

ALFREDO BATUECAS CALETRÍO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

Extracto:

ESTÁ fuera de toda duda que, en los últimos años, el pago electrónico (principalmente, la tarjeta de crédito y la de débito) se ha convertido en una de las modalidades de pago preferidas de las personas que realizan compras en Internet.

A su favor tiene ser ya una forma de pago totalmente implantada en las operaciones de comercio tradicional, ser un medio idóneo para esta nueva forma de comunicación que es «la red», la enorme comodidad que supone su uso para el cliente. Sin embargo, no todo son parabienes, sino que, al mismo tiempo, ha de superar también graves inconvenientes, siendo el principal de todos ellos el de la escasa fiabilidad que ofrece a los distintos operadores. Si hay un aspecto que preocupa especialmente a todas las partes que participan en una operación de pago electrónico (titular del medio, establecimiento comercial y entidad de crédito) ése es, sin duda alguna, el de la seguridad de la operación.

La seguridad puede ser entendida desde un doble punto de vista, el físico y el jurídico, representando este último en la actualidad un foco de discusión abierto entre los juristas. Ni las partes tienen claro a quién dirigirse y cómo reclamar si surge algún problema en la operación, ni al juzgador le han llegado casos suficientes para pronunciarse. El éxito del pago electrónico en Internet dependerá fundamentalmente de la seguridad jurídica que ofrezca, pues los participantes en una operación de pago electrónico lo utilizarán sólo si con el tiempo van desapareciendo muchas de las incógnitas que con él ahora mismo se presentan.

Sumario:

1. Introducción.
2. Supuesto de hecho objeto de análisis.
3. Pago electrónico y modificación subjetiva pasiva.
4. Naturaleza jurídica de la operación de pago electrónico.
 - 4.1. Estipulación a favor de tercero.
 - 4.2. Expromisión.
 - 4.3. Asunción de deuda.
 - 4.4. Pago por tercero.
 - 4.5. Delegación de deuda.
5. El artículo 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.
6. Aspectos a garantizar en el pago electrónico.

«Cuanto más se agravaba cada día la fiereza del asedio, principalmente por ser muy pocos los defensores, estando gran parte de los soldados postrados de las heridas, tanto más se repetían correos a César, de los cuales algunos eran cogidos y muertos a fuerza de tormentos a vista de los nuestros.»

La Guerra de las Galias, Libro V

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad en las comunicaciones es algo que ha preocupado al hombre desde antiguo y su consideración ha venido propiciada en gran medida por la necesidad que ha existido a lo largo de la historia de dotar de un grado alto de protección a las comunicaciones militares ¹. La forma más común que se ha seguido para proteger esas comunicaciones ha sido la de ocultar, codificar o encriptar la información que contenían, tratando de evitar con ello que el enemigo pudiera acceder a los datos que se transmitían.

El emperador romano Julio César representa en la historia de la seguridad en las comunicaciones uno de sus hitos más significativos, al haber sido uno de los primeros que aplicó de un modo útil e inteligente la criptografía ². Durante su campaña en las Galias, César utilizó un sistema de codificación para sus mensajes no equiparable a ningún otro conocido hasta entonces, lo que le permitió, mientras duró la conquista, enviar correos sin temor a que sus mensajeros fueran capturados por sus oponentes. Al gran general romano le bastó simplemente con sustituir cada letra del texto por la que ocupaba tres puestos más adelante en el abecedario para hacer de sus mensajes algo indescifrable en su tiempo: donde correspondía una «a» ponía una «d», donde iba una «b» una «e» y así sucesivamente.

Está claro que hoy, aún existiendo igualmente esa necesidad de seguridad en las comunicaciones (pensemos, por ejemplo, en el pago en Internet, tema que nos ocupa), los métodos que se aplican

¹ Algunos ejemplos que pueden encontrarse a lo largo de la historia son: la *escitala* (utilizada en la guerra entre Esparta y Atenas y que consistía en escribir sobre una tela que estaba enrollada a un palo o rodillo de estructura irregular. Al separar la tela del palo, la disposición de las letras no tenía sentido, siendo imposible entender lo que en ella se contenía. Para comprender lo que estaba escrito en la tela era necesario enrollarla de nuevo en un palo con una estructura idéntica al originario); Carlomagno, que incrustaba signos falsos y sin sentido en sus mensajes hasta hacer ininteligible su contenido; Napoleón, que asignaba números a letras o a grupos de letras; o Thomas Jefferson, que utilizaba dos discos cilíndricos unidos paralelamente entre sí en los que estaban impresas las letras del abecedario (en uno en el orden correcto y en el otro colocadas aleatoriamente) para codificar los mensajes.

² Los textos se ocultan o se codifican utilizando para ello técnicas de criptografía, que es el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático.

para conseguirla son más complejos que el utilizado por Julio César. Desde un principio, la seguridad ha sido uno de los aspectos que más ha preocupado tanto a los agentes dedicados a ofrecer medios de pago electrónico como a las personas que se sirven de ellos ³.

Para conferirle seguridad al sistema, los medios de pago electrónico se sirven de modelos criptográficos desarrollados específicamente para ser aplicados a transferencias electrónicas. La criptografía, que opera sobre sistemas de *clave simétrica* ⁴ (llamada así porque se utiliza la misma clave para codificar un texto y para descodificarlo) o de *clave asimétrica* ⁵ (en el que existen dos claves distintas pero complementarias: una para codificar y otra para descodificar), codifica los intercambios de información que tienen lugar cada vez que se usa el número de una tarjeta para realizar un pago en Internet, evitando con ello que puedan ser leídos directamente por terceros no autorizados (los datos nunca se transmiten «en claro» entre las partes) ⁶.

La seguridad en las transferencias electrónicas de fondos puede ser entendida desde dos puntos de vista: *seguridad física*, referida a que el mensaje no vea vulnerada su autenticidad, integridad, confidencialidad y se asegure su no repudio, y de cuya salvaguarda están encargadas las soluciones informáticas, y *seguridad jurídica*, que opera fundamentalmente tras la quiebra de alguno de esos principios con la finalidad de reestablecer el equilibrio patrimonial a la parte que haya sufrido los daños o perjuicios de la vulneración.

La seguridad física se alcanza, entre otros medios, a través de los llamados Protocolos de Seguridad (entre los que destacan SET o SSL), que actúan a modo de «canales» seguros por los que se intercambian la información los intervinientes en la operación. Los Protocolos de seguridad se sirven de sistemas de claves asimétricas y certificados electrónicos (que se intercambian entre el navegador del particular y el servidor en el que están alojadas las páginas web del establecimiento comercial)

³ Vid. Estudio sobre comercio electrónico B2C 2004 realizado por la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), págs. 30 y ss.

⁴ Existen diferentes formas de codificar un mensaje con clave simétrica: *sustitución* (consistente en cambiar cada letra del texto por otra, que es lo que hacía César); *permutación* (en el que se altera el orden de las letras siguiendo una regla predeterminada); *esteganografía* (se camufla un texto dentro de otro); o *modelo mixto* (basado en combinar sustituciones y permutaciones).

⁵ La criptografía asimétrica opera a partir de una clave privada y otra pública asociada a la primera. La clave privada sólo la conoce su usuario, mientras que la clave pública puede ser conocida por terceros. Si el mensaje se codifica con una clave privada, sólo podrá ser descodificado con su correspondiente clave pública y, viceversa, si la clave utilizada para codificar ha sido la pública, el mensaje únicamente podrá descodificarse aplicándole al texto la privada.

Así, si Esmeralda codifica sus mensajes con su clave privada, Ángel tendrá que utilizar la clave pública de aquella para poder leerlo. Si la clave pública de Esmeralda le permite leer el mensaje «en claro» o «en abierto», Ángel sabrá que el mensaje, efectivamente, se lo envió Esmeralda, lo que significa que esta forma nos garantiza la identidad del remitente del mensaje. Todos los que tengan acceso a la clave pública de Esmeralda podrán leer el mensaje, por lo que la distribución de las claves públicas en este sistema será algo determinante. Si Esmeralda quiere que el mensaje sólo lo pueda leer Ángel lo que tendrá que hacer es codificar el mensaje con la clave pública de Ángel, porque sólo él tiene acceso a su clave privada, que será la que habrá que aplicarle al mensaje para descodificarlo. Realizando esto, Esmeralda asegura la identidad del destinatario. Cuando lo que se pretenda sea garantizar tanto la identidad del remitente del mensaje como la del destinatario bastará con que Esmeralda codifique el mensaje dos veces, que también es posible, una con su clave privada y otra con la pública de Ángel.

⁶ Junto a esto es preciso mencionar que hoy ni tan siquiera se envían los mensajes literalmente, sino que se transmiten resúmenes de los mismos, resultado de aplicarle al texto final que se quiere transmitir una *función resumen* (una de las más conocidas es la función resumen *Hash*).

para garantizar la seguridad del pago. Los certificados electrónicos cumplen la función de acreditar la identidad de cada una de las personas que participan en la operación ⁷.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica, que es la que centrará nuestra atención en este estudio, hemos de comenzar diciendo que todavía existe una gran incertidumbre en torno a las transferencias electrónicas, cualquiera que sea su variante ⁸, lo que termina convirtiéndose en una rémora más para su acogimiento definitivo por los usos sociales. La admisión real y efectiva de los avances tecnológicos por parte de la sociedad sería más rápida si su puesta a disposición fuera acompañada de un régimen jurídico que los regulara. En este orden de ideas, la respuesta que ha ofrecido el Derecho a las distintas clases de transferencias electrónicas que existen ha sido muy diferente: mientras que las Transferencias Electrónicas de Fondos han pasado totalmente desapercibidas hasta el momento para el legislador, en tanto no existe norma concreta que las regule de un modo integral y con la que se les pudiera dar solución a los problemas que originan, las Transferencias Electrónicas de Datos han recibido un tratamiento especial y ya han sido objeto de una Ley específica que las regula, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Pese a la laguna legal que acusa el pago electrónico, cada vez es mayor el número de pagos que se realizan en Internet. De las distintas formas que existen de ejecutarlo (contra reembolso, tarjeta de crédito o débito, dinero digital, etc.) ⁹, la tarjeta se erige en el instrumento preferido de los «internautas» ¹⁰, y ello aunque constantemente se recojan en la prensa noticias que anuncian supuestos de fraude

⁷ *SSL (Secure Sockets Layer)* es un protocolo que trata de otorgarle seguridad a las comunicaciones electrónicas. Ha sido desarrollado por *Netscape Communications Corporation* y actualmente se ha erigido en la solución de seguridad implantada en la mayoría de los servidores web que ofrecen servicios de comercio electrónico. Para pagar, el usuario debe rellenar un formulario con sus datos personales (tanto para el caso del envío de los bienes comprados, como para comprobar la veracidad de la información de pago) y con los correspondientes a su tarjeta de crédito (número y fecha de caducidad, especialmente). El protocolo SSL está incorporado «en serie» en los navegadores y la información entre las partes se transmite encriptada. Su forma de operar es la siguiente: el establecimiento comercial tiene que tener «alojadas» sus páginas web en un servidor seguro y disponer de una clave privada y una clave pública. El cliente no necesita disponer de claves, ni tan siquiera conocer que existen. Una vez que el cliente ha accedido a las páginas web del establecimiento comercial recibe del servidor de este último en su navegador una clave pública y un certificado. Al recibirlos, el navegador lo reconoce y lo identifica con un servidor seguro –cuando ocurre esto en la pantalla del ordenador suele aparecer un mensaje en el que se indica que vamos a acceder y a intercambiar información con un «sitio seguro»–. El cliente, sin saber que se ha producido ese intercambio de información previo, cuando introduce sus datos (que el propio navegador codificará con la clave pública que previamente le hizo llegar el servidor del establecimiento comercial) ya está operando a través de un canal seguro.

⁸ Atendiendo al contenido del mensaje, las Transferencia Electrónicas pueden ser de Fondos o de Datos. El legislador es consciente de la desconfianza que todavía existe en muchas personas hacia las nuevas tecnologías y no pierde ocasión para manifestarlo, como puede comprobarse, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico o en la de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. En este último texto normativo se indica expresamente que la regulación de la firma electrónica nace con el propósito de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad a las comunicaciones electrónicas que intercambian las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas.

⁹ Estas formas son las más conocidas por ser las más utilizadas, pero junto a ellas existen otras muchas que no serán objeto de nuestro estudio. Entre otras, cabe mencionar: el pago desde el teléfono móvil (donde destaca *movipay*, compañía nacida de la fusión de *móvilpago* –creado por el BBVA y Telefónica– y *pagomóvil* –fruto de la alianza entre el BSCH y Airtel–); emitir cheques electrónicos (*checkfree* es su máximo exponente); F.S.C.T. (*Financial Services Technology Consortium*); *First Virtual*; *NetMarket*; *NetBill*; *NetCash* y *NetCheque*; *Cybercash*, etc. y así hasta completar una serie de más de 100 soluciones informáticas distintas de materializar un pago electrónico que existen actualmente en el mercado.

¹⁰ *Vid.* Estudio AECE, pág. 24.

(*hackers* que se hacen con números de tarjetas alojados en servidores de entidades financieras; casos de *phising* o *spoofing* en los que un estafador crea una página web a semejanza de la de una entidad de crédito haciéndose pasar por ella; abusos por parte de hoteles o compañías dedicadas al alquiler de vehículos en línea que solicitan el número de la tarjeta cargando posteriormente gastos no previstos, etc.).

El dato del aumento creciente del uso de la tarjeta en los pagos en Internet no ha pasado desapercibido ni para el legislador comunitario ni para el nacional. Ofrecer unos medios de pago seguros en Internet es algo que ya preocupa a los órganos rectores comunitarios desde hace tiempo, como puede comprobarse en el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, en el que se establece claramente que los Estados miembros deberán facilitar a los consumidores que utilicen su tarjeta en el marco de las compras a distancia, medios válidos para solicitar la anulación de pagos provenientes de usos fraudulentos de la tarjeta y en normas anteriores ¹¹. En lo que a nuestro Ordenamiento Jurídico interno respecta, la consecución de este objetivo y la consiguiente cobertura legal de los pagos con tarjeta que se realizan en Internet se obtiene por medio del artículo 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (modificado por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias).

2. SUPUESTO DE HECHO OBJETO DE ANÁLISIS

El modelo de pago electrónico en Internet que se analizará será el siguiente: un particular decide extinguir una compraventa que ha realizado en la página web de un establecimiento comercial dedicado al comercio electrónico utilizando para ello su tarjeta de crédito. La operación comienza con la introducción de los datos del titular de la tarjeta en la página web del establecimiento comercial (por regla general, su nombre y apellidos y el número de la tarjeta y su fecha de caducidad). Esos datos son remitidos automáticamente a la entidad de crédito del establecimiento (aquella que le presta los servicios de TPV virtual) quien, a su vez, los reenvía al gestor nacional del sistema (los sistemas de pago electrónico operan alrededor de un gestor que canaliza todas las operaciones y que sirve de nexo de unión entre todas las entidades de crédito que forman parte del sistema) ¹². El gestor nacional del siste-

¹¹ Dentro del Derecho comunitario, para el pago con tarjeta en general (no específicamente para su uso en Internet), además de la Directiva 97/7/CE, resultan de aplicación la Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (Relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) (87/598/CEE); la Recomendación 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 (88/590/CEE); y la Recomendación 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 (97/489/CE).

¹² La participación de las entidades de crédito en el sistema de pago electrónico, como emisores/gestores de las mismas, se remonta a mediados del siglo XX cuando el Bank of America lideró el fenómeno de las tarjetas. Mientras este banco desarrollaba su actuación en la costa Oeste de los EE.UU., el Franklin National Bank hacía lo propio en la costa Este. Con el paso del tiempo, la asociación creada en torno al Bank of America pasó a denominarse National BankAmericard IBANCO

.../...

ma los hace llegar a la entidad de crédito del cliente que emitió la tarjeta para que autorice o deniegue la operación, dependiendo de las condiciones pactadas con el titular del instrumento. Si la tarjeta está caducada, la cantidad excede del límite permitido o la operación no cumple alguna de las exigencias previamente impuestas en el contrato de aceptación de tarjeta, la entidad de crédito podrá rechazar la operación, comunicándose al gestor nacional del sistema y éste a la entidad de crédito del establecimiento. En caso contrario, y siguiendo idéntica secuencia de actuaciones, pero esta vez mostrando su aprobación, se autoriza la operación. Este ciclo de ida y vuelta de la información se cierra con el envío del acuse de recibo por el que el establecimiento da noticia al consumidor de que, toda vez ejecutada la operación correctamente, procede el envío de las mercancías¹³. La operación concluye con una doble actuación de la entidad de crédito: por una parte, el pago al establecimiento comercial y, por otra, el ejercicio de una acción de reembolso (llegado el plazo pactado) frente al titular de la tarjeta¹⁴.

.../...

y posteriormente VISA, mientras que la de la costa Este primeramente recibió el nombre de MASTERCHARGE y luego de MASTERCARD, teniendo en ambos casos una proyección internacional. MARTÍN PEÑA GARCÍA, R. (*La contratación electrónica y el pago mediante tarjetas*. Encuentros sobre Informática y Derecho 1992-1993. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1993), cuando analiza la organización a nivel mundial de los operadores de tarjetas, denomina a las agrupaciones internacionales que nacieron alrededor de VISA y de MASTERCARD: TARJETAS DE CRÉDITO INTERNACIONALES INC. (T.C.I.). Esto es, VISA, operando a nivel internacional, es una T.C.I. y MASTERCARD otra distinta. Cada T.C.I. ordena su funcionamiento interno como si de una cooperativa se tratara, en la que sus miembros (las entidades financieras adscritas a la misma) son, al mismo tiempo, socios y usuarios del sistema. Estas T.C.I. distribuyeron el mundo por áreas geográficas y en cada una de ellas crearon una T.C.I. REGIONAL (T.C.I. REG.). Cada T.C.I. REG. promovió, a su vez, la creación de sociedades de ámbito nacional (T.C.I. PAÍS) que nacieron de la unión de todas las entidades de crédito que decidieron pasar a formar parte de ella. Las T.C.I. PAÍS forman parte del Consejo de las T.C.I. REG. y la suma de T.C.I. REG. da lugar al Consejo de la T.C.I. INTERNACIONAL, que se sitúa en la cúspide de la pirámide. La T.C.I. INTERNACIONAL es la titular de los derechos de propiedad de los productos, la que regula la normativa interna, política y operativa de las relaciones entre las entidades miembros y la que establece los sistemas de comunicaciones necesarios para efectuar las operaciones.

Por su parte, las T.C.I. REG. velan por que se apliquen las normas en su región, por promocionar el sistema, y por realizar las compensaciones necesarias supranacionales entre las entidades de su región.

La T.C.I. PAÍS desempeña el mismo papel que las T.C.I. REG., pero en el ámbito de su país y son las que gestionan la entrada de las entidades de crédito interesadas en ello, tramitando su solicitud a T.C.I.

T.C.I. concede a cada entidad de crédito una licencia de marca para usar sus productos, autorizándola a contratar con los particulares (a quienes les concederá la tarjeta) y con los establecimientos comerciales (a quienes afiliará al sistema). Actualmente VISA permite que una entidad de crédito pueda afiliarse a establecimientos comerciales de otra nación comunitaria distinta de la suya, como puede apreciarse en la respuesta que se dio por parte de la Comisión a una pregunta formulada por la parlamentaria europea Helena Torres Marques –pregunta escrita P-2173/01– «*respecto a las relaciones con las entidades emisoras de tarjetas de crédito, la Comisión indica que las normas de las redes de tarjetas de pago VISA y Eurocard-MasterCard permiten a los bancos captar comerciantes en otro Estado miembro (incluidos los comerciantes cuyos puntos de venta están únicamente en un Estado miembro)*».

¹³ Por orden del artículo 28 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el proveedor debe confirmar al consumidor con posterioridad a la perfección del contrato, mediante el envío de un «acuse de recibo», la recepción de la aceptación. Podrá transmitir el acuse de recibo enviándole un correo electrónico en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación a la dirección que el consumidor previamente le haya señalado o también mostrándole un aviso en la página web inmediatamente después de que concluya el proceso de contratación y siempre que el consumidor pueda archivarlo de algún modo. La ley señala dos excepciones en las que no será necesario que el proveedor cumpla con este deber: que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor o que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico y otro tipo de comunicación electrónica equivalente y estos medios no hayan sido empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

¹⁴ Toda la operación se ejecuta en unos cuantos segundos y tiene idéntica mecánica de funcionamiento si la tarjeta que se utiliza es de débito (cuando se admite el uso de este tipo de tarjetas).

3. PAGO ELECTRÓNICO Y MODIFICACIÓN SUBJETIVA PASIVA

Antes de pasar a examinar los distintos aspectos del pago electrónico que merecen ser protegidos, conviene estudiar, aunque sea brevemente, la naturaleza jurídica de la operación, ya que el principal efecto jurídico que sobreviene con su uso, la sustitución de deudores, es fruto directo de su naturaleza. El cambio de deudor es una institución que ya requiere por sí sola (si atendemos a la trascendencia jurídica que tiene) la adopción de medidas jurídicas especiales que aseguren su correcta ejecución. No cabe duda de que una regulación precisa del pago electrónico debe contener necesariamente normas que aludan a los supuestos de uso fraudulento, ofreciendo una solución a los titulares de los instrumentos que los padezcan, pero, a la vez, si esa normativa verdaderamente quiere regular el pago electrónico en toda su dimensión de forma obligada habrá de tener en cuenta ese cambio de deudor que se produce con la puesta en práctica de la tarjeta de crédito.

El cambio de deudor opera desde que la entidad de crédito emisora/gestora de la tarjeta acepta la orden de pago enviada por el titular del instrumento al introducir sus datos en la página web ¹⁵. Desde que autoriza la operación, la entidad de crédito pasa a ser responsable único y exclusivo de la deuda frente al establecimiento comercial, liberando automáticamente al titular de la obligación de pago (la entidad de crédito pasa a ser nuevo deudor frente al establecimiento comercial, expulsando al titular de la posición pasiva). La liberación del titular frente al establecimiento es absoluta, lo que supone que, si con posterioridad a haberse celebrado la operación surgen discrepancias sobre la misma entre la entidad de crédito y el propio establecimiento, este último únicamente podrá dirigirse contra aquélla, resultándole imposible ejercitar cualquier tipo de derecho frente al titular ¹⁶.

La modificación subjetiva pasiva de la relación obligatoria es un tema polémico entre los autores que lo han tratado, generando opiniones enfrentadas y más de una legendaria discusión doctrinal todavía abierta al día de hoy. La razón principal de que esto sea así habrá que buscarla en que detrás del cambio de deudor laten un número de instituciones muy difíciles de delimitar unas de otras, como son la delegación de deuda, la asunción, la expromisión o el pago del tercero ¹⁷.

¹⁵ El derecho a enviar órdenes de pago se lo concede el contrato de emisión de tarjeta que previamente ha celebrado con la entidad de crédito. Siempre que se cumplan las condiciones pactadas, la entidad de crédito está obligada a atender las órdenes de pago que reciba de los titulares de sus tarjetas.

¹⁶ Existe una excepción contenida en el artículo 1.206 del CC pero, al ser una entidad de crédito quien pasa a ser nuevo deudor responsable de la deuda, hay que descartarla para el pago electrónico por improbable. Según este artículo, el acreedor (aquí el establecimiento comercial que se dedica al comercio electrónico) podría dirigirse contra el antiguo deudor si el nuevo resultase insolvente y su insolvencia ya fuera anterior y pública o conocida al transmitirse la deuda.

¹⁷ Aunque no resulte excesivamente complicado definir teóricamente lo que es una delegación, una asunción y una expromisión, sí lo será «dibujar» el límite que separa a una de otra, especialmente el de la delegación de la asunción. Aludiendo a lo espinoso del tema COSSÍO Y CORRAL, A. (*La transmisión de las obligaciones a título singular*. AAMN, Vol. I. Madrid. 1943. pág. 195) ha llegado a decir que en muchos casos los autores que lo han tratado «se hallan obsesionados por el espejismo de los nombres». Fue DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F.C. quien con su obra «Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera» (RDP, Madrid, 1912) sacó del ostracismo en España al cambio de deudor, obligando a la doctrina a girar su mirada hacia la institución. Este autor fue el primero en defender de una manera clara y terminante (haciendo suya la corriente que ya comenzaba a dominar Europa a partir de que viera la luz la obra de DELBRÜCK, E. *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Rechte*. Ferd. Dümmler's Buchhandlung –W. Grube–.

.../...

La modificación subjetiva pasiva que aquí acontece no conlleva efectos novatorios sobre la obligación originaria que vincula al titular de la tarjeta y al establecimiento comercial, sino simplemente modificativos. Tres son las razones que nos llevan a pensar de esta manera.

En primer lugar, el artículo 1.203 del CC, precepto en el que gran parte de la doctrina fundamenta el cambio de deudor, al especificarse en él que la sustitución de deudores genera una novación meramente modificativa, nunca novatoria¹⁸.

En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que es posible comprobar cómo nuestro más alto tribunal también se muestra favorable a admitir que la sustitución de deudores produce una novación simplemente modificativa¹⁹.

Por último, que en el pago electrónico no se observe ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 1.204 del CC, que es el encargado de regular la novación extintiva. Según este artículo, para que se origine una novación extintiva es necesario que así se pacte expresamente entre las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. Este pacto nunca llega a alcanzarse en el contrato de emisión de tarjeta²⁰. Por otra parte, si admitimos que dos obligaciones serán incompatibles cuando la modificación practicada implique un cambio en su naturaleza, de tal forma que deje de ser de un tipo y pase a ser de otro totalmente distinto, con el cambio de deudor que aquí acontece tampoco se produce esa incompatibilidad, ya que la obligación de compraventa originaria que vincula al titular de la tarjeta con el establecimiento comercial sigue conservando intacta su naturaleza,

.../...

Berlin. 1853) que el cambio de deudor no tenía por qué producir necesariamente efectos extintivos en la obligación, sino que era posible admitir una transmisión pasiva de deuda con efectos meramente modificativos. Después de él, han sido numerosos los autores que se han acercado al tema, aunque más para describir el estado de la cuestión (*vid.* BIGIAMI, W. «Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código Civil italiano» (traducción de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.), *RDP*, Julio-Agosto, 1943, págs. 489 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*. II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte general. Teoría general del contrato. Ed. Dykinson. Madrid, 2000; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, *Apuntes para una reflexión de la modificación y novación de la relación obligatoria*, homenaje al profesor Juan Roca Juan, Murcia. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989, págs. 303 y ss.), lo que por otra parte confirma las palabras de COSSÍO, que para crear un régimen jurídico que le resulte de aplicación (de entre estos últimos merecen destacarse los trabajos de: ADAME MARTÍNEZ, M.A., *La asunción de deuda en derecho civil*. Ed. Comares. Granada, 1996; BASOZABAL, X. «El contrato de asunción de deuda». *ADC*. Enero-Marzo, 2000, págs. 83 y ss.).

¹⁸ GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato». *RDP*, 1963, págs. 36 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. 2.^a parte. Enneccerus–Kipp–Wolff. Ed. Bosch. Barcelona, 1966, pág. 219; COSSÍO, ob. cit., pág. 195; DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. Ed. Civitas, 1996, pág. 854 y en *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. Novena edición, 2001, pág. 254; ALBALADEJO *Derecho Civil I, Derecho de obligaciones*. Vol. I. Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1997, pág. 339.

¹⁹ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1982 (RJA 3407); 22 de noviembre de 1982 (RJA 6554); 10 de enero de 1983 (RJA 161); 20 de marzo de 1984 (RJA 1311); 27 de noviembre de 1990 (RJA 9056); 27 de junio de 1991 (RJA 4632); 20 de mayo de 1997 (RJA 3890); 9 de diciembre de 1998 (RJA 9881); noviembre de 1999 (RJA 7529); 9 de marzo de 2000 (RJA 1349).

²⁰ En los contratos de emisión de tarjeta no se contiene ninguna cláusula expresa que imponga la novación extintiva. Antes que esto, lo que pretende una persona cuando contrata una tarjeta de crédito es poder liberarse temporalmente de tener que hacer frente a pagos inmediatos, que se le permita retrasarlos hasta un momento posterior (no pagar «efectivamente» en el mismo instante en que se realiza la compra, sino en un tiempo ulterior), y frente a otra persona (no pagarle al establecimiento comercial, sino a la entidad de crédito).

variando únicamente en que a partir de la aceptación de la entidad de crédito es exigible frente a persona distinta ²¹.

Con el uso de la tarjeta, su titular interfiere el curso natural de la obligación (exigible *desde luego*, por ser una obligación pura –art. 1.113 CC–), actuando el instrumento de pago como mecanismo perturbador del «programa» de la misma.

Ad maiorem, el pago con tarjeta de crédito respeta los requisitos que la doctrina ha venido solicitando para la novación modificativa: 1. Existencia de una obligación válidamente constituida ²²; 2. Alteración de alguno de sus elementos (en este caso el subjetivo pasivo); 3. Declaración expresa de las partes de querer simplemente modificarla o ausencia de incompatibilidad entre la obligación y las alteraciones introducidas en la misma (art. 1.204 CC, *sensu contrario*) ²³.

En otro orden de ideas, la modificación subjetiva pasiva no es la única alteración que acusa la obligación que celebran la persona que contrata a través de página web y el establecimiento comercial cuando se utiliza una tarjeta de crédito para realizar un pago electrónico, sino que en ella también se advierten alteraciones objetivas. A semejanza de lo que ocurre para la modificación subjetiva, a las variaciones que experimenta el *quantum* debido (la entidad de crédito recibe una cantidad menor de la debida, al aplicarle la entidad de crédito el descuento que cobra en concepto de comisión), la forma de pago (no se paga con dinero en efectivo, sino utilizando un título valor impropio o de legitimación ²⁴) y el tiempo (el establecimiento comercial recibirá el dinero «efectivamente» unos días

²¹ Entendemos que lo que aquí se produce no es una coexistencia de dos obligaciones (una que vincula al titular de la tarjeta con el establecimiento comercial y otra que une a este último con la entidad de crédito) en la que una (la que vincula al titular de la tarjeta con el establecimiento) es anterior al nacimiento de la otra (la que une a la entidad de crédito con el establecimiento comercial) y donde la segunda viene a sustituir a la primera, sino que a lo largo de toda la operación se mantiene la misma obligación, alterándose únicamente el sujeto pasivo frente al que es exigible (el titular de la tarjeta primero y la entidad de crédito después). No existiendo dos obligaciones que se suceden en el tiempo, sino una que primeramente es exigible frente a un deudor y posteriormente frente a otro que sustituye al originario, no cabe hablar de incompatibilidad de obligaciones.

²² Según el artículo 23 de la LSSI, dedicado a regular la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, este tipo de contratos producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en la propia ley de servicios de la sociedad de la información, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

²³ Para lo que nos remitimos a lo que en este mismo apartado venimos manteniendo.

²⁴ Aun partiendo del concepto amplio que hoy existe de título valor, la tarjeta de crédito no debe asemejarse a ellos, por no cumplir con todas las características que sirven para identificarlos. La tarjeta comparte con los títulos valores la característica de la legitimación por la posesión, al poder beneficiarse únicamente su legítimo propietario de los derechos que otorga. Pero en las tarjetas, a diferencia de los títulos valores, no se aprecia ni la literalidad, ya que la tarjeta no expresa el derecho que lleva incorporado, ni la autonomía por la posesión, por no ser un documento apto para circular (todo lo contrario que los títulos valores en los que ésta es su principal función).

Los títulos impropios o de legitimación son «documentos que contienen la promesa de realizar un servicio (*facere*) o de entregar una cosa (depósito) o incluso una suma de dinero» (BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. 10.ª edición. Madrid, 1994, pág. 625). Estos títulos de legitimación no están hechos para circular y en ellos falta la literalidad.

.../...

después de realizarse la operación, no al tiempo de producirse la venta), la doctrina le otorga simplemente valor modificativo²⁵.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPERACIÓN DE PAGO ELECTRÓNICO

La utilización del número de una tarjeta en Internet conlleva la ejecución de una institución jurídica cuya naturaleza está discutida por la doctrina. Mientras que algunos autores proponen entender esa operación como una estipulación a favor de tercero, en la que el tercero es el titular de la tarjeta y quienes pactan la estipulación en su favor son la entidad de crédito y el establecimiento comercial, y otros mantienen que lo que ahí acontece es una expromisión de deudas, unos terceros prefieren interpretarla bajo el signo de la asunción de deudas. Veamos a continuación brevemente cada una de estas teorías.

.../...

Incluso puede dudarse de si la característica de la legitimación por la posesión se pierde cuando la tarjeta se utiliza en el comercio electrónico (MARTÍNEZ NADAL, A. «El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el art. 46 LOCM». *RDBB*. Núm. 84. Octubre-Diciembre. 2001, pág. 44). MARTÍNEZ NADAL concluye, acertadamente en nuestra opinión, que aun atendiendo a la desvirtualización que como títulos de legitimación acusan las tarjetas en el comercio electrónico, éstas deben seguir siendo tenidas por tales, por lograrse la legitimación con el hecho de comunicar al establecimiento comercial los datos requeridos para efectuar la operación y, especialmente, porque este modo de proceder ha sido generalmente admitido tanto legal, como jurisprudencial y comercialmente. Véase GÓMEZ DE MENDOZA, «Tarjetas bancarias». *Contratos Bancarios*. Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio, en colaboración con el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. (Dir. Rafael García Villaverde). Madrid, 1992, cit., pág. 373. Otros trabajos de esta autora sobre la tarjeta de crédito que merecen ser destacados son: *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*. Homenaje a Joaquín Garrigues. Madrid. 1971. Tomo II; «La protección del titular de una tarjeta de crédito en el Reino Unido». *RDBB*. Núm. 42. Madrid. Abril-Junio. 1991; «Reino Unido: Sentencia de 4 de Octubre de 1990 en el asunto Visa Internacional-tarjetas de crédito y normas sobre la competencia». *RDBB*. Núm. 43. Año XI. Madrid. Julio-Septiembre. 1991; «Tarjetas de crédito y crédito al consumo». *Diario La Ley*, núm. 3300. Madrid, 9 de julio de 1993; «La protección del titular de una tarjeta de crédito en el Reino Unido». *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*. Homenaje a Evelio Verdura Tuells. Tomo II. Madrid, 1994; «Naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito, sus clases y carga de la prueba en el supuesto de extracciones en cajeros automáticos». *RDBB*. Núm. 54. Madrid. Abril-Junio, 1994; «Cancelación de una tarjeta de crédito sin justa causa». *RDBB*. Núm. 57. Enero-Marzo, 1995; «Aportaciones jurisprudenciales recientes en materia de tarjetas de crédito». *RDBB*. Núm. 62. Madrid. Abril-Junio, 1996; «Tarjetas bancarias y cajeros automáticos». *Contratos bancarios y parabancarios*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 1998.

²⁵ Con respecto al *quantum* debido, HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*. Obras completas. Tomo 3. Ed. Espasa Calpe. 1988, pág. 801), al tratar el tema se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1959 y a la línea jurisprudencial que ha terminado imponiéndose en el sentido de que la variación del *quantum* no produce novación; PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil*. Tomo IV. Vol. I, pág. 349) expone que no producirán novación la «admisión de pagos en términos más beneficiosos» (pensemos cómo la posibilidad que el establecimiento le confiere al titular de utilizar la tarjeta puede ser entendida como un beneficio, siempre, claro está, además de cómo un derecho que le corresponde); SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones en Derecho español*. Madrid. Ed. Nauta, 1964, pág. 378) también se muestra favorable a esta forma de pensar, pero él distingue entre aumento de *quantum* y disminución, posicionándose a favor de la modificación en el caso de la disminución del *quantum* (que es justamente lo que aquí ocurre) y a favor de la acumulación en el aumento del *quantum*.

Con respecto a la forma, *vid.* DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit. pág. 791), quien clasifica las distintas modificaciones que puede padecer una obligación e incluye un apartado dedicado a las modificaciones accesorias, dentro de las cuales se incluían las variaciones en los modos de ejecutarse la obligación; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO («Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho Español». *La Ley*, 1987-4, pág. 1.100) o SANCHO REBULLIDA («Comentarios al Código civil y compilaciones forales» (Dir. Albaladejo). T. XVI. Vol. I, artículo 1.206. Editorial *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1980, pág. 621, y en *La novación...*, cit., pág. 380).

.../...

4.1. Estipulación a favor de tercero

De entre los distintos autores que se han pronunciado sobre el pago con tarjeta, NÚÑEZ LOZANO²⁶ ha sido uno de los que con una mayor firmeza ha defendido que el pago con tarjeta de crédito opera sobre la estipulación a favor de tercero.

El argumento principal ofrecido por el autor se construye sobre el derecho que tiene el titular a utilizarla. Para él, ese derecho nace de una estipulación pactada por la entidad de crédito emisora/gestora de la tarjeta y el establecimiento comercial, quien terminará siendo el obligado a cumplirla.

Sin embargo, frente a esta forma de pensar, estimamos que el pago con tarjeta de crédito no puede explicarse desde la estipulación a favor de tercero. Las razones que nos llevan a pensar de esta manera son las siguientes:

En primer lugar, esta teoría propugna que el derecho a utilizar la tarjeta lo otorga el contrato de aceptación de tarjeta celebrado entre el establecimiento comercial²⁷ y la entidad de crédito, amparándose para ello en una cláusula (de redacción confusa)²⁸ que comúnmente aparece recogida en este tipo de contratos y en virtud de la cual el establecimiento comercial se obliga a aceptar la tarjeta (para el caso que nos ocupa, el número de la tarjeta) que le presenten los clientes. Pero, en nuestra opinión, con la redacción que presenta esta cláusula, más que el otorgamiento de un derecho a un tercero, lo que en ella

.../...

Con respecto al tiempo, HERNÁNDEZ GIL (ob. cit. pág. 801) acepta como correcta la opinión del Tribunal Supremo que califica como novación modificativa la renovación del plazo de vencimiento de un préstamo, manteniendo la identidad de la obligación, la prórroga, espera o aplazamiento del vencimiento, las sucesivas renovaciones de letras no atendidas y la reducción de la cuantía de la deuda. *Vid.* también LACRUZ (*Elementos...*, cit. pág. 310); ALBALADEJO (ob. cit. pág. 356); STORCH DE GRACIA Y ASENSIO (ob. cit. pág. 1.100); ADAME (ob. cit. págs. 298, 578); CAÑIZARES LASO (*El pago con subrogación*. Ed. Civitas. Madrid. 1996, pág. 105 y ss.); por su parte, SANCHO REBULLIDA («Comentarios...», cit. pág. 621) expone: «Con referencia a figuras concretas ha declarado el Tribunal Supremo que la prórroga del plazo constituye novación tan sólo cuando es condición esencial del contrato (Sentencias de 9 de febrero de 1889, 4 de marzo de 1892, 28 de junio de 1904, 14 de mayo de 1908, 23 de mayo y 11 de septiembre de 1916, 22 de junio de 1917, 6 de febrero de 1928, 9 de mayo de 1934, 26 de febrero de 1944, 17 de febrero de 1959, 2 de octubre de 1987, etc.). Que no existe novación, subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados (Sentencias de 18 de junio 1914, 9 de mayo de 1934, 30 de diciembre de 1935, y 24 de marzo de 1935) ...».

²⁶ NÚÑEZ LOZANO, P.L. *La tarjeta de crédito*. Madrid. Ed. CES. 1997, págs. 206 y ss: «La calificación del contrato de admisión de tarjeta de crédito como contrato con estipulación a favor de tercero debe ser asimismo perfilada poniendo de manifiesto que el derecho de los titulares de las tarjetas frente al establecimiento adherido al sistema no es efecto de ningún otro mecanismo jurídico igualmente idóneo para producirlo». También son partidarios de que en el pago con tarjeta de crédito opera una estipulación a favor de tercero PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.M. (*La tarjeta de crédito*. Ed. Comares. Granada, 1993, págs. 76-77) y DE MARCH (*Carte di credito e carte bancarie*. Banca, borsa e titoli di credito. 1970-I. págs. 328-330).

²⁷ Por este contrato el establecimiento comercial se afilia al sistema de tarjeta y, en virtud de él, la entidad de crédito permite que la página web del establecimiento comercial utilice su Terminal de Punto de Venta virtual (TPV virtual, a partir de ahora). Utilizaremos la expresión «contrato de aceptación de tarjeta» para referirnos al contrato por el que el establecimiento comercial puede utilizar el TPV virtual de la entidad de crédito.

²⁸ En la mayoría de estos contratos existe una cláusula redactada de forma parecida a ésta: «El establecimiento adherido se compromete a aceptar, en pago de ventas efectuadas o de los servicios prestados, cualquier tarjeta admitida por SISTEMA 4B, S.A. identificable por las características detalladas en los emblemas y distintivos enviados a los establecimientos» (Cláusula contenida en el contrato de admisión de tarjeta del Banco Santander Central Hispano).

se contiene es la imposición de una obligación al establecimiento comercial y la no concesión más explícita de ese derecho es el primer obstáculo que impide concebirla como una estipulación a favor de tercero. Ayudaría a observar en ella una estipulación a favor de tercero si se contuviera alguna referencia clara al tercero (aunque no fuera a un tercero determinado, sino sólo determinable) algo que no ocurre.

El derecho a utilizar la tarjeta no es resultado de una estipulación a favor de tercero sino que ese derecho le es conferido a su titular en el contrato de emisión de tarjeta celebrado con la entidad de crédito. No estimamos acertado defender que es el contrato de admisión de tarjeta quien concede el derecho a utilizarla y las condiciones generales del contrato de emisión de tarjeta las que lo regulan, porque pensar de esta manera significa que, mientras que un contrato concede un derecho, otro distinto es el encargado de regularlo, algo que no parece muy lógico. Mas al contrario, lo natural será que el derecho a utilizar la tarjeta lo conceda y regule el mismo contrato, el contrato de emisión de tarjeta.

El doble consentimiento que debe prestar la entidad de crédito es otro obstáculo insalvable²⁹ que lleva a descartar la teoría de la estipulación a favor de tercero. Si el pago electrónico fuera la ejecución de una estipulación a favor de tercero, toda vez que el estipulante y el promitente (entidad de crédito y establecimiento comercial) muestran su acuerdo en la estipulación, sólo se requerirá el consentimiento del tercero para que ésta no pudiera revocarse. Y, sin embargo, en el pago electrónico la entidad de crédito presta dos veces su consentimiento, la primera de un modo general cuando se perfeccionan los contratos de emisión y de aceptación de tarjeta y la segunda de un modo particular en cada una de las operaciones. La segunda prestación de consentimiento obliga a descartar la estipulación a favor de tercero, porque después de concertada se continúan requiriendo nuevas manifestaciones de consentimiento del promitente, algo que no está contemplado en la institución.

4.2. Expromisión

Según BARUTEL³⁰, máximo exponente de esta línea de pensamiento, la naturaleza jurídica del pago con tarjeta de crédito se corresponde con una *asunción de deudas novativa realizada por medio de una expromisión*. El autor argumenta su posición en que la iniciativa en la operación recae sobre la entidad de crédito, que haría las veces de expromitente.

La teoría carece de fundamentos sólidos y en ella se confunden el momento de perfección del contrato de aceptación de tarjeta con la perfección de una expromisión. Cuando el establecimiento comercial celebra el contrato de aceptación de tarjeta presta su consentimiento a afiliarse al sistema de tarjeta y no a un negocio de expromisión, como propone el autor, siendo su única finalidad la de beneficiarse de los privilegios que otorga estar adherido a ese sistema de tarjeta concreto. Podríamos plantearnos si

²⁹ Aparte de que el autor no alcanza su conclusión después de realizar un análisis global de toda la operación (teniendo en cuenta todas las relaciones jurídicas), sino atendiendo exclusivamente al análisis del contrato de aceptación de tarjeta celebrado entre el emisor y el establecimiento comercial, algo que no compartimos.

³⁰ BARUTEL MANAUT, C. *Las tarjetas de pago y crédito*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997, págs. 567 y ss.: «En nuestra opinión este contrato (el de aceptación de tarjeta) encierra una relación jurídica básica cuya naturaleza analizada singularmente es la de asunción de deuda, hay un pacto de diversas deudas que se conviene en forma de expromisión, y funciona a través o mediante el soporte de una cuenta corriente de estilo bancario».

la expromisión se pacta en un segundo momento, no cuando se celebran los contratos, sino cuando se introducen los datos de la tarjeta en la página web del establecimiento comercial (el titular emite su orden de pago), pero hay que descartar esta posibilidad desde el momento en que la iniciativa en la operación la ostenta el titular, hecho este que impide automáticamente que pueda hablarse de expromisión (en la expromisión la iniciativa en la operación nunca puede recaer en el deudor originario).

La orden de pago que el titular de la tarjeta emite a la entidad de crédito obliga a excluir la institución, al eliminarse con ella la espontaneidad que preside y exige la figura. La potestad que tiene el titular de la tarjeta de emitir órdenes de pago está basada en la relación contractual que le une a la entidad de crédito y esa orden se puede interpretar como su prestación de consentimiento a la operación (consentimiento este que no se contempla en la institución de la expromisión).

4.3. Asunción de deuda

Para nosotros, la asunción de deuda opera en el pago electrónico como efecto pero no como mecanismo modificador de obligaciones (o, al menos, no como mecanismo final), ya que es un «efecto» al que se llega después de que operen otras instituciones como la delegación o la expromisión.

Alcanzamos esta conclusión después de observar que la asunción de deuda siempre se remite a otros tipos negociales para materializarse: por acuerdo del nuevo deudor con el acreedor (expromisión) o por acuerdo del antiguo deudor con el nuevo más el consentimiento del acreedor (delegación).

Dos son las razones que han influido para que nos inclinemos por esta concepción de la institución: la primera es la configuración tan particular que de la modificación de la obligación tiene nuestro ordenamiento jurídico (en relación con otros), al admitirse en él la existencia de una novación meramente modificativa. La necesidad que existe en otros ordenamientos jurídicos vecinos de buscar una alternativa jurídica a la novación, y que se generó a raíz del debate a que dio lugar la obra de DELBRUCK en Alemania primero y en Europa después, no se siente en el nuestro, ya que aquí el desarrollo histórico ha llevado a la aceptación de una novación «meramente modificativa». El vacío que existía en el Derecho de esos países vecinos y que quiso llenar la asunción de deuda (en los que necesariamente todos los cambios de deudor producían novación extintiva), ya estaba siendo cubierto en el nuestro por la novación modificativa. Si se admite que en Derecho español tiene cabida una delegación de deuda con efectos de simple novación modificativa (y no necesariamente de novación extintiva), como sin duda se admite, no urge la necesidad de tener que adoptar la asunción de deudas (a diferencia de aquellos otros ordenamientos).

En segundo lugar, ya comienzan a surgir posturas doctrinales que le conceden a la asunción un valor distinto del que parece que le viene otorgando el Tribunal Supremo ³¹. Mientras que hasta ahora

³¹ Quien erróneamente, a nuestra opinión, la sitúa en un plano de igualdad junto a la delegación de deuda y a la expromisión. A modo de ejemplo, SSTS de 13 de junio de 1997 (RJA 1997\4651); 21 de mayo de 1997 (RJ 1997\4235); 9 de octubre de 1995 (RJ 1995\7026); 16 de marzo de 1995 (RJ 1995\2659); 27 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9056); 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8832); 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8786); 8 de octubre de 1984 (RJ 1984\4765); 10 de enero de 1983 (RJ 1983\161); 11 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4359).

muchos la sitúan a la par de la expromisión y la delegación (las dos figuras clásicas de actuación de la novación subjetiva pasiva), ADAME³² y BASOZÁBAL³³ la emplazan en un plano inmediatamente superior a esas dos instituciones. Tanto un autor como otro exponen que la asunción no debe ser entendida en sí misma como un mecanismo *final*, sino que en su ejecución, para materializarse, recurre a la delegación o a la expromisión (o, lo que es lo mismo, la transmisión de deuda de una persona a otra se efectúa por delegación o por expromisión y ese cambio de deudor o bien tendrá efectos novatorios o bien de asunción de deuda).

4.4. Pago por tercero

Como el pago que realiza la entidad de crédito libera al titular cabe plantearse si esa actuación es equiparable a la de un tercero que realiza un pago ajeno, ya que, de ser así, quedaría sujeta al régimen de acciones y excepciones que se propone en el artículo 1.158 del CC.

También en este caso, dos son las razones fundamentales que nos llevan a descartar esta teoría: en primer lugar, si la institución del pago del tercero alude al supuesto en que paga una persona distinta del deudor, el pago de la entidad de crédito no puede ser identificado con la figura, al haber sido realizado en calidad de deudor principal³⁴. Desde que acepta la orden de pago que le remite el titular de la tarjeta, la entidad de crédito deja de ser un tercero «ajeno» para el establecimiento y pasa a ser deudor principal y único. La sustitución de deudores que se produce entre la entidad de crédito y el titular de la tarjeta como consecuencia de que aquélla acepte la operación, conlleva que primeramente pase a ocupar la posición deudora (expulsando de la misma al titular de la tarjeta) para seguidamente hacer frente al pago. La entidad de crédito, previamente a realizar el pago, ya está ocupando la posición deudora, lo que justifica, por otra parte, que haya variado la dirección en la exigibilidad del crédito que ostenta el establecimiento, que de ser exigible frente al titular pasa a serlo frente a la entidad de crédito.

En segundo lugar, para que el pago de una persona pueda ser calificado como verdadero pago de tercero se requiere que no haya sido impuesto por ninguna obligación que le vincule con el acreedor y esto es algo que tampoco se cumple para el supuesto de hecho aquí estudiado, ya que en esta forma de pago la entidad de crédito deviene obligada a aceptar la operación (si se cumplen los requisitos exigidos) y a pagar por el contrato de aceptación de tarjeta (que incluye la instalación de TPV virtual) que tiene firmado con el establecimiento comercial³⁵.

³² ADAME, ob. cit. págs. 120 y ss.

³³ BASOZÁBAL, ob. cit. pág. 115 y ss.

³⁴ Al tercero se le exige «ajeneidad» o extrañeza con respecto a la relación que vincula al deudor originario con el acreedor, y esto es algo que no ocurre aquí (no importa que el tercero tenga interés en la obligación o que no lo tenga, lo importante es que no sea deudor).

³⁵ Desde que celebra los contratos de emisión y de aceptación de tarjeta, la entidad de crédito queda obligada a realizar los pagos y, consecuencia de ello, no podrá gozar de la ajeneidad de la que sí disfruta el *solvens* que realiza un pago por tercero. No podemos olvidar que la operación de pago electrónico se lleva a efecto precisamente por las relaciones jurídicas previas concertadas por las partes en forma de contrato de emisión de tarjeta y contrato de aceptación de tarjeta (es un negocio jurídico eminentemente causal en el que la causa de la operación habrá que buscarla en esas relaciones previas).

Como la entidad de crédito se ha obligado previamente a aceptar ese tipo de operaciones y a hacer frente a los pagos, y como paga en concepto de deudor principal y único, su actuación no puede ser calificada como pago de un tercero ni quedar sometida al régimen que se establece en el artículo 1.158 del CC para esa clase de pagos.

4.5. Delegación de deuda

Eliminadas las opciones anteriores entendemos que la institución del Derecho que se pone en práctica cada vez que se realiza una operación de pago electrónico a través de una página web es la delegación de deuda, figura compleja y en gran parte desconocida de nuestro ordenamiento jurídico ³⁶.

La muestra más notoria de que esto es así se encuentra en que esta forma de pago cumple con todos los elementos identificadores de la delegación. Una a una, las características que actúan a modo de señas de identidad de la delegación aparecen en esta variante de pago electrónico hasta hacer de ella una de sus manifestaciones más modernas:

Primero, tanto en la delegación de deuda como en el pago electrónico se advierte: la concurrencia de tres consentimientos que ponen en marcha la operación (el del titular que emite la orden de pago, el de la entidad de crédito que autoriza la operación y el del establecimiento comercial –tácitamente– que permite utilizar esa forma de pago); una orden de pago dirigida de una persona a otra (en este caso, del titular de la tarjeta a la entidad de crédito); idéntico juego de reembolsos (especialmente la acción que ejercita la entidad de crédito frente al titular y que nace a su favor como consecuencia de que anteriormente haya pagado al establecimiento comercial); y la posibilidad de un mismo ejercicio de acciones y excepciones.

Segundo, el pago electrónico persigue como finalidad principal que una persona pueda acceder a una serie de bienes o recibirlos sin realizar a cambio una remuneración económica inmediata, lo que coincide, justamente, con el cometido que históricamente ha venido cumpliendo la delegación de deuda.

Tercero, en esta forma de pago el titular del instrumento de pago cumple indirectamente la obligación que ha contraído con el establecimiento comercial, recurriendo para ello a la intermediación de un tercero (la entidad de crédito) y el cumplimiento de la obligación por parte de éste comien-

³⁶ En el mismo sentido, GETE-ALONSO, «El pago mediante tarjetas de crédito». Ed. *La Ley*, 1990, pág. 60. Y, siguiendo a esta autora, RICO CARRILLO, M. «El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet». *RCE*, núm. 3. Marzo, 2000, pág. 33. RAMOS GONZÁLEZ, J.M. «Las tarjetas de crédito y la acción procesal que de ellas emana. Posibilidad de su configuración en el marco del juicio ejecutivo». *Actualidad Civil*, núm. 11. Parece que también se inclina por pensar de esta manera RIVERO ALEMÁN, S. «Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor». *Cap. V. El crédito y el uso de medios electrónicos*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1995, pág. 527.

Para ANDREOLI («I fondamenti del negozio delegativo»). *RISG*. 1934, pág. 245) la delegación de deuda puede considerarse «como uno de los más complejos y tormentosos institutos de nuestro Derecho privado».

za tras una orden que recibe del titular de la tarjeta. Estos actos coinciden con los comportamientos que en esta antigua institución se describen para el delegante, delegado y delegatario ³⁷.

Cuarto, ambos comparten idéntica estructura tripolar (tres sujetos intervinientes y tres relaciones jurídicas que los vinculan), que es una nota característica de la delegación. El titular de la tarjeta es el delegante y es quien emite la orden de pago a la entidad de crédito emisora/gestora de la tarjeta, que es el delegado en la operación de pago electrónico. El establecimiento comercial desempeña el papel de delegatario frente a quien el delegado debe cumplir.

Quinto, en la delegación y en el pago electrónico cobran especial importancia las relaciones subyacentes: el contrato de emisión de tarjeta, que se corresponde con la relación de cobertura en la delegación y que une al titular de la tarjeta (delegante) con la entidad de crédito (delegado); la compraventa que vincula al titular de la tarjeta (delegante) y al establecimiento comercial/prestador de servicios (delegatario) y que se corresponde con la relación de valuta en la delegación; y el contrato de aceptación de tarjeta, que vincula a la entidad de crédito (delegado) y al establecimiento comercial (delegatario) y que se corresponde con la tercera relación que cierra el triángulo de relaciones jurídicas característico de toda delegación. En la existencia de estas tres relaciones jurídicas y en su interconexión encuentra su causa el negocio de delegación, y a esto lo ha designado LACRUZ «externidad de la causa» ³⁸.

En concreto, la transmisión de deuda que acontece cuando se utiliza esta modalidad de pago electrónico queda caracterizada como una delegación: *titulada*, porque la entidad de crédito cumple su prestación en virtud de las relaciones jurídicas subyacentes que le vinculan al titular y al establecimiento; *promisoria*, porque la entidad de crédito se compromete a ejecutar una obligación asumiéndola previamente como propia; y *liberatoria*, porque el titular de la tarjeta se libera frente al establecimiento comercial desde el momento en que la entidad de crédito acepta la operación ³⁹.

5. EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

La operación de pago electrónico debe respetar los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico a la sustitución del deudor para que pueda llevarse a efecto (como la obligada prestación de

³⁷ Según Díez-PICAZO (quien, a su vez, parte de la definición ofrecida por P. GIDE): «Hay delegación siempre que en lugar de proporcionar a una persona directamente y por nosotros mismos un valor cualquiera, se lo proporcionamos indirectamente, dando a otra persona la orden de suministrárselo» («Sistema», ob. cit. pág. 243).

³⁸ LACRUZ (*Elementos...*, cit. pág. 327): «En la prestación, impulsada por una delegación (la del delegado al delegatario), se observa lo que podríamos llamar "externidad de la causa" que la justifica, y que no consiste en una relación antecedente entre *tradens* y *accipiens* porque no la hay: la entrega o promesa del delegado al delegatario, o la recepción, por aquél, de una prestación o promesa de éste, obedece a relaciones (constituidas o, incluso, a constituir) de uno y otro con el delegante».

³⁹ A la delegación titulada se opone la delegación abstracta, en la que las relaciones subyacentes no son la causa del cumplimiento del delegado; a la promisoria la solutoria, en la que el delegado ejecuta una prestación sin asumirla como propia (que es, justamente, lo que ocurre en los supuestos en los que se utiliza una tarjeta de débito. En estos casos, la entidad de crédito sólo está obligada a pagar al establecimiento comercial si existe provisión de fondos en la cuenta corriente del titular de la tarjeta); y a la liberatoria la cumulativa, en la que la aceptación del delegado sólo significa que, a partir de ese momento, pasa a ser nuevo deudor junto al delegante, pudiendo dirigirse el acreedor indistintamente frente a cualquiera de ellos.

consentimiento por parte del acreedor –art. 1.205 CC–, o la aceptación de la deuda por parte del nuevo deudor), en cuanto las soluciones informáticas que se adopten no deberán contradecir las reglas generales de la modificación subjetiva. Para que la operación sea jurídicamente viable, tanto las soluciones informáticas como el régimen jurídico creado por las partes deben ser complementarios a los requisitos exigidos por el legislador para efectuar la sustitución de deudor, ya que, de lo contrario, el negocio podría acusar algún vicio que terminara ocasionando su nulidad. La inclusión del número de la tarjeta en una página web requiere la adopción de una serie de medidas tecnológicas y jurídicas que, al tiempo de garantizar el éxito de la operación, contribuyan a eliminar los recelos que normalmente despiertan en los particulares estas nuevas formas de pago. En este sentido, como ya indicamos anteriormente, la única respuesta que ha ofrecido hasta ahora el legislador desde el ámbito del Derecho privado a algunas de las cuestiones suscitadas por el pago electrónico, que ha sido el artículo 46 de la LOCM, cumple y respeta los requerimientos exigidos por la modificación subjetiva pasiva, singularmente el del consentimiento del acreedor.

Cuando una persona utiliza el número de una tarjeta para pagar una compra que realiza en Internet le preocupan fundamentalmente dos cuestiones: que ese número sea capturado por un tercero con la intención de hacer un uso indebido o fraudulento de él, y poder reclamar en caso de que el establecimiento comercial no cumpla la prestación debida o, lo haga, pero no en las condiciones pactadas.

El artículo 46 de la LOCM, con su redacción actual resultado de la modificación practicada en 2002, busca conferirle seguridad jurídica a los particulares que utilicen el número de su tarjeta para pagar compras realizadas en Internet. Según este artículo:

«Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad.

Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución reconocido en el artículo 44 y, por tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.»

El ámbito natural de aplicación de este artículo lo constituyen las compras que se celebren en el comercio electrónico, por teléfono o fax ⁴⁰, y no esos otros supuestos de hecho de uso físico de la tarjeta en los que las partes están presentes cuando se celebra la operación ⁴¹. Ésa es la razón que justifica que cuando el uso fraudulento o indebido provenga de una operación que no pueda calificarse

⁴⁰ Así se justifica para el derecho comunitario en el considerando 4 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Precisamente, esa es la razón de que en el artículo se utilice la expresión «utilizar el número de la tarjeta» y no «utilizar la tarjeta» (alternativa esta última de presentación física del instrumento que sería inviable, al ser una compraventa a distancia).

⁴¹ El artículo se encuentra ubicado en el capítulo que la LOCM dedica a las ventas a distancia.

como venta a distancia, los tribunales apliquen reglas distintas de las contenidas en este artículo y en las que el criterio definitivo para el éxito de la reclamación pase a ser el de la comunicación a la entidad de crédito de la pérdida o extravío de la tarjeta⁴². En los distintos pronunciamientos que se han dictado hasta ahora sobre pago con tarjeta en operación de «comercio tradicional»⁴³, los tribunales se muestran tajantes sobre este punto, no recurriendo al artículo 46 de la LOCM ni por analogía⁴⁴.

Así las cosas, el titular que advierta que el número de una de sus tarjetas ha sido utilizado fraudulenta o indebidamente por un tercero para realizar compras en Internet podrá exigir la inmediata anulación del cargo que se le ha practicado⁴⁵. Para ello, bastará con que pruebe que el cargo es frau-

⁴² Lo que, por otra parte, no es óbice para que los titulares que se han visto defraudados pretendan idéntica finalidad que los titulares que sí pueden acogerse al mencionado artículo 46 de la LOCM, cual es que se le reintegre la cantidad sustraída a la mayor rapidez posible.

Las reglas que se aplican ante usos fraudulentos o indebidos de tarjeta que no pueden acogerse al artículo 46 LOCM son:

1. Después de la notificación de la pérdida o sustracción de la tarjeta a la entidad de crédito será ella la única responsable de todas las operaciones que efectúen terceros no autorizados. Como regla general, las entidades de crédito graban las llamadas telefónicas realizadas por sus clientes en las que comunican la pérdida o robo de la tarjeta, constituyéndose dicha llamada telefónica en la prueba a favor del cliente de que cumplió con el grado de diligencia de él esperado. Según el artículo 8 de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes una línea telefónica que esté disponible las veinticuatro horas del día.
2. El titular de la tarjeta será responsable de todas las operaciones que se practiquen con su tarjeta por terceros no autorizados hasta el momento de la comunicación de su robo o extravío. No obstante, su responsabilidad se ve atenuada por la intercesión de dos medidas de distinta naturaleza que se vienen adoptando: La primera es una cláusula que aparece recogida generalmente en los clausulados de los contratos de emisión de tarjeta por la que se limita la responsabilidad del titular de la tarjeta hasta una cantidad determinada (normalmente 150 euros), siempre que no haya incurrido en alguna negligencia grave y siempre que la tarjeta no esté sujeta a un límite de disposición menor (porque si lo estuviera el titular sólo responderá hasta ese límite máximo de disposición que tiene concedido). La segunda parte de los propios tribunales de justicia, quienes pueden atenuar la responsabilidad del titular de la tarjeta por aplicación del principio de compensación de culpas, no haciendo responsable al titular de la tarjeta si existe negligencia en los establecimientos comerciales (por ejemplo, aceptar una tarjeta sin realizar las debidas comprobaciones de identidad del usuario).
3. Las dos reglas anteriores se aplican siempre que no se aprecie negligencia en el comportamiento del titular de la tarjeta, ya que, si se demuestra negligencia por su parte en la custodia de la tarjeta, esas reglas podrían alterarse y variar su responsabilidad, teniendo que soportar él enteramente los gastos que se hayan producido.

En todo caso, en los supuestos en los que la entidad de crédito se niegue a respetar el límite de responsabilidad del titular de la tarjeta alegando que este último ha sido negligente, «hay que tener en cuenta que la carga de probar la culpa del titular de la tarjeta incumbe a la entidad demandada que opone esta causa excluyente del límite de responsabilidad pactado» (SAP de Toledo de 1 de julio de 1999 –AC 1999/1739–).

⁴³ Esto es, entre presentes y como contraposición a comercio electrónico, si se nos permite la expresión.

⁴⁴ A modo de ejemplo, entre las sentencias más recientes: SAP de Asturias, de 27 de marzo de 2001 (AC 2001\1130); SAP de Jaén, de 3 de abril de 2001 (AC 2001\1093); SAP de Vizcaya, de 27 de julio de 2000 (AC 2000\4942); SAP de Barcelona, de 29 de junio de 2000 (AC 2000\3768); SAP de Tarragona, de 30 de marzo de 2000 (AC 2000\3417); SAP de Madrid, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000\3058); SAP de Toledo, de 16 de octubre de 2000 (AC 2000\2539); SAP de Madrid, de 19 de abril de 2000 (AC 2000\2143); SAP de Pontevedra, de 21 de julio de 2000 (AC 2000\2050); SAP de Valencia, de 12 de abril de 2000 (AC 2000\1199); SAP de Tarragona, de 30 de marzo de 2000 (AC 2000\3417); SAP de Girona, de 5 de julio de 1999 (AC 1999\8153); SAP de Toledo, de 23 de diciembre de 1999 (AC 1999\7467); SAP de Madrid, de 14 de abril de 1999 (AC 1999\5733); SAP de Toledo, de 1 de julio de 1999 (AC 1999\1739); SAP de Asturias, de 8 de mayo de 1998 (AC 1998\1143); SAP de Sevilla, de 31 de enero de 1995 (AC 1995\838); SAP de Barcelona, de 17 de enero de 1992 (AC 1992\363).

⁴⁵ La existencia de operaciones fraudulentas o indebidas en Internet es algo que ya preocupa a la Comisión desde hace tiempo. En este sentido, puede observarse cómo la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 88/590, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, señala claramente en sus puntos 7 y 8 que el emisor debe responsabilizarse por la no ejecución o ejecución incorrecta de las órdenes de pago y por operaciones no autorizadas por el titular.

dulento o indebido (alegando, por ejemplo, que él estaba utilizando la tarjeta en esos momentos en otro terminal, o que nunca firmó la recepción del producto –que parece más factible–) para que proceda a su anulación. Entendemos que es el titular de la tarjeta quien tiene que probar que el cargo es fraudulento, ya que la entidad de crédito cumple con probar que la operación se realizó. Si lo prueba, la entidad de crédito quedará obligada a reintegrarle el valor del cargo practicado. Si no puede probarlo, entendemos que al establecimiento no se le puede retirar el abono que se le practicó en su momento. Y, en tercer lugar, si el titular puede demostrar que el cargo procede de un uso fraudulento y el establecimiento, a su vez, que obró con la diligencia que de él se espera, cumpliendo todas las obligaciones de seguridad contempladas en el contrato de aceptación de tarjeta referidas a la utilización del TPV virtual, será la entidad de crédito quien deba asumir el cargo fraudulento, por ser ella quien ofrece el sistema y quedar obligada por lo tanto frente a las partes a garantizarle la seguridad de la operación. De no ser así, entendemos que se le causaría un daño injustificado al establecimiento comercial, que podría perder el abono de la operación de venta (que le sería retirado para devolvérselo al titular) y el producto (que habría ido a parar al tercero que cometió el fraude).

La redacción actual del artículo incorpora novedades con respecto a la antigua, ya que allí únicamente se exigía que el importe de una compraventa se hubiera cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito sin haber sido presentada físicamente para que su titular pudiese solicitar la inmediata anulación del cargo ⁴⁶. Después de la modificación, al titular no le bastará con alegar que una compra se pagó sin presentar físicamente el documento para solicitar la devolución del importe de la operación, sino que deberá probar que el cargo proviene de un uso indebido o fraudulento. Con el cambio practicado se evitan abusos cometidos al amparo de la redacción antigua por los titulares de las tarjetas que reclamaban la devolución de cantidades provenientes de operaciones válidamente celebradas por ellos mismos y sin que su petición fuera fruto de ejercer el derecho de desistimiento ⁴⁷.

La consecuencia de probar un uso fraudulento o indebido es que el titular del instrumento *podrá solicitar la inmediata anulación del cargo*. Aunque el espíritu del artículo es claro, en tanto quiere proteger al titular, en torno a su redacción se originan dudas derivadas de no especificar claramente el modo en que ha de llevarse a cabo la devolución, dejando interrogantes abiertos del tipo de: ¿quién debe decidir si el cargo es indebido o fraudulento?, ¿pueden decidirlo las entidades de crédito?, ¿cuántos días tiene la entidad de crédito para rectificar las anotaciones de adeudo y reabono?, ¿de qué medios de defensa dispone el establecimiento (que es, claramente, la parte más perjudicada de este mecanismo)? Según nuestra forma de entender la cuestión, aunque lo deseable sería que fuera la propia entidad de crédito quien, toda vez comprobado el origen indebido del cargo, procediera a su devolución, estimamos que, en la práctica, esto ocurrirá en un número reducido de ocasiones y serán los tribuna-

⁴⁶ En concreto, la redacción original del artículo 46 de la LOCM establecía: «Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo».

⁴⁷ En la práctica, por política comercial, es común que los emisores de tarjeta se hagan cargo de estas operaciones fraudulentas. Las entidades de crédito, a su vez, tienen firmados seguros que les cubren los daños que estos usos fraudulentos puedan haberle causado.

En nuestra opinión, el DNI electrónico reducirá el número de operaciones fraudulentas si, por ejemplo, a partir de su implantación, se obliga al titular de la tarjeta a utilizar la firma electrónica que lleva incorporada para autenticarse. En este sentido, según el artículo 15 de la Ley de firma electrónica, el principal cometido que viene a cumplir el Documento Nacional de Identidad electrónico es el de *acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular*.

les quienes finalmente tengan que decidir este extremo y aplicar el artículo. En la práctica, en la mayoría de las ocasiones, las entidades de crédito rechazarán los argumentos y pruebas que le presenten los titulares de las tarjetas (por ejemplo, el titular podrá alegar que nunca recibió el bien y la entidad de crédito dudar de ello porque desconozca la posible relación que pueda tener ese titular con la persona que efectivamente firmó la recepción de los bienes) argumentando su fácil manipulación (y es que el titular de la tarjeta puede ponerse de acuerdo con un tercero para que éste utilice el número de su tarjeta) y obligándolos a tener que acudir a los tribunales para demostrarlo.

La prueba más evidente de lo que decimos la constituye la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, de 13 de octubre de 2004 ⁴⁸, primer precedente claro de aplicación de este artículo. La solución adoptada por el juez se convertirá en un pilar importante en la expansión del comercio electrónico, ya que esta sentencia consolida la seguridad jurídica de esta forma de pago. El fondo de la controversia gira en torno a la seguridad en los pagos efectuados en Internet: un establecimiento comercial contrata con su entidad de crédito la instalación de un TPV virtual para canalizar a través de él los pagos de sus clientes ⁴⁹. En una de esas operaciones un particular compra bienes pagando con un número de tarjeta de crédito ajeno. El titular de la tarjeta reclama a su entidad de crédito la devolución del dinero que se le ha descontado indebidamente de su cuenta corriente, trasladando ésta la reclamación hasta la entidad de crédito del establecimiento comercial que gestionó la operación quien, a su vez, pretende repercutirlo sobre el establecimiento comercial ⁵⁰. La contienda se plantea entre el establecimiento comercial y su entidad de crédito.

Frente a las razones que esgrime la entidad de crédito, que apela a que ella no asume ningún riesgo en la gestión de los cobros en este tipo de operaciones, el juzgador resuelve el caso exponiendo que la entidad de crédito debe garantizar la seguridad del sistema a los establecimientos comerciales que contratan sus TPVs virtuales, por ser ella quien los comercializa, y que esa seguridad consiste en asegurar que, toda vez que aprueba una operación, los establecimientos recibirán el importe de la operación ⁵¹.

Entendemos acertada la solución adoptada por el juez, al estimar que entra dentro de la responsabilidad de la entidad de crédito comprobar la adecuación de la operación a las normas de seguridad previstas por el propio sistema para evitar supuestos de fraude. La entidad de crédito está obligada a

⁴⁸ (AC 2004/1865).

⁴⁹ Según este sistema, el establecimiento comercial realizaba ventas a través de página web, permitiéndole al cliente pagar con tarjeta. Autorizada la operación por la entidad de crédito emisora de la tarjeta, la entidad de crédito del establecimiento comercial anotaba inmediatamente en la cuenta de este último la cantidad abonada, pendiente el Banco de cobrarla efectivamente con posterioridad del cliente. Una vez abonada en cuenta la cantidad, el establecimiento enviaba el género adquirido a su cliente mediante mensajero (DHL).

⁵⁰ Como consecuencia de la operatividad de este sistema, se generaron una serie de abonos al establecimiento que fueron cancelados en destino y que, por lo tanto, a pesar de haber sido abonados por el Banco, no fueron abonados con posterioridad al Banco por el cliente original que había realizado el pedido.

⁵¹ Según el tribunal sentenciador: «El establecimiento comercial, desde que la entidad de crédito autorizó la operación, había alcanzado una convicción de que los pagos realizados y anotados en cuenta por el Banco ya tenían una comprobación inicial de que eran válidos porque se abonaban por tarjeta, de tal forma que al abonar las cantidades en su cuenta, éste estaba en la creencia de que dicho pago era cierto y definitivo, y por ello, una vez recibido el dinero, enviaba mediante mensajero el producto encargado al destinatario» (Fundamento de Derecho Tercero).

comprobar la licitud del pago, por ser ella quien dispone de los sistemas informáticos oportunos ⁵² y si presta su autorización a la operación, desde ese momento, deberá asumirla como propia, haciéndose responsable de todos los fallos que pueda acusar el sistema ⁵³. El establecimiento comercial demandado no tiene posibilidad de comprobar la identidad del titular de la tarjeta (algo que, lógicamente, no se le exige en el contrato de instalación de TPV virtual, a diferencia de si la operación se realizara en el comercio tradicional). El establecimiento es diligente con el sólo hecho de esperar a que llegue la autorización de la entidad de crédito para enviar los bienes, además de que la entidad de crédito cobra una comisión en concepto de gestión del cobro por cada operación que se lleva a cabo ⁵⁴. Bajo nuestro punto de vista, la gestión del cobro alcanza también a las actuaciones que deben procurar por la seguridad del sistema (art. 1.258 CC), ya que, cuando la entidad de crédito ofrece el TPV a los establecimientos comerciales, lo presenta como un sistema de pago seguro en el que ella está encargada de avalar la mencionada seguridad (y, cuando éstos lo contratan, lo hacen con la intención de que le cubran estos supuestos). Por otra parte, en los contratos de instalación de TPV es común encontrar una cláusula en la que se indica que los establecimientos comerciales podrán asumir operaciones de especial riesgo (tramitadas a pesar de no cumplirse todos los requisitos exigidos como, por ejemplo, que la suma de la operación sea mayor que el crédito concedido al titular) en las que deberán soportar el importe de la operación si la entidad de crédito emisora de la tarjeta finalmente no admite el cargo. El hecho de que en los contratos se haga mención expresa de esta posibilidad lo convierte en una excepción y supone que, como regla general, en todos los demás casos será la entidad de crédito quien deba soportar el riesgo de la operación (art. 6.2 Ley de Condiciones Generales).

6. ASPECTOS A GARANTIZAR EN EL PAGO ELECTRÓNICO

El pago electrónico se materializa a través de una transferencia electrónica de fondos entre las partes y, por las singulares connotaciones que presenta el medio en el que se practica (ser una red abierta de intercambio de información), requiere de unas especiales medidas que permitan ejecutarlo de un modo seguro. En esta modalidad de pago electrónico deberá garantizarse especialmente la autenticidad, integridad, confidencialidad y el no repudio de la operación, extremos estos que complementan las precauciones que ya de por sí exige un cambio de deudor (por ejemplo, asegurar que el deudor tiene fondos o esperar a que exista un consentimiento claro y preciso del acreedor) y que igualmente han de observarse.

⁵² *Vid.* en el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 14 de septiembre de 2000 (AC 2001/1573) «... la entidad emisora de la tarjeta, tanto por ser quien centraliza las relaciones con los distintos intervinientes en la operación como por su mejor tecnología y posibilidad de acceder a datos y documentos, tiene una mayor facilidad de prueba». Lo que no es sino la aplicación directa del artículo 217.6 LECv, dedicado a regular la carga de la prueba, que indica: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

⁵³ Lo que está en correspondencia directa con la delegación liberatoria que desde aquí se propone. Por operar esta clase de delegación, desde que el delegado acepta la orden de pago del delegante libera a este último de la posición pasiva, pasando a ser único responsable de la deuda frente al acreedor.

⁵⁴ Sobre este extremo señala el tribunal que el establecimiento actúa en la legítima creencia (amparado por el comportamiento del banco en todo momento) de que el medio de pago era seguro en el sentido de que una operación que el Banco proceda a anotar en cuenta conlleva que el Banco emisor de la tarjeta ha emitido una confirmación sobre el saldo existente en la cuenta corriente del titular, y que de ninguna manera va a repercutir en el propio establecimiento el pago de la cantidad reclamada.

Autenticidad: el sistema de pago electrónico ha de operar con soluciones informáticas apropiadas que aseguren que todas las partes que en él participan son quienes dicen ser que son y no terceras personas no autorizadas (por ejemplo, el cliente ha de estar seguro en todo momento que está comprando en la página web de El Corte Inglés virtual y no en una página web falsa). Cuando la tarjeta de crédito se utiliza en una operación de comercio tradicional esto se logra introduciendo en el contrato de aceptación de tarjeta una obligación por la que el establecimiento comercial se compromete a comprobar la identidad del titular de la tarjeta (comparando la tarjeta con el DNI o haciéndole teclear a su portador el PIN en el TPV).

Mayores problemas plantea el pago realizado en Internet, en el que el establecimiento comercial no tendrá la posibilidad de cotejar el Documento Nacional de Identidad del usuario del número de la tarjeta. Precisamente, esa imposibilidad es la que justifica que sea la entidad de crédito quien tenga que asumir el riesgo de estas operaciones. Como la entidad de crédito no ofrece una solución informática al establecimiento comercial que le permita comprobar la identidad del usuario del número de la tarjeta, siendo ella quien oferta el sistema de pago electrónico, no podrá hacerle responsable de usos fraudulentos por parte de terceros no autorizados. Ahora mismo, una práctica que suele hacerse en este tipo de operaciones es exigirle a la persona que introduce el número de la tarjeta que lo acompañe con otra secuencia de dígitos que está impresa en el reverso de la tarjeta (al que tendrá acceso únicamente quien posea físicamente el instrumento de pago). La implantación definitiva del Documento Nacional de Identidad electrónico hará desaparecer muchos de estos problemas si, por ejemplo, se le obliga al usuario de la tarjeta a acompañar sus datos personales con su firma electrónica⁵⁵.

La autenticidad del establecimiento comercial y de la entidad de crédito se obtiene mediante los protocolos criptográficos de autenticación⁵⁶.

No asegurar la autenticidad de los intervinientes en la operación podría acarrear que llegara a suplantarse la personalidad de alguno de ellos, lo que daría lugar al delito de estafa contemplado en el artículo 248 del CP⁵⁷. En este sentido, una de las modalidades de estafa que más se prodiga últimamente en Internet, y que se conoce bajo el anglicismo de *Phising*, consiste en que un particular crea una página web a semejanza de la de una entidad de crédito para hacerse pasar por ella. Los par-

⁵⁵ El DNI electrónico es un certificado electrónico reconocido llamado a generalizar el uso de instrumentos seguros de comunicación electrónica capaces de conferir la misma integridad y autenticidad que la que actualmente existe para las comunicaciones a través de medios físicos, que es justamente lo que aquí se persigue. Sus dos notas más características son, por una parte, que permite acreditar la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y, por otra, que facilita la firma electrónica de documentos (art. 15.1 LFE).

La firma electrónica permite comprobar la procedencia y la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio si se adoptan las medidas oportunas al operar con fechas electrónicas.

⁵⁶ *Vid.* página 4, nota al pie n.º 6.

⁵⁷ A modo de ejemplo, podemos ver algunos supuestos de estafa cometidos con tarjeta en el comercio tradicional en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal): Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2004 (RJA 2004/6528); Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2003 (RJA 2003/4286); Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2003 (RJA 2003/1032); Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2003 (RJA 2003/784); Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2003 (RJA 2003/309); Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2002 (RJA 2002/8939); Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2001 (RJA 2001/8525).

ticulares acceden a la página web de este particular y le facilitan sus datos pensando, cuando lo hacen, que están entrando en la página web oficial de la entidad de crédito.

Integridad: el sistema de pago electrónico debe garantizar que los mensajes que se intercambian entre las personas que participan en la operación no sufren alteraciones durante el tiempo que dura la transferencia. La alteración de una comunicación electrónica vulnera el artículo 197 del Código Penal, lo que puede suponer la imposición de una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses⁵⁸.

Existe integridad cuando los datos que forman parte del cuerpo del mensaje no han sido alterados de una manera no autorizada desde que se crearon, transmitieron o guardaron por la persona autorizada. Y es que, desde que se envía una comunicación electrónica hasta que es recibida por el destinatario, puede transcurrir el tiempo suficiente para que un tercero acceda a ella y la manipule. Teniendo en cuenta que el contenido del mensaje en estos casos afecta directamente al dinero (ya que en ellos se contiene una orden de pago), y que ello puede servir de reclamo a terceros interesados en capturar el mensaje, creemos necesario proteger la transferencia electrónica de fondos con las medidas adecuadas para salvaguardar su integridad.

La integridad de las comunicaciones se garantiza mediante códigos de autenticación de mensajes (MACs)⁵⁹, funciones resumen⁶⁰ y la firma electrónica (solución informática que permite firmar documentos electrónicamente asegurando la identidad del firmante).

Confidencialidad: por una parte, a los intervinientes en la operación (y especialmente al titular de la tarjeta) debe garantizárseles la confidencialidad de los datos que son transferidos electrónicamente. Acceder a correos electrónicos ajenos da lugar a un delito contra la intimidad y lleva

⁵⁸ En el artículo 197 párrafo segundo del Código Penal, al referirse al delito de descubrimiento y revelación de secretos señala: «Las mismas penas (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

⁵⁹ Un código de autenticación de mensaje (*Message Authentication Code* o *MAC*) es un algoritmo de tamaño fijo originado después de aplicarle al texto del mensaje que se quiere enviar una clave privada que lo genera. Sólo quien posea la clave privada podrá poner de nuevo «en claro» o descodificar el mensaje.

⁶⁰ Como decíamos, los mensajes que se intercambian ni tan siquiera contienen literalmente toda la información que se quiere transmitir, sino que sólo se envían resúmenes numéricos de los mismos, resultantes de aplicarle al texto íntegro del mensaje un programa informático (conocido como función resumen o *HASH*) que genera ese número. Las comunicaciones que intercambian el titular del instrumento de pago, el establecimiento comercial y la entidad de crédito, contienen información numérica (el número representa el texto encriptado y resumido del mensaje que se quiere enviar). A partir de un texto base, para un ordenador es relativamente fácil y rápido calcular su número resumen, siendo imposible reconstruir a partir de un número resumen el texto del que nació. Por último, también es imposible que dos textos base diferentes tengan el mismo número resumen.

aparejada una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses⁶¹. La confidencialidad se consigue con el cifrado de datos, que consiste en ocultar el texto del mensaje⁶².

La criptografía se ha convertido en la gran aliada de la seguridad en las comunicaciones electrónicas y, de una forma especial, en las transferencias electrónicas de fondos. Como consecuencia de aplicarla a los mensajes que transfieren la información en el pago electrónico, se le impedirá al establecimiento comercial conocer el número de cuenta del titular de la tarjeta (nunca se transmite la información «en claro», sino codificado) y a la entidad de crédito el producto que compra el cliente.

La confidencialidad implica, por otra parte, que las entidades de crédito respeten la normativa de protección de datos vigente y les ofrezcan garantías de seguridad a los titulares de las tarjetas y a los establecimientos comerciales de que sus datos recibirán el tratamiento previsto para ellos por ley, previa autorización de ambos. En este sentido, en los contratos de emisión de tarjeta es común encontrar una cláusula en la que se indica que el titular de la tarjeta permite a la entidad de crédito tratar automatizadamente en un fichero del que es responsable los datos que se obtengan de la relación que le vincula con el titular, con la única finalidad del mantenimiento, desarrollo o control de esa relación, así como remitirle información sobre productos y servicios de la propia entidad de crédito que puedan ser de su interés⁶³.

Prueba de la transacción (no repudio): la prueba de la transacción resulta fundamental a efectos de que ninguna de las partes pueda rechazar la operación después de efectuada.

En el comercio tradicional, el medio de prueba más usual es la factura o comprobante que el titular de la tarjeta firma ante el encargado del establecimiento comercial cuando la entidad de crédito autoriza la operación. Como la carga de la prueba de la existencia de la operación recae sobre la entidad de crédito, en el contrato de aceptación de tarjeta se contiene una obligación para el establecimiento comercial por la que queda obligado a conservar los justificantes de las operaciones.

Para comprobar hasta dónde llega el valor probatorio de los justificantes, nos remitimos a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 14 de septiembre de 2000⁶⁴. Los antecedentes

⁶¹ Artículo 197 párrafo primero del Código Penal: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

⁶² *Id.* lo que se dijo al respecto en el epígrafe I. Introducción (págs. 3 y ss.).

⁶³ Las entidades de crédito emisoras/gestoras de tarjetas están sometidas a la legislación de protección de datos, en concreto, a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. También deberán tener en cuenta el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal (en cuanto no se oponga a la LOPD), el Real Decreto 1332/1994, de 20 junio, desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (RCL 1992/2347), de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y las distintas Instrucciones que puedan surgir de la Agencia de Protección de Datos, como la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos, la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación y la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

⁶⁴ AC 2001/1573.

de hecho se encuentran en los adeudos que se cargan en la cuenta bancaria de una persona provenientes de su estancia en el hotel Meridien de Nueva Delhi en agosto de 1987. Coincidiendo con la llegada al hotel, al titular de la tarjeta le obligan a firmar unos justificantes en blanco (práctica habitual en hoteles y alquileres de vehículos) para asegurar con ello el cobro de todos los gastos que se originen durante su estancia. El afectado advierte que se le carguen adeudos por valor de 12.000 euros en concepto de operaciones realizadas en fecha en la que él ya no se encontraba en la India (como puede comprobarse en su pasaporte) y los rechaza argumentando que se ha producido un uso fraudulento.

La controversia se resuelve a favor del titular de la tarjeta, al estimar el tribunal que los gastos fueron efectuados por persona distinta de su titular, quince días después de que este último hubiera salido del país. En los Fundamentos de Derecho puede leerse cómo para el Tribunal la entidad de crédito está obligada a comprobar la procedencia de los gastos antes de cargarlos en la cuenta del titular de la tarjeta, debiendo responder cuando el sistema no funcione correctamente y se le carguen al titular gastos indebidos (como es este el caso, donde se pretenden imputar a un titular gastos originados por un tercero, sin que ese titular haya prestado autorización para ello). En este supuesto, los comprobantes recogen una fecha posterior a la salida del titular de la tarjeta del hotel, por haber sido firmados anteriormente en blanco⁶⁵. Una error de fecha y número de serie en los comprobantes (el comprobante número cuatro lleva una fecha de emisión posterior al comprobante número seis –y eso es imposible, salvo que se hubiese firmado en blanco–) resultan definitivos para comprobar que los cargos son indebidos.

Mayor dificultad presenta la prueba de las operaciones de comercio electrónico. En todos aquellos casos en los que se haya archivado un documento que justifique la operación (por imposición del artículo 27 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, los establecimientos comerciales que realicen operaciones de contratación electrónica están obligados a comunicarle al cliente que contrate con ellos con anterioridad a celebrarse el contrato si va a archivar el documento en que se formalice el contrato y si ésta va a ser accesible), éste será el primer medio de prueba que sirva para demostrar que la operación efectivamente se realizó, aunque su admisión plantee serias dudas en muchas ocasiones, por lo relativamente fácil que puede resultar alterar los datos que en él se contienen. Por otra parte, la existencia de este documento no evita que la operación pueda rechazarse por el titular de la tarjeta alegando, no que la operación no se haya realizado, sino que no fue él quien la efectuó. La existencia de este archivo informático prueba que la operación se realizó, pero no la legitimidad del comprador para usar el número de tarjeta utilizado.

Ello hace que, en la mayoría de las ocasiones, como ya dijimos al analizar el artículo 46 de la LOCM, el medio de prueba que tendrá una mayor virtualidad será el documento que justifique la entrega de los bienes. Si el establecimiento comercial tiene en su poder un documento firmado por el titular en el que se demuestra la recepción de los bienes, ésa será la prueba más evidente de que la operación se llevó a cabo y de que fue él quien la realizó⁶⁶.

⁶⁵ En el Fundamento de Derecho Tercero se indica claramente que «... es la entidad emisora de la tarjeta (American Express) la que asume ante su cliente el correcto funcionamiento del sistema, y sólo en ese caso, el cliente viene obligado al pago de los correspondientes cargos efectuados contra su tarjeta por American Express... responsabilizándose directamente del buen funcionamiento del servicio y de las prestaciones que se compromete a realizar a cambio de las correspondientes contraprestaciones».

⁶⁶ Aunque esto no impide que puedan existir supuestos, que darían lugar al delito de estafa, en que el titular del instrumento y el tercero que utiliza el número de la tarjeta y recibe los bienes actúan de mutuo acuerdo.