

LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE TARJETAS EN LA NORMATIVA SOBRE SERVICIOS DE PAGO

*Mariliana Rico Carrillo**

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen de protección de los usuarios de los servicios de pago aplicable a las tarjetas. 1. La regulación del contrato de emisión. 1.1. La información previa y las condiciones del contrato. A) Forma de comunicación de la información. B) Contenido del deber de información C) Gastos de envío y carga de la prueba en el cumplimiento del deber de información. D) Excepciones al cumplimiento del deber de información. 1.2. Las reglas que rigen la resolución del contrato. 1.3 El régimen aplicable a las modificaciones contractuales. 2. Obligaciones relacionadas con la utilización del instrumento de pago. 2.1. Obligaciones del emisor. 2.2. Obligaciones de los usuarios. 3. La responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas.

- **Resumen:** La presente investigación tiene como objetivo abordar la protección de los usuarios de tarjetas en la normativa sobre servicios de pago. Debido a la expansión de las operaciones comerciales electrónicas y la entrada en vigor de la moneda única, la seguridad en los pagos ha sido considerada por la Unión Europea como un elemento decisivo para el desarrollo del comercio electrónico. Por lo tanto, la necesidad de promover la confianza en la utilización de los instrumentos electrónicos de pago se ha puesto de manifiesto en diversos documentos emanados de las instituciones. Así pues, esta protección se articula a través de una serie de disposiciones destinadas a garantizar la transparencia en el sector, la definición de los derechos y obligaciones de las partes y la responsabilidad por transacciones fraudulentas o no autorizadas, que serán objeto de análisis en este trabajo.
- **Palabras-clave:** tarjetas; protección; operaciones comerciales.
- **Abstract:** This study deals with the protection of cardholders in the rules for payment services. As a result of the expansion of electronic trade and the entry into force of the single currency, the payment security has been considered by the European Union as an important element for the development of electronic commerce. Thus, the need to provide confidence in use of electronic means of payment contained with a various legal instruments. Thus, it appears that this protection is articulated through a series of provisions aimed at ensuring transparency in the sector, defining the rights and obligations of the parties and the liability for fraudulent or unauthorized transactions, which are objects of analysis in this paper.
- **Keywords:** cards; protection; ecommerce

I. Introducción

La protección de los usuarios de instrumentos electrónicos de pago ha sido objeto de preocupación desde hace algunos años en el seno de la Unión Europea, situación que se ha acentuado en los últimos tiempos, gracias a la expansión de las

* Profesora Titular de Derecho Mercantil Universidad Católica del Táchira (Venezuela) Profesora Visitante en la Universidad Carlos III de Madrid (España)

operaciones comerciales electrónicas¹ y a la entrada en vigor de la moneda única². Aun cuando el esfuerzo de los organismos europeos en garantizar la protección de estos sujetos se ha manifestado en la redacción de varias normas comunitarias orientadas a regular los derechos y obligaciones de emisores y titulares de instrumentos electrónicos de pago³, es hasta el año 2007 que estas normas son incorporadas en un texto legal de carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea. Nos referimos en particular a la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (en adelante Directiva sobre servicios de pago)⁴.

El objetivo principal de la Directiva sobre servicios de pago se centra en la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en relación con estos servicios, con la finalidad de crear un mercado de pagos integrado, de modo que los pagos en el ámbito de la Unión Europea puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros⁵. En la creación del mercado de pagos integrado se presta especial importancia al fomento de la competencia y a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago. El refuerzo de la competencia

¹ La seguridad en los pagos ha sido considerada por la Unión Europea como un elemento decisivo para el desarrollo del comercio electrónico, esta situación se ha puesto de manifiesto en diversos documentos emanados de las instituciones de la Unión Europea. En particular cabe mencionar la Comunicación de la Comisión, de 7 de febrero del 2001, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre comercio electrónico y servicios financieros, donde se menciona la necesidad de proveer mecanismos de pago seguros para lograr la confianza de los usuarios en los medios de pago en el ámbito del comercio electrónico. En la Directiva sobre servicios de pago se destaca la importancia de aportar seguridad jurídica a estos servicios, así como la necesidad de "...promover la confianza en la utilización segura de los instrumentos electrónicos de pago" (Vid. Considerando número 34)

² La instauración del mercado único en 1992 y el lanzamiento del euro en 1999 sentaron las bases de la integración de los mercados financieros europeos. Sin embargo, las disposiciones adoptadas en materia de armonización del marco jurídico aplicable a los pagos no era considerado satisfactorio y no permitía aprovechar todas las ventajas del mercado interior, ya que los mercados de servicios de pago de los Estados miembros estaban organizados de manera independiente. http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/133226_es.htm

³ Esta preocupación se manifestó en la redacción de diversos instrumentos jurídicos, entre los que destacan: la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores); la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, y la Recomendación 97/489/CE de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de estos instrumentos

⁴ DOL 319 de 5 de diciembre de 2007.

⁵ De acuerdo con el Considerando número 4 de la Directiva sobre servicios de pago, la igualdad de condiciones para todos los sistemas de pago se introduce con la finalidad de preservar la elección del consumidor, lo cual supone un avance considerable en términos de coste, seguridad y eficiencia, en comparación con los sistemas nacionales existentes para el momento de aprobación de la Directiva.

en el sector se refleja en la creación de nuevos proveedores de servicios de pago (las entidades de pago) y en el establecimiento de las condiciones de igualdad en el acceso al mercado, circunstancias que en definitiva se configuran como un elemento que beneficiará a los usuarios, quienes contarán con mayor número de opciones a la hora de contratar el servicio de pago.

La Directiva sobre servicios de pago ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico español mediante la aprobación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre sobre servicios de pago⁶ (en adelante LSP). Aunque se trata de una incorporación que puede calificarse de parcial, ya que la ley está sujeta en varios aspectos a un futuro desarrollo reglamentario, la LSP contiene una serie de normas de trascendental importancia en materia de protección de los usuarios de los servicios de pago, que serán objeto de análisis en este trabajo.

Entre la variedad de servicios regulados por la normativa sobre servicios de pago se encuentran la emisión y adquisición de instrumentos de pago, y las operaciones ejecutadas mediante tarjetas. Dada la importancia de estos instrumentos y la falta de regulación existente hasta el momento de aprobación de la Directiva comunitaria, nos hemos centrado en el estudio de la legislación sobre servicios de pago en relación con las normas de protección aplicables a los usuarios de las tarjetas.

En el desarrollo de este trabajo, nos ocupamos principalmente del estudio de las normas que garantizan los derechos de los usuarios de las tarjetas de pago incluidas en la LSP. En los casos de normas que se encuentran sujetas a un posterior desarrollo reglamentario, analizaremos las previsiones de la Directiva sobre servicios de pago aplicables a la materia en cuestión, tal como sucede con la regulación relativa al deber de información sobre el contrato marco.

II. Régimen de protección de los usuarios de los servicios de pago aplicable a las tarjetas

En el marco de la Directiva sobre servicios de pago y la LSP, la protección de los derechos de los usuarios de tarjetas (y de los servicios de pago en general) se articula a través de un conjunto de disposiciones orientadas a garantizar la transparencia en el sector, mediante el establecimiento de los requisitos de información que han de aplicarse al contrato que regula la utilización del instrumento de pago (el contrato marco), la delimitación de los derechos y obligaciones de las partes, y la introducción de las normas sobre responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas, a cuyo estudio nos dedicamos en las siguientes líneas.

1. La regulación del contrato de emisión: el contrato marco

Uno de los aspectos más importantes de la normativa sobre servicios de pago aplicable a las tarjetas y a otros instrumentos de pago, lo encontramos en la regulación del denominado “contrato marco”, donde entra el tradicional contrato

⁶ BOE núm. 275 de 14 de noviembre de 2009.

de emisión de tarjeta. Hasta el momento de la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago, los contratos de emisión de tarjetas e instrumentos electrónicos de pago sólo habían sido objeto de regulación en diversas Recomendaciones de la Comisión Europea, en particular cabe mencionar: la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores)⁷; la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas⁸, y la Recomendación 97/489/CE de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de estos instrumentos⁹. No obstante los avances que pudiera representar la elaboración de este tipo de normas, las medidas adoptadas en las Recomendaciones citadas resultaron insuficientes¹⁰, de ahí la necesidad de establecer una regulación jurídica de carácter vinculante aplicable a este tipo de contratos¹¹.

La Directiva sobre servicios de pago regula en general el denominado “contrato marco”, definido en el artículo 4 como “...un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones”. Este concepto es reproducido en el artículo 2 de la LSP. Tal como se desprende de las disposiciones citadas, el contrato marco tiene por objeto la prestación de un servicio de pago, dentro de los servicios de pago incluidos en el ámbito de regulación de la normativa sobre servicios de pago se encuentra la emisión y/o adquisición de instrumentos de pago y la ejecución de operaciones de pago mediante tarjetas o dispositivos similares¹². En el caso de las tarjetas, la noción del contrato marco se identifica con el tradicional contrato de emisión de tarjeta, que se concluye entre las partes con la finalidad de regular las operaciones de pago realizadas mediante estos instrumentos. En la mayoría de los casos, estas operaciones están vinculadas a una cuenta bancaria que permite la ejecución de las operaciones, tal como lo prevén las normas citadas.

⁷ DO L 365 de 24 de diciembre de 1987.

⁸ DO L 317 de 24 de noviembre de 1988.

⁹ DO L 208 de 2 de agosto de 1997.

¹⁰ Esta situación ha sido puesta de manifiesto en el propio texto de la Directiva sobre servicios de pago. El Considerando número 3 declara que las medidas adoptadas con anterioridad a la aprobación de la Directiva, contenidas en diferentes disposiciones comunitarias, donde se mencionan las citadas Recomendaciones, son insuficientes.

¹¹ Es de recordar que al tratarse de Recomendaciones, éstas carecen de efectos vinculantes, ya que sólo se limitan a establecer una conducta a seguir por sus destinatarios. La falta de efecto vinculante de estas normas ha producido, en algunos casos, vulneraciones a los derechos de los usuarios derivados de la introducción de cláusulas abusivas en este tipo de contratos.

¹² Vid. Anexo de la Directiva y artículo 1.2. de la LSP

La LSP también regula las obligaciones de las partes que se derivan del contrato marco, constituyendo esta regulación un avance significativo en esta materia. En cuanto a las partes del contrato, nos encontramos, de un lado, con el emisor del instrumento de pago, y del otro, con el usuario (que puede ser un empresario o un consumidor). Siguiendo las orientaciones de la norma comunitaria, la LSP distingue entre el usuario y el consumidor. El artículo 2 define al usuario como la persona física o jurídica que hace uso del servicio de pago, la noción incluye empresarios y no empresarios. El concepto de consumidor es más restringido, a los efectos de la citada ley, sólo se consideran consumidores a las personas físicas que en los contratos sobre servicios de pago actúen con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. La distinción entre usuarios y consumidores adquiere especial importancia en el ámbito de la protección jurídica otorgada, al tratarse de un consumidor, la protección será mayor¹³.

El emisor de la tarjeta puede ser un proveedor de servicios de pago (en términos de la Directiva y de la LSP) o una empresa comercial que emite la tarjeta de pago con la finalidad de facilitar las compras de sus clientes. Sólo en el caso que el emisor sea un proveedor de servicios de pago está sometido a la normativa contemplada en la LSP. Entre los sujetos que pueden ser proveedores de servicios de pago mencionados por la Directiva sobre servicios de pago y la LSP, se encuentran las entidades de crédito y las entidades de dinero electrónico, quienes a su vez están facultadas para emitir tarjetas de pago. Es de destacar que en el caso de las entidades de dinero electrónico¹⁴, la emisión de tarjetas está restringida a los monederos

¹³ La diferencia entre la tutela otorgada por la normativa respecto de los consumidores y los sujetos que no ostentan tal condición proviene de la Directiva sobre servicios de pago. En el Considerando número 20 se pone de manifiesto tal situación, al indicar que los consumidores y las empresas no se encuentran en la misma posición, por lo tanto, no deben disponer del mismo nivel de protección. Las disposiciones orientadas a garantizar los derechos de los consumidores no pueden ser derogadas por mutuo acuerdo entre las partes. La Directiva sobre servicios de pago establece un régimen de excepciones al cumplimiento de determinadas obligaciones, sólo cuando el contrato se concluya con usuarios no consumidores, y siempre que medie acuerdo entre las partes.

¹⁴ Estos instrumentos son definidos y regulados en la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DO L 275 de 27.10.2000). Esta Directiva fue incorporada en la legislación española en las normas de la Ley 44/2002 de medidas de reforma al sistema financiero, desarrolladas en el Real Decreto 322/2008 sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero. En la actualidad, la Directiva 2000/46/CE se encuentra sujeta a un proceso de revisión, con la finalidad de favorecer la creación de un auténtico mercado único de servicios de pago electrónico en la Unión Europea. Uno de los aspectos sometido a revisión es precisamente la definición de dinero electrónico incluida en la Directiva 2000/46/CE, al objeto de elaborar una definición más simple y neutra que desde el punto de vista tecnológico, contemple todas las situaciones en que una entidad de dinero electrónico emite un valor almacenado prepagado a cambio de la recepción de fondos y lograr su adaptación a las operaciones de pago contempladas en la Directiva sobre servicios de pago. Vid. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/65/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE [COM (2008) 627 final].**<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0627:FIN:ES:HTML>

electrónicos, la normativa que regula estos sujetos les impide la concesión de crédito¹⁵.

La diferencia entre la noción de consumidor y usuario es fundamental en el momento de determinar la normativa aplicable al contrato. Al tratarse de un consumidor, no sólo se aplicarán los preceptos que protegen a estos sujetos incluidos en la LSP, igualmente será de aplicación la regulación general protectora de los consumidores contenida en el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**¹⁶ (en adelante TRLGDCU)¹⁷. Sobre este aspecto, también es importante mencionar que en algunos casos, la propia LSP contiene normas que son de aplicación exclusiva a los contratos concluidos con consumidores, así como también existen situaciones donde se permite a las partes acordar la no aplicación de algunas normas cuando se trate de un usuario no consumidor, tal como sucede con las reglas contenidas en los artículos 17 y 23, estos preceptos facultan a las partes para acordar que no se apliquen las regulaciones sobre transparencia de condiciones y requisitos de información, gastos de envío de información, prueba de autenticación y ejecución de las operaciones de pago y algunas normas en materia de órdenes de pago¹⁸, cuando el usuario del servicio no sea un consumidor.

