, 2006.
- García Rodríguez, A., “El desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios de Pago”, Actualidad Jurídica Uría-Menéndez, 26, 2010, p. 77-82.
- Garrigues, J., Tratado de derecho mercantil, III, 1º, Madrid, 1964.
- idem, Contratos bancarios, 2ª ed., Madrid, 1975.
- Gete-Alonso y Calera, Mª C., El pago mediante tarjetas de crédito, Madrid, 1990.
- idem, Las tarjetas de crédito, Madrid, 1997.
- Giorgianni, M., Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania, Milano, 2009.
- Gómez Calle, E., Los deberes precontractuales de información, Madrid, 1994.
- Gómez Mendoza, M., “Tarjetas bancarias”, en AAVV, Contratos bancarios, dir. R. García Villaverde, Madrid, 1992, p. 363 ss.
- idem, “Tarjetas bancarias y cajeros automáticos”, en AAVV, Contratos bancarios y parabancarios, dir. U. Nieto Carol, Valladolid, 1998, p. 851 ss.
- idem, “Comercio electrónico y tarjetas de pago (Comentario a las Sentencias de la AP de Cáceres de 28 de enero de 2004 y de la AP de Barcelona de 22 de diciembre de 2004)”, RDBB, 99, 2005, p. 227-241.
- Gómez Pomar, F., Previsión de daños, incumplimiento e indemnización, Madrid, 2002.
- Gómez Segade JA, “La declaración de siniestro y la información complementaria”, en AAVV, (dir. Verdura), Comentarios a la ley de contrato de seguro, Madrid, 1982, p. 419 ss.
- Gondra Romero, José Mª, “La contribución del Derecho mercantil a la dogmática general de la representación”, en La representación en el derecho, AFDUAM, 8, 2004, p. 195 ss.
- Guilarte, Mª, La moderación de la culpa por los Tribunales (Estudio doctrinal y jurisprudencial), Valladolid, 1999.
- Hopt, K.J., “El contrato entre la entidad bancaria y sus clientes”, en Hopt, K.J., Estudios de derecho de sociedades y del mercado de valores, tr. esp., Madrid, 2010, p. 523 ss.
- Hualde Manso, T., “Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago”, Aranzadi Civil, 5, 2010.
- Illescas Ortiz, R., “Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución”, RDBB, 34, 1989, p. 271-274.
- idem, “La adaptación del Derecho español al Derecho comunitario europeo”, en L’adhésion de L’Espagne et de Portugal à la CEE. Bilan et perspectives, Paris, 1993, p. 165 ss.
- Jordano Fraga, F. La responsabilidad contractual, Madrid, 1987.

- Kozolchyk, B., La contratación comercial en el Derecho comparado, Madrid, 2006.
- Lando/Beale, Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, ed. esp. de Barres Benllonch/Embid Irujo/Martínez Sanz, Madrid, 2003.
- Lara Aguado, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, en AAVV, Derecho contractual comparado, editor S. Sánchez Lorenzo, 2ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 313 ss.
- León Sanz, F.J., voz “Representación en la sociedad anónima”, en AAVV, Diccionario de derecho de sociedades, dir. C. Alonso, Madrid, 2006, p. 1002 ss.
- Llamas Pombo, E., “Comentario al art. 1107 CC”, en AAVV, Comentarios al Código Civil, dir. A. Domínguez Luelmo, Valladolid, 2010, p. 1221.
- López García, O., “Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas”, RCE, 91, 2008, p. 3-27.
- López Jiménez, J.L., Comentarios a la Ley de Servicios de Pago, Barcelona, 2011.
- Mackaay/Rousseau, Analyse économique du droit, 2ª ed., Paris 2008.
- Madrid Parra, A., “Seguridad en el comercio electrónico”, en AAVV, Contratación y comercio electrónico, dir. Orduña Moreno, Valencia, 2003, p. 129 ss,
- Mangas/Liñan, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, 3ª ed., Madrid, 2002.
- Marimón Durá, R., “La contratación electrónica de servicios bancarios destinados a consumidores”, en Dilatas Menadas, S. (Dir.), Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación, CGPJ, Estudios de derecho judicial, 103/2006, Madrid, 2007, p. 413 ss.
- Marín García/Sánchez Alvarez, “Seguro obligatorio”, en AAVV, Tratado de responsabilidad civil del fabricante, ed. Salvador Coderch/Gómez Pomar, Cizur Menor, 2008, p. 895 ss.
- Marín López, J.J., “Comentario al art. 46”, en AAVV, Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/96 y L.O. 2/96, Barcelona, 1996, p. 339 ss.
- Marín López, M.J., Las garantías en la venta de bienes de consumo en la unión Europea, I, Madrid, 2004.
- Marina García-Tuñón, A., La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, Valladolid, 1991.
- Mariño López, A., Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados. Daños y responsabilidad civil, Madrid, 2006.
- Martín-Casals, M., “La <modernización> del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en AAVV, Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 2011, p. 11 ss.
- Martínez Nadal, A., “El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el art. 46 LOCM”, RDBB, diciembre 2001, p. 33 ss.
- idem, “Atribución de responsabilidad al comerciante o a la entidad bancaria proveedora del sistema de pago en caso de uso fraudulento de tarjetas en el comercio electrónico”, en AAVV (dir. Madrid Parra, A.), Derecho patrimonial y tecnología, Madrid, 2007, p. 215 ss.

-Martínez Rivero, E., “La aplicación del Derecho europeo de la competencia a las tarjetas de pago. Decisiones recientes y perspectivas de futuro”, *NUE*, 296, 2009, p. 61 ss.

-Martínez Sanz, F., “Buena Fe”, en *AAVV*, Derecho privado europeo, coor. Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p. 481 ss.

-Massaguer, J., *El nuevo derecho de la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006.

-Mayorga Toledano, M^a C., “El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección”, en *AAVV*, Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido?, Cizur Menor, 2012, p. 61 ss.

-Melero Bosch, L.V., *Los contratos de servicio de pago*. Cizur Menor, 2014.

-Miquel González, J.M^a., “Artículo 7.1”, *Comentario del Código Civil*, I, dir. Paz-Ares *et al*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 37 ss.

-Miquel González, J.M., en *AAVV*, Comentarios a la normas de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, cit., p. 712 ss.

-Monferrer, R.M^a., “Comentario al artículo 16”, en *AAVV*, Comentario práctico a la Ley de competencia desleal, dir. F. Martínez Sanz, Madrid, 2009, p. 272 ss.

-Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 3^a ed., Madrid, 2002.

-Morales Moreno, AM, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *ADC*, 1982, p. 604 ss.

-Moreno Navarrete, M.A., *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*, Madrid, 2002.

-Mucciarone, G., “La prima sentenza della Cassazione sulle conseguenze civilistiche del’uso della carta di credito ad opera di portatore non titolare”, *BBTC*, 1-2008, II, p. 5 ss.

-Núñez Lozano, P.L., *La tarjeta de crédito*, Madrid, 1997.

-Olavarría Iglesias, J., “Comentario al artículo 16”, en *AAVV*, Comentarios a la ley de contrato de seguro, dir. Boquera/Bataller/Olavarría, Valencia, 2002, p. 233.

-Ormazabal Sánchez, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, 2004.

-Palau Ramírez, F., “Comentario al artículo 9: Obligaciones del agente”, en Martínez Sanz/Monteagudo/Palau Ramírez, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Madrid, 2000, p. 191 ss.,

-Palmero Zurdo, J., “Un marco jurídico armonizado para los servicios de pago en el mercado interior”, *NUE*, 296, 2009, p. 5 ss.

-Pantaleón, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *ADC*, 1991, p. 1034 ss.

-Pasquau Liaño, M., <Ventas a distancia>, en *AAVV*, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (dir. Piñar/Beltrán), Madrid, 1997, p. 340 ss.

-Paz-Ares, C., “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en Menéndez, A (dir.), *Derecho cambiario*, Madrid, 1986, p. 95 ss.

-Pablo-Romero Gil-Delgado, M^a.C., “La cuenta corriente a luz de la Ley de Servicios de Pago (Y de las normas de transparencia)”, *RDBB*, 129, enero-marzo, 2013, p. 77 ss.

-Perales Viscasillas, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercancías*, Valencia, 1996.

-Pérdices Huetos, A.B., *Cláusulas restrictivas en la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.

-Pironti, A., “La nueva disciplina degli ordini di pagamento non autorizzati (credit transfers) tra direttiva 2007/64/CE e regolamentazione sepa”, en AAVV, *Armonizzazione europea del servizi de pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 399 ss.

-Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Nueva York, 2002 (Análisis económico del derecho, tr. esp., 2ª ed., México, FCE, 2007).

-Pulido Begines, J.L., en Jiménez Sánchez/Díaz Moreno, *Lecciones de derecho mercantil*, 16ª ed., Madrid, 2013, p. 543 ss.

-Pulido Begines, J.L., “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MIFID”, *RDBB*, 130, abril-junio, 2013, p. 7 ss.,

-Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en AAVV, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (Ed. S. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, 2009, p. 341 ss.

-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*, 283, 2012, p. 343-369.

-Recalde/Petit/Juan y Mateu, “Cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, en AAVV, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. Menéndez/Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 1333 ss.

-Rico Carrillo, M. “La regulación del contrato de emisión de tarjetas en la normativa sobre servicios de pago”, *RCE*, 112, marzo 2011, p. 4 ss.

-Rico Carrillo, M., *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Cizur Menor, 2012.

-Rodríguez Rosado, B., “Comentario al art. 1104 CC”, en AAVV, *Código Civil comentado*, III, dir. A. Cañizares *et alli*, Cizur Menor, 2011, p. 117 ss.

-Rojo Alvarez-Manzaneda, R., *La utilización fraudulenta de las tarjetas de pago*, Pamplona, 2011.

-Reverte Navarro, A., “Artículo 46”, en AAVV, *Régimen jurídico general del comercio minorista* (coor. Alonso Espinosa *et al*), Madrid, 1999, p. 580 ss.

-Ruiz Muñoz, M., “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”, *RCE*, 90, 2008, p. 3-90.

-idem, “El uso fraudulento de tarjetas de pago en la directiva 2007/64/CE: la obligación de notificación y reclamación del usuario”, en AAVV, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (dir. E. Bosch Capdevilla), Barcelona, 2009, p. 119 ss.

-idem, “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en AAVV, *Los contratos de distribución*, dir. Alonso Ureba *et al*, Madrid, 2010, p. 351-425.

-Salvador Coderch/Ramos González, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, en Salvador Coderch/Gómez Pomar (editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor, 2008, p. 77 ss.

-Sánchez Calero, F., *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dir. F. Sánchez Calero, 3ª ed., Madrid, 2005.

- Sánchez-Calero Guilarte, J., “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, RDBB, 1986, p. 643 ss.
- Sánchez-Calero Guilarte, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, en AAVV, Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, 50, Estudios de derecho judicial, CGPJ, 2004, p. 479 ss.; y en RDBB, 98, 2005, p. 83 ss.
- Sánchez Calero, F./Sánchez-Calero Guilarte, J., Instituciones de Derecho Mercantil, II, 33^a ed., Cizur Menor, 2010.
- Sánchez Gómez, A., El sistema de tarjeta de crédito, Granada, 2006.
- idem, en AAVV, Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias R.D.Legislativo 1/2007), coor. R. Bercovitz, Cizur Menor, 2009, p. 1315 ss.
- Schäfer/Ott, Manual de análisis económico del Derecho civil, tr. esp., Madrid, 1986.
- Steyn, J., Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 113 L.Q.R. 1997, p. 434 ss.
- Tortella, G./Núñez, Cl.E., Para comprender la crisis, Madrid, 2009.
- Troyano, O., “La disciplina uniforme del servizi di pagamento: aspetti critici e proponte ricostruttive”, en AAVV, Armonizzazione europea del servizi de pagamento e attuazione della Directiva 2007/64/CE, a cura de M. Rispoli Farina et alli, Milano, 2009, p. 24 ss.
- Whittaker, S., “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en AAVV, La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, dir. S. Cámara Lapuente, Cizur Menor, 2012, p. 509 ss.
- Yzquierdo M, “Comentario del art. 1107 CC”, en Homenaje al prof. José L. Lacruz, I, Barcelona 1992, p. 853 ss.
- Zamarra Alvarez, C.M., voz “Caducidad (Derecho Civil)”, en Enciclopedia jurídica La Ley, v. 3, Barcelona 2008-2009, p. 1675 ss.
- Zimmerman, R., Comparative Foundations of a European Law of set-Off and Prescription, Cambridge, 2002.
- idem, R., El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado, tr. esp., Barcelona, 2008.
- Zunzunegui, F., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 16 de diciembre de 2009”, RDMF, 2010, p. 142
- Zweigert/Kötz, Introducción al Derecho comparado, tr. esp., Oxford U. Press, México D.F., 2002.