¹⁵ De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.5, apartado a) de la Directiva sobre entidades de dinero electrónico, las actividades comerciales de estas entidades se limitarán a la prestación de servicios estrechamente relacionados con la emisión de dinero electrónico, tales como la gestión de dinero electrónico mediante y otras funciones auxiliares en relación con su emisión, y la emisión y gestión de otros medios de pago, con exclusión de la concesión de cualquier forma de crédito.

¹⁶ BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2007.

¹⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 82 del TRLGDCU, se consideran abusivas: “...todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

La inclusión de cláusulas abusivas es frecuente en los contratos sobre servicios financieros, el contenido de algunos contratos ha sido demandado en diversas oportunidades por las asociaciones de consumidores y usuarios. Sobre este aspecto merece la pena destacar la sentencia 792/2209 de la Sala I del Tribunal Supremo español, de 16 diciembre de 2009 donde se establece el carácter abusivo de un importante número de cláusulas incluidas en diferentes contratos, entre los que se encuentran los contratos de emisión de tarjetas. El texto de la sentencia está disponible *on line*.

Vid. <http://sentencias.juridicas.com/docs/00318000.html>

¹⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la LSP, cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán convenir que no se apliquen, total o parcialmente, los artículos 24.1, 25.1 último inciso del primer párrafo, 30, 32, 33, 34, 37 y 45 del Título relativo a los derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago. Estas disposiciones se refieren a la imposibilidad del proveedor de cobrar gastos por el envío de información; a la necesidad de acordar la forma en que se dará el consentimiento para la ejecución de las operaciones de pago, así como el procedimiento de notificación; a la responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas; al derecho de devolución de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario y al plazo para solicitar tal devolución; y a las normas sobre irrevocabilidad de las órdenes de pago y no ejecución o ejecución forzosa de las órdenes de pago.

El contrato de emisión de tarjeta tradicionalmente se configura como un contrato de adhesión, que incorpora un clausulado general no negociable por las partes, por lo tanto está sometido a la normativa específica que regula este tipo de contratos, contenida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹⁹ (en adelante LCGC)²⁰. Al celebrarse el contrato con un consumidor, también habrá de tomarse en cuenta la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas establecida en el Título III del Libro II del TRLGDCU.

Si además de perfeccionarse con un consumidor, se utiliza una técnica de comunicación a distancia en la formación del contrato, se deberán cumplir las normas que regulan tales contratos, establecidas en el ordenamiento jurídico español en la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores²¹ (en adelante LCDSFC)²².

1.1. La información previa y las condiciones del contrato

Entre los principales objetivos de la legislación sobre servicios de pago, se menciona la necesidad de aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de servicios como para los usuarios. Para lograr esta finalidad, se establece un conjunto de reglas uniformes en cuanto a condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

En el ámbito de la Directiva sobre servicios de pago, el deber de información sobre el contrato marco se encuentra ampliamente regulado en los artículos 41 y 42. En la legislación española, este deber se encuentra previsto en el artículo 18 de la LSP y es objeto de un futuro desarrollo reglamentario. El precepto citado se limita a imponer al proveedor del servicio de pago (en este caso el emisor de la tarjeta) el deber de facilitar al usuario la información y las condiciones relativas a la prestación

¹⁹ BOE núm. 89 de 14 de abril de 1998.

²⁰ La legislación sobre servicios de pago no impide que el contrato siga siendo un contrato de adhesión, la regulación en esta materia sólo se limita a determinar el contenido mínimo del contrato entre el proveedor y el usuario del servicio de pago.

²¹ BOE núm. 166 de 12 de julio de 2007.

²² Esta ley fue aprobada en el año 2007 con la finalidad de incorporar al Derecho español, la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Aun cuando el título de la LCDSFC se refiere al contrato a distancia, la noción incluida en el texto legal se delimita sólo a la contratación electrónica, esta situación se infiere del contenido del artículo 4.3 de la Ley 22/2007 cuando, al delimitar su campo de aplicación material, describe el contrato a distancia como aquel contrato en el que "...para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares".

Entre los aspectos más importantes de la LCDSFC destacan: la rigurosidad en el deber de información impuesto a los proveedores, el establecimiento de las reglas generales sobre el derecho de desistimiento, el refuerzo de la protección en los pagos realizados mediante tarjetas y la atribución al proveedor de la carga de la prueba de la celebración del contrato y del cumplimiento de sus obligaciones. El contenido de la LCDSFC ha sido objeto de análisis previos. Vid. RICO CARRILLO, Mariliana: "La protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios financieros", *Derecho de los Negocios*, abril, 2010.

del servicio, pero no especifica ni el contenido ni la forma cómo debe ser suministrada la respectiva información. La tarea de fijar los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago es encomendada al Ministro de Economía y Hacienda. En el momento establecerse los requisitos de información y la forma de envío en el ordenamiento jurídico español, se tendrán que tomar en cuenta los parámetros establecidos en la norma comunitaria.

La Directiva sobre servicios de pago especifica en forma clara y concisa los requisitos de información que deben cumplir los proveedores de servicios de pago en relación con el contrato marco, así como la forma en que la información debe ser enviada. El cumplimiento de este deber es fundamental para que los usuarios puedan elegir libremente el proveedor con quien desean contratar el servicio de pago²³.

La norma comunitaria regula el deber de información previa y fija el contenido las condiciones generales de contratación; aunque se trata de dos deberes distintos, la norma unifica su tratamiento y se refiere indistintamente a la "información y las condiciones". De acuerdo con las previsiones del artículo 41.1, toda la información relativa al contrato de emisión del instrumento de pago y que en el futuro va a formar parte de las condiciones generales de contratación, debe ser suministrada al potencial usuario antes de la perfección del contrato. De la redacción de la norma, se infiere que se trata de una información precontractual, toda vez que la misma debe estar a disposición del futuro usuario antes de la celebración del contrato; además de ello, el título del precepto es bastante explícito al indicar que la disposición se refiere a la "información general previa"; esta información también ha de formar parte del contrato y estar contenida en las condiciones generales de contratación.

La información precontractual es fundamental para que el usuario del instrumento de pago conozca de antemano las obligaciones que asumirá como consecuencia de la celebración del contrato y desempeña una función esencial en cuanto a la formación del consentimiento, siendo a su vez un elemento que en definitiva proporciona un alto grado de seguridad jurídica en el ámbito contractual²⁴. Aunque la información precontractual carece de efecto vinculante para el usuario, es un medio eficaz para que éste pueda ejercer la opción de elegir si decide o no contratar el medio de pago. Las condiciones generales de contratación son obligatorias para el usuario una vez que el contrato se ha perfeccionado, de ahí que el legislador comunitario haya sido lo suficientemente exhaustivo en determinar el contenido de las mismas.

²³ En el Considerando 21 se pone de manifiesto esta situación, al indicar que la Directiva debe especificar las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de pago de facilitar información a los usuarios, quienes deben recibir información en un mismo nivel de claridad sobre los servicios de pago, a fin de poder elegir la opción que más les convenga.

²⁴ En opinión de la doctrina, el efectivo cumplimiento del deber de información previa "...supone un equilibrio entre las partes contractuales que comporta a su vez un mayor nivel de confianza para los usuarios, que suelen estar en una posición de inferioridad respecto de los empresarios" Vid. VÁZQUEZ DE RUANO, Trinidad: "Seguridad electrónica en la fase precontractual. Un apunte desde el Derecho comunitario", en MADRID PARRA, Agustín (Dir.) y GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Coord.): *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 265

En relación con el momento de envío de la información, la norma no fija un término específico, sólo dispone que debe estar a disposición del usuario del servicio de pago “...con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta”. Esta es la regla general, sin embargo, el artículo 41.2 permite el envío posterior -pero inmediato a la formalización del contrato- cuando éste se hubiera celebrado a petición del usuario del servicio de pago, utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales antes de la celebración del contrato²⁵. Sobre este aspecto, es necesario recordar que si el contrato de emisión del instrumento de pago se celebra a distancia con un consumidor, también serán de aplicación las normas de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁶, incorporada al Derecho español en la LCDSFC²⁷.

Siguiendo con las previsiones de la Directiva sobre servicios de pago en materia de información, puntualizar que la norma también establece algunas reglas que han de seguirse en la forma de redacción de la información previa y las condiciones contractuales. El artículo 41.1 indica que tanto la información como las condiciones del contrato marco, han de estar redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible y en una lengua oficial del Estado miembro en el que se ofrezca el servicio de pago. En este aspecto es importante recordar la aplicación de la normativa sobre condiciones generales de contratación prevista en la LCGC. Como ya indicamos, el contrato de emisión de tarjetas es un contrato de adhesión que no permite al adherente modificar las condiciones contractuales impuestas unilateralmente por el emisor, aunque su contenido está regulado en forma específica en la normativa sobre servicios de pago, también son de aplicación las normas sobre condiciones generales de contratación y la regulación sobre cláusulas abusivas contenida en el TRLGDCU, siempre que el contratante sea un consumidor²⁸.

²⁵ Este sería el caso de la contratación telefónica o de una posible contratación utilizando el mecanismo de los mensajes de texto que ofrecen los teléfonos móviles. En estos supuestos, aunque la aceptación del servicio pueda hacerse a través de tecnologías como el SMS (*Short Message Service*), el medio empleado no se considera “...adecuado para la remisión de un completo clausulado al que debe acompañarse la información requerida”. Vid. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN. Tíscar: “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el Proyecto de Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en MADRID PARRA, Agustín (Dir.) y GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Coord.): *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 304.

²⁶ DO L 271 de 9 de octubre de 2002.

²⁷ En el Considerando número 22 de la Directiva sobre servicios de pago pone de manifiesto la relación entre el contenido de esta norma y las disposiciones de la Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en particular en lo que se refiere a los requisitos de información precontractual.

²⁸ Es de tener en cuenta que el concepto de consumidor a los efectos del TRLGDCU, a diferencia de la LSP, incluye a las personas jurídicas. De acuerdo con el artículo 3 del TRLGDCU, “... son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.” La situación contemplada en la LSP es diferente, ya que a los efectos de esta norma sólo son consumidores las

A) Forma de comunicación de la información

En relación con la forma de comunicación de la información previa y las condiciones de contratación, el artículo 41.1 de la Directiva sobre servicios de pago indica que deben ser enviadas en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor. El concepto de soporte duradero lo encontramos en el artículo 4 de la Directiva comunitaria, reproducido en el artículo 2.25 de la LSP. De acuerdo con estas normas, un soporte duradero es *“...cualquier instrumento que permita al usuario de los servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera fácilmente accesible para su futura consulta, durante un período de tiempo adecuado para los fines de dicha información, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.”*

La definición de soporte duradero proviene de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores. Estimamos importante destacar que el Considerando 20 de esta Directiva ilustra con ejemplos lo que puede entenderse por soporte duradero, incluyendo en esta noción los disquetes informáticos, los CD ROM y los discos duros de los ordenadores en los que están almacenados los correos electrónicos, también las memorias de alta densidad y cualquier otro dispositivo que permita el almacenamiento de la información pueden incluirse en esta noción. Siguiendo esta orientación, en el Considerando 24 de la Directiva sobre servicios de pago se mencionan los disquetes, los CD ROM, los DVD y los discos de los ordenadores personales en los que se almacenen los correos electrónicos y sitios de Internet, en la medida en que para futuras referencias se pueda acceder a dichos sitios durante un período de tiempo adecuado a efectos de la información, y que permitan la reproducción sin cambios de la información archivada. En principio, una dirección de Internet no es considerada un soporte duradero, salvo que satisfaga los criterios indicados.

En el cumplimiento del deber de información no se trata simplemente de poner la información a disposición del consumidor, lo cual podría cumplirse fácilmente a través de la inserción de la información requerida en la página web del proveedor; la norma exige el envío de la información al usuario, bien sea en papel u otro soporte duradero que cumpla las condiciones indicadas en la Directiva comunitaria. Nada impide que el proveedor inserte la información previa y las condiciones generales de contratación en su página web y que el usuario las almacene posteriormente en un soporte duradero, sin embargo, para cumplir a cabalidad la obligación de información establecida en la normativa sobre servicios de pago, el proveedor debe

personas físicas que actúen con fines ajenos a una actividad económica, comercial o profesional. Si la persona que contrata con el emisor de un instrumento de pago es una persona jurídica que está actuando ajena a una actividad empresarial o comercial, entra dentro del concepto de consumidor incluido en el TRLGDCU pero no en el concepto de consumidor a los fines de la aplicación de la LSP. En estas situaciones, en lo que se refiere a la redacción de las cláusulas del contrato de emisión del instrumento de pago, serán de aplicación las normas previstas en el Título II del Libro II del TRLGDCU sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, pero no las normas de la LSP protectoras del consumidor.

enviar las condiciones al consumidor, recordemos que el concepto de soporte duradero se refiere a “...cualquier instrumento que permita al usuario de servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente”.

La inclusión de la información y las condiciones contractuales en las páginas web de los emisores de instrumentos de pago es útil en algunas situaciones, ya que permite el cumplimiento de obligaciones relacionadas con instrumentos de pago específicos. Como veremos más adelante, en el caso de los instrumentos de pago de escasa cuantía, las normas de la Directiva sobre servicios de pago permiten enviar sólo la información esencial relativa al instrumento de pago, sin embargo, el emisor debe indicar el sitio donde está disponible el resto de la información, obligación que se podría perfectamente cumplir a través de la inclusión de la información respectiva en la página web del emisor.

Independientemente de la técnica utilizada y del momento de envío de las condiciones contractuales y de la información previa, consideramos importante resaltar que el artículo 43 de la Directiva sobre servicios de pago, otorga al consumidor el derecho de solicitar, en cualquier momento de la relación contractual, las condiciones contractuales en soporte de papel.

B) Contenido del deber de información

El artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago establece en forma precisa el contenido de la información previa, que a su vez será incluida el respectivo contrato marco (en nuestro caso, el contrato de emisión). La información es agrupada en siete categorías que se refieren a los siguientes aspectos: 1) identificación del proveedor del servicio de pago; 2) condiciones de utilización del instrumento de pago; 3) gastos, intereses y tipo de cambio; 4) medios de comunicación; 5) salvaguardias y medidas correctivas; 6) modificaciones y rescisión del contrato; y 7) los recursos. En cada apartado se detalla el contenido específico que debe ser incluido en la información relacionada con cada uno de los aspectos indicados.

a) La identificación del emisor

En la identificación del proveedor del servicio de pago se debe incluir la identidad, el domicilio de su administración central o sucursal o agencia geográfica, el correo electrónico y los datos de la autoridad de supervisión y del registro que autorice al proveedor del servicio a actuar como tal. Al tratarse de una persona jurídica, en la especificación de la identidad se deberán incluir los datos de constitución e inscripción en el respectivo registro.

Respecto de las personas que pueden actuar como proveedores de servicios de pago en España, el artículo 4 de la LSP dispone que los servicios de pago pueden ser prestados principalmente por las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico²⁹, las entidades de pago y la Sociedad Estatal

²⁹ Aunque la LSP menciona en apartados separados a las entidades de crédito y a las entidades de dinero electrónico, es de recordar que las entidades de dinero electrónico han sido incluidas en la definición de entidades de crédito, gracias a la modificación del artículo 1 del **Real Decreto Legislativo**

de Correos y Telégrafos³⁰. Dentro de los servicios de pago que pueden prestar las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago se encuentra la emisión de tarjetas³¹.

En relación con los datos de registro exigidos por la norma, puntualizar que la Directiva sobre servicios de pago crea las entidades de pago como una nueva figura con capacidad para actuar como proveedor de servicios de pago. Las entidades de pago son personas jurídicas, distintas de las entidades de crédito, que han sido autorizadas para prestar servicios de pago. La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de crear un registro público en el que figuren las entidades de pago autorizadas y sus agentes y sucursales³², los datos de ese registro también deben incluirse en la información sobre la identificación del proveedor del servicio de pago. Estos datos no deben confundirse con los datos del registro donde consta la constitución de la entidad como persona jurídica, que también deben ser incluidos en la información, ya que como indicamos anteriormente, son los que identifican a la persona jurídica.

La norma también obliga a los proveedores de servicios de pago a incluir los datos de la autoridad de supervisión, en el caso de las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago, la autoridad de supervisión será el Banco de España³³.

b) Las condiciones de utilización de la tarjeta

En las condiciones de utilización del instrumento de pago se debe incluir una descripción del servicio que se va a prestar, el plazo de ejecución de los servicios, la forma en que ha de comunicarse el consentimiento para la ejecución de una orden de pago y la cuantía máxima de los gastos por la utilización del servicio, si los hubiera. En cuanto a la descripción del servicio, en los contratos de emisión de tarjetas se deberá indicar si se trata de una tarjeta de crédito, de débito, un monedero electrónico,

1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, que se produce con la aprobación de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (comúnmente conocida como la Ley financiera). Este instrumento crea las entidades de dinero electrónico como una nueva categoría de entidades de crédito, cuya actividad principal consiste en emitir medios de pago en forma de dinero electrónico. El régimen jurídico aplicable a la creación y condiciones de ejercicio de la actividad de las entidades de dinero electrónico se encuentra especificado en el Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero. Un estudio amplio sobre el régimen jurídico de estas entidades puede consultarse en BERROCAL LANZAROT, Ana: "Entidades de dinero electrónico. Su régimen jurídico", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 95, julio, 2008.

³⁰ La LSP también faculta al Banco de España, a la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Administraciones locales para actuar como proveedores de servicios de pago, cuando no actúen en su condición de autoridades públicas.

³¹ Como ya indicamos, en el caso de las entidades de dinero electrónico, la emisión de tarjetas de pago está restringida a los monederos prepagados en su condición de dinero electrónico.

³² En dicho registro se harán constar los servicios de pago para los que haya sido habilitada la entidad de pago.

³³ De acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la LSP, corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de pago y su inscripción en el registro que se creará a tal efecto.

o un instrumento multifuncional. Las condiciones de utilización variarán atendiendo a la naturaleza del instrumento de pago objeto del contrato.

En relación con el consentimiento para la ejecución de la orden de pago, de acuerdo con el artículo 55 de la Directiva sobre servicios de pago, cuando se emplee un instrumento de pago específico a fin de notificar el consentimiento (en estos casos, la mera utilización de la tarjeta de pago implica el consentimiento del usuario) el ordenante y el proveedor podrán acordar la cuantía máxima de los gastos aplicables a los servicios de pago. Estos gastos se traducen normalmente en las comisiones que el emisor cobra por la utilización del servicio de pago, de los cuales nos ocupamos en el siguiente apartado.

En la información sobre las condiciones de utilización de las tarjetas se deberán incluir las posibles limitaciones de uso. Estas limitaciones están previstas en el artículo 26 de la LSP y se refieren principalmente al establecimiento de límites cuantitativos a las operaciones de pago y al derecho del emisor de proceder al bloqueo del instrumento en las condiciones permitidas por la ley. También se debe incluir el período en que se cargarán o abonarán los importes de las transacciones en la cuenta del usuario, así como la fecha valor aplicada.

c) Gastos aplicables

La información relacionada con los gastos del servicio de pago debe incluir todos los importes que el usuario debe abonar al emisor con motivo de la utilización del instrumento de pago, incluyendo el cobro de intereses y el tipo de cambio aplicable.

En los gastos aplicables a las tarjetas, la información debe especificar el importe de la cuota de emisión y el monto de las cuotas anuales, el tipo de interés y su modo de cálculo, en el caso de que llegara a causarse y el tipo de cambio, si se trata de pagos en divisas. Uno de los servicios financieros que más comisiones genera es precisamente la tarjeta, es común que los emisores cobren comisiones de emisión, mantenimiento y renovación. Estas comisiones varían según se trate de "tarjetas clásicas", "tarjetas de oro" o "tarjetas de platino", todas estas clasificaciones están en función del tipo de cliente y del tipo de crédito (en el caso de tarjetas de crédito) y normalmente son más altas cuanto más alto es el límite de crédito concedido. También es normal el cobro de comisiones por la emisión de tarjetas adicionales, y por disposiciones de efectivo en cajeros automáticos en oficinas de entidades distintas de la red a que pertenece el emisor. La normativa sobre servicios de pago no prohíbe el cobro de estas comisiones³⁴, sólo obliga al emisor a especificar

³⁴ El cobro de comisiones es inherente a este tipo de contratos. Recordemos que en el contrato de emisión de tarjetas se configura una comisión mercantil por medio de la cual la entidad emisora asume la obligación de ejecutar los pagos por cuenta del titular. (Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de abril de 1987). En estos casos, la comisión es la remuneración por los servicios prestados por el proveedor. Aunque el cobro de la comisión es un derecho del proveedor, la Directiva regula cuidadosamente este aspecto con el objeto de evitar los posibles abusos que pudieran causarse en este ámbito en perjuicio de los usuarios de los servicios de pago.

de forma clara y precisa los importes de éstas³⁵, para ello se deberá expresar la causa del cobro de la comisión y los períodos en que se generan; sólo de esta forma se cumplirá a cabalidad el deber de desglosar las cantidades correspondientes a los gastos causados, tal como lo prevé la Directiva.

Si el instrumento de pago puede utilizarse para realizar operaciones en divisas, se deberá suministrar información acerca del importe de las comisiones y los cargos aplicados a las transacciones en moneda extranjera, así como sobre el tipo de cambio utilizado para la conversión de la moneda, incluida la fecha valor de dicho tipo. En la práctica es difícil determinar previamente el tipo de cambio que se aplicará a la operación de pago, ya que éste dependerá de las fluctuaciones del mercado, lo importante en estos casos es que se incluyan las reglas que se aplicarán para la determinación de este tipo de cambio y las comisiones que se cobrarán por la utilización de la tarjeta en el extranjero.

d) Medios de comunicación

En la información sobre la forma en que se llevará a cabo la comunicación entre el emisor y el usuario, se deben especificar todos los medios de comunicación convenidos para la transmisión de la información y las notificaciones que deba realizar el usuario al emisor en caso de operaciones fraudulentas o no autorizadas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago, esta información también debe incluir la forma en que debe facilitarse la información sobre el contrato, la lengua de celebración del contrato y el derecho del usuario a recibir las condiciones contractuales en papel o en otro soporte duradero.

La información sobre los medios de comunicación entre el usuario y el emisor adquiere especial importancia en el momento de determinar la responsabilidad de las partes en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas. Por aplicación de los principios establecidos en el artículo 61.5 de la Directiva sobre servicios de pago, si el proveedor no ofrece medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío, robo o sustracción del instrumento de pago, será responsable de las consecuencias que se deriven su utilización, esta regla es incorporada en el artículo 32.4 de la LSP. Las normas sobre responsabilidad en caso de operaciones fraudulentas o no autorizadas son analizadas *infra*.

e) Salvaguardias y medidas correctivas

Uno de los aspectos más importantes en materia de información se relaciona con la obligación de especificar las salvaguardias y las medidas correctivas. Por aplicación de la norma comunitaria, el contrato de emisión de la tarjeta debe incluir la descripción de las medidas que el usuario deberá adoptar para preservar la seguridad del instrumento de pago, la forma en que deberá notificarse el extravío,

³⁵ El Considerando 65 de la Directiva sobre servicios de pago destaca la importancia de que los usuarios estén informados de los costes reales y de las comisiones de los servicios de pago a fin de elegir la opción que más les interese.

robo o sustracción de la tarjeta o cualquier operación de pago no autorizada y la responsabilidad del proveedor del servicio de pago en estos casos.

Aunque en la LSP no se encuentra desarrollado el contenido del deber de información, la norma si contiene algunos preceptos relacionados con las salvaguardias y las medidas correctivas. Esta regulación la encontramos en el Título IV de la LSP, que se ocupa de establecer los derechos y obligaciones de las partes en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago, específicamente en los artículos 27, 28, 29 y 31. El artículo 27 obliga al usuario a tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad del instrumento de pago, mientras que el artículo 28 establece la obligación correlativa del proveedor del servicio de pago (en nuestro caso, el emisor de la tarjeta) de cerciorarse que los elementos de seguridad del instrumento de pago sólo sean accesibles para el usuario. En el artículo 29 se encuentra establecido el deber del usuario de comunicar al proveedor las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. La responsabilidad del proveedor en caso de operaciones no autorizadas se encuentra establecida en el artículo 31. Del estudio de estos preceptos nos ocuparemos más adelante.

En la información relacionada con las salvaguardias y las medidas correctivas, también se deberán incluir las condiciones en que el emisor se reserva el derecho de bloquear el instrumento de pago. Sobre este aspecto, es de tener en cuenta que la propia Directiva sobre servicios de pago en su artículo 55.2 regula el bloqueo del instrumento de pago, esta, como muchas de sus normas, representa una novedad en la regulación de los instrumentos de pago, particularmente en el caso de las tarjetas. De acuerdo con la disposición citada, el emisor de la tarjeta podrá reservarse el derecho de proceder al bloqueo del instrumento por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, cuando tenga la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta o, cuando el instrumento esté asociado a una línea de crédito (una tarjeta de crédito) si se presenta un aumento significativo del riesgo sobre la capacidad del usuario para hacer frente a su obligación de pago. Esta norma es incorporada a la legislación española en el artículo 26 de la LSP, de su estudio también nos ocuparemos más adelante.

f) Modificaciones contractuales y derecho de resolución

De acuerdo con la normativa sobre servicios de pago, el usuario tiene derecho a conocer cualquier modificación de las condiciones contractuales antes que éstas puedan llegar a aplicarse. Las normas sobre el deber de información, establecidas en el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago, exigen que se incluyan las reglas para la aceptación de las modificaciones contractuales especificadas en el artículo 44, más adelante nos ocuparemos del estudio de estas normas.

Las reglas sobre la resolución del contrato también se deben incluir en la información previa y en las condiciones contractuales. El derecho de resolución permite al usuario del servicio de pago dejar sin efecto el contrato en cualquier momento, a menos que las partes hayan convenido un preaviso. La legislación sobre

servicios de pago establece las normas sobre las condiciones y plazos que deben regir la resolución del contrato y obliga al proveedor a incluirlas en la información a ser suministrada al usuario del servicio. Sobre este aspecto es importante aclarar que aunque la Directiva se refiere al derecho de rescindir el contrato, no se trata propiamente de una rescisión sino de una resolución, como bien lo ha entendido el legislador español³⁶. En la LSP, el derecho de resolución del contrato se encuentra establecido en el artículo 21 y es objeto de análisis *infra*.

g) Recursos

La última de las categorías incluidas en el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago se refiere a la información sobre los recursos disponibles, básicamente a las cláusulas relativas a la ley aplicable al contrato y/o al órgano jurisdiccional, así como a los procedimientos de reclamación y de recurso extrajudicial a disposición del usuario del instrumento de pago.

Es materia de ley aplicable al contrato, es importante recordar que si el contrato se ha concluido con un consumidor ubicado en un país diferente al del emisor de la tarjeta, situación nada infrecuente en la práctica, han de respetarse las normas del **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales**³⁷ que disponen que el contrato se regirá por la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual. El Reglamento 593/2008 también permite la elección de la legislación aplicable, siempre que dicha elección no acarree para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionan las disposiciones del país donde tenga su residencia habitual³⁸.

En relación con los procedimientos de reclamación y recursos extrajudiciales, si el usuario del instrumento de pago ostenta la condición de consumidor, se podrá acudir al arbitraje de consumo contemplado en la legislación especial que rige la materia³⁹. También se han de tener en cuenta los mecanismos sobre reclamación y

³⁶ Lo correcto es hablar de resolución y no de rescisión, pues para que la rescisión proceda, la parte que la alega tiene que haber sufrido un perjuicio económico y este no es el caso del derecho de resolución.

³⁷ DO L 177 de 4 de julio de 2008.

³⁸ El Reglamento 593/2008 (conocido como Roma I) sustituye al antiguo Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación del Convenio de Roma en un Reglamento comunitario, garantiza la normalización del Derecho internacional privado en los Estados miembros, asigna competencias de interpretación al Tribunal de Justicia, y facilita la aplicación de normas de conflicto uniformizadas en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea, a la vez que garantiza la entrada en vigor directa de sus normas. Vid. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133109_es.htm

³⁹ En España, las normas que regulan el sistema de arbitraje de consumo se encontraban originalmente contenidas en el Real Decreto 636/1993 de 17 de diciembre, por el que se regula el sistema arbitral de consumo. Esta norma fue modificada por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Dentro de las novedades más importantes introducidas por el RD 231/2008 en el procedimiento arbitral de consumo destacan las normas que regulan la tramitación del procedimiento a través de mecanismos electrónicos.

recursos extrajudiciales previstos en legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros. El artículo 50 de la LSP hace referencia a estas normas, particularmente a las previsiones de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de medidas de reforma del financiero⁴⁰(en adelante Ley financiera)⁴¹. En las cláusulas contractuales que establecen los recursos disponibles en los contratos sobre servicios de pago, se deben incluir los procedimientos de reclamación ante al Servicio de Atención al Cliente⁴² y la mención a la figura del Comisionado para la Defensa de Servicios Bancarios⁴³, organismos creados por la Ley Financiera para proteger a los clientes y usuarios de los servicios bancarios. En estas cláusulas también se debe especificar el plazo y el procedimiento a seguir para presentar una reclamación. En la mayoría de los casos, los contratos bancarios incluyen cláusulas que permiten que las reclamaciones se hagan a través de procedimientos electrónicos, facilitando el trámite al cliente.

C) Gastos de envío y carga de la prueba en el cumplimiento del deber de información

Con el objeto de evitar posibles abusos en contra de los usuarios de los servicios de pago, la legislación comunitaria ha introducido las normas relativas a la regulación sobre los gastos de envío de información, prohibiendo al emisor el cobro de los servicios derivados del envío de la información establecida en el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago.

En el ámbito del Derecho español, esta situación se encuentra prevista en el artículo 17 de la LSP. De acuerdo con el contenido de este precepto, el proveedor del

⁴⁰BOE núm. 281 de 23 de noviembre de 2002.

⁴¹ La Ley financiera es aprobada en el año 2002, con la finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico español diversas Directivas comunitarias en el ámbito financiero. En el marco de esta norma se establecen las reglas de protección de los clientes de los servicios financieros y los procedimientos de tramitación de reclamaciones.

⁴² La Ley financiera obliga a las entidades financieras a contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones. De acuerdo con las disposiciones del artículo 29, en su apartado primero, "...Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión estarán obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar, relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos. A estos efectos, las entidades deberán contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones". La disposición citada también crea la figura del Defensor del Cliente, que habrá de ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión.

⁴³ En la Ley financiera se crean los siguientes organismos de protección del cliente de servicios financieros: el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, el Comisionado para la Defensa del Inversor y el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones. Estos organismos están adscritos al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y a la Dirección General de Seguros, y tienen por objeto proteger los derechos de los usuarios de los servicios financieros dentro del respectivo ámbito. Entre sus funciones les corresponde atender las quejas y reclamaciones relacionadas con los derechos legalmente reconocidos a los usuarios.

servicio de pago no podrá cobrar al usuario por el suministro de la información contractual básica. La norma permite el cobro por el envío de información, sólo cuando se trate de información adicional o de la transmisión de información por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario. En estos casos, los gastos serán adecuados y acordes con el coste efectivamente soportado por el proveedor del servicio de pago con motivo del envío de tal información.

Con la finalidad de reforzar aún más la protección del usuario del instrumento de pago, en relación con el cumplimiento del deber de información contractual, la LSP, siguiendo los principios establecidos en la norma comunitaria, traslada la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información al proveedor, en nuestro caso, el emisor del instrumento de pago. Ante un posible incumplimiento del emisor en su deber de información, el usuario sólo tendrá la carga de alegarlo, la prueba de que el proveedor ha cumplido a cabalidad su obligación le compete a él mismo.

La inversión de la carga de la prueba es común en la legislación protectora de los consumidores, en el ámbito de la LCDSFC se encuentra establecida no sólo respecto del cumplimiento de los deberes de los proveedores, sino también del consentimiento otorgado por el consumidor para la celebración del contrato⁴⁴. En el marco de la LSP, la inversión de la carga de la prueba se establece respecto del cumplimiento del deber de información y de la prueba de autenticación y ejecución de las operaciones de pago. El ámbito de aplicación de esta norma es más amplio que el establecido en la LCDSFC, ya que abarca la protección de los usuarios de los servicios de pago, independientemente de su consideración como consumidores.

No obstante esta protección, al tratarse de un usuario no consumidor, las normas sobre gastos de envío y carga de la prueba no son de cumplimiento imperativo. Recordemos que el artículo 17 de la LSP permite a las partes acordar la inaplicabilidad de la regulación sobre transparencia de condiciones y requisitos de información cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor. La situación es diferente cuando se trata usuarios consumidores, en estos casos, las normas sobre inversión de la carga de la prueba son de cumplimiento imperativo; el emisor bajo ninguna circunstancia podrá trasladar la carga de la prueba a los usuarios que ostenten la

⁴⁴ Esta norma, si bien cumple la finalidad establecida en la LCDSFC de reforzar la protección al consumidor, es fuertemente criticada por la doctrina, al considerarla desproporcionada, ya que al producir el efecto de invertir la carga de la prueba sobre el consentimiento otorgado por el consumidor, éste podría alegar derechos de un contrato que no ha celebrado, correspondiéndole al proveedor probar esta circunstancia. Vid. ILLESCAS ORTÍZ, Rafael: "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica", en *Derecho y Tecnología*, Universidad Católica del Táchira, núm. 9 enero-diciembre, 2007, p. 25. RAMOS HERRANZ también advertía sobre la elevada protección del contenido de esta norma en el análisis realizado a la entonces Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores. Vid., RAMOS HERRANZ, Isabel: "Contratación bancaria electrónica", en BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.): *Comercio electrónico y protección de consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p.815

condición de consumidores. En relación con este aspecto, es importante destacar que los principios de la Directiva sobre servicios de pago establecen que se deben considerar nulas las cláusulas contractuales y las condiciones de prestación y utilización de los instrumentos de pago que aumenten la carga de la prueba sobre el consumidor o reduzcan la carga de la prueba impuesta al emisor.

D) Excepciones al cumplimiento del deber de información

La Directiva sobre servicios de pago permite a los Estados miembros establecer un régimen de excepciones respecto del cumplimiento del deber de información. Estas excepciones se fundamentan en dos consideraciones diferentes: la naturaleza del instrumento de pago y la condición del usuario contratante del servicio de pago.

La primera de estas excepciones se refiere a los instrumentos de escasa cuantía⁴⁵, en estos casos, la Directiva permite que los requisitos y normas pertinentes de información sobre su ejecución se limiten a la información esencial, habida cuenta de las características técnicas de estos instrumentos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del texto comunitario, el emisor sólo está obligado a facilitar información sobre las características principales del servicio, incluida la forma de utilizar el instrumento de pago, la responsabilidad, los gastos cobrados, así como cualquier otra información necesaria para que el usuario pueda adoptar la decisión de contratar el medio de pago⁴⁶. Aunque se permite que sólo se envíe la información considerada como esencial al funcionamiento del instrumento de pago, no se trata de una exoneración total al cumplimiento del deber de información, ya que el emisor debe indicar el lugar donde el usuario pueda acceder y consultar la información y las condiciones de contratación exigidas en el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago. El régimen de excepciones al deber de información en el caso de los instrumentos de pago de escasa cuantía no se encuentra previsto en la LSP, como ya indicamos, las normas sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, son objeto de un futuro desarrollo reglamentario.

La segunda de las excepciones contempladas en la Directiva sobre servicios de pago encuentra su fundamento en la condición del usuario contratante del servicio de pago y se refiere al usuario no consumidor. El artículo 30 del texto comunitario permite a las partes acordar la inaplicabilidad de las normas sobre transparencia

⁴⁵ Estos instrumentos son definidos en el artículo 34 de la Directiva sobre servicios de pago como “...instrumentos de pago que sólo afectan a operaciones de pago individuales no superiores a 30 EUR o que, o bien tienen un límite de gasto de 150 EUR, o bien permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR”.

⁴⁶ El Considerando número 30 de la Directiva sobre servicios de pago destaca la necesidad de informar a los usuarios sobre los riesgos derivados de la utilización del instrumento de pago, en particular cuando se trata de instrumentos de prepago. Los principales riesgos inherentes a estos medios de pago se relacionan con la pérdida del instrumento, que a su vez conlleva la pérdida del dinero que se ha cargado previamente en el instrumento de pago.

de las condiciones y requisitos de información en relación con los servicios de pago, cuando una de las partes no sea consumidor.

En el Derecho español, la excepción relativa al cumplimiento del deber de información cuando se trata de un usuario no consumidor la encontramos en el artículo 17 de la LSP. Aun cuando el precepto permite la no aplicación de las normas que regulan el deber de transparencia e información cuando se trate de un usuario no consumidor, creemos que estos casos serán poco frecuentes en la práctica, ya que el dispositivo exige el consentimiento de ambas partes, y es poco probable que el usuario no consumidor consienta en la no aplicación de una normativa que en definitiva le beneficia. Aunque la norma se inserta con la finalidad de favorecer la libre contratación entre empresarios⁴⁷, es de recordar que en la práctica bancaria existen contratos predisuestos redactados para empresarios y para consumidores; al tratarse de un contrato cuyas cláusulas no son negociadas individualmente, podría presentarse el caso que el usuario no consumidor se vea constreñido a otorgar su consentimiento para la no aplicación de la normativa en cuestión, ya que éste no tiene la opción de negociar la cláusula que se encuentra adherida al contrato. En estos casos, se entraría en contradicción con la normativa incluida en la LSP que permite la no aplicación de los preceptos mencionados, pues para que esto proceda, es fundamental el libre consentimiento del usuario; además de incurrir en violación a la ley, el contrato estaría viciado de nulidad. La situación es distinta si el usuario acepta libremente la inclusión de la cláusula que declara la no aplicabilidad de la normativa citada.

1.2. Las reglas que rigen la resolución del contrato

Las reglas sobre el derecho de resolución, aplicables al contrato de emisión están contenidas en el artículo 21 de la LSP y se insertan en la normativa sobre servicios de pago con la finalidad de permitir la movilidad de los usuarios⁴⁸. Recordemos que uno de los principales objetivos, tanto de la Directiva sobre servicios de pago como de la LSP, es estimular la competencia en el mercado de los servicios de pago.

La norma citada otorga al usuario el derecho de resolver el contrato marco en cualquier momento, a menos que las partes hayan convenido un preaviso, en estos casos, el plazo de preaviso no podrá exceder de un mes. El precepto también regula los gastos que pudieran causarse con motivo del ejercicio de este derecho, estableciendo que si el contrato se ha celebrado por un período indefinido o superior a 12 meses, la resolución será gratuita para el usuario, siempre que se efectúe una

⁴⁷ El Considerando número 20 de la Directiva sobre servicios de pago pone de manifiesto esta situación al indicar que *“Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no pueden establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar a las empresas y organizaciones que convengan lo que estimen conveniente”*.

⁴⁸ Así lo establece el Considerando número 29 de la Directiva sobre servicios de pago.

vez que hayan transcurridos los 12 meses. En todos los demás casos, los gastos derivados de la resolución serán apropiados y estarán en consonancia con los costes. En relación con los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario sólo estará obligado a abonar la parte proporcional adeudada hasta la resolución del contrato. Cuando dichas comisiones se hayan pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

En cuanto al proveedor del servicio de pago, la norma dispone que podrá resolver los contratos celebrados por un período indefinido, siempre que avise al usuario con una antelación mínima de dos meses e indique las causas de la resolución; todas estas circunstancias deberán estar especificadas en el respectivo contrato de emisión. La comunicación sobre la resolución del contrato deberá hacerse soporte papel o soporte duradero.

Entre las causas de resolución más frecuentes incluidas en los contratos sobre instrumentos electrónicos de pago, se encuentran las derivadas del incumplimiento de las obligaciones de los usuarios. En las condiciones generales de los contratos de emisión de tarjetas de crédito, es común la inclusión de cláusulas que permiten al emisor optar por este remedio y declarar el vencimiento anticipado de la totalidad de los pagos pendientes, ante un incumplimiento del usuario de su obligación de pago. Esta situación es acorde con los postulados de la Directiva sobre servicios de pago que obligan al proveedor a incluir en la información contractual, las condiciones de resolución del contrato.

Aunque la resolución contractual normalmente se relaciona con un incumplimiento de las obligaciones de las partes, la normativa sobre servicios de pago también incluye dentro de las causas de resolución, el supuesto de las modificaciones al contrato realizadas por el proveedor del servicio de pago, cuyo estudio es desarrollado en el siguiente epígrafe.

1.3 Régimen aplicable a las modificaciones contractuales

El régimen sobre la modificación de las condiciones contractuales se encuentra contenido en el artículo 22 de la LSP. Esta norma, cuyo origen lo encontramos en el artículo 45 de la Directiva sobre servicios de pago, otorga al usuario el derecho a conocer, con una antelación de dos meses, el contenido de las posibles modificaciones a que vaya a ser sometido el contrato, antes de la fecha de entrada en vigor. El proveedor del servicio de pago tiene el deber de proponer, en el plazo indicado, cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información, de manera individualizada al usuario.

En cuanto a la forma de realizar la propuesta, la LSP dispone que debe ser comunicada al usuario en soporte papel u otro soporte duradero, destacando con claridad las modificaciones a las que será sometido el respectivo contrato. No obstante estas previsiones, la norma se encuentra sujeta a un futuro desarrollo reglamentario que deberá ser llevado a cabo por el Ministro de Economía y Hacienda.

Para que las modificaciones puedan ser aplicadas es necesario que sean aceptadas por el usuario. De acuerdo con el artículo 22 de la LSP, la aceptación puede ser expresa o tácita, si así se hubiera convenido en el contrato marco. En relación con la aceptación del contrato, la norma dispone que se podrá considerar que el usuario ha aceptado la modificación de las condiciones, cuando no haya comunicado al proveedor su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor, siempre que así se haya previsto en el contrato marco. En estos casos, el proveedor del servicio de pago deberá informar al usuario sobre su derecho a resolver el contrato de forma inmediata y sin coste alguno, antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones. Si el usuario no ejercita el derecho de resolución en el plazo indicado, se entenderá que ha aceptado las modificaciones propuestas⁴⁹.

En relación con las modificaciones sobre los tipos de interés o de cambio, éstas podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato de emisión y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados⁵⁰, recordemos que el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago obliga al proveedor a incluir dentro de las condiciones contractuales, la información sobre el tipo de interés, el método de cálculo y la fecha correspondiente, así como el índice de referencia para determinar dicho interés.

Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio utilizados en las operaciones de pago se aplicarán y calcularán de forma neutra, de manera que no resulten discriminatorias con respecto a los usuarios de los servicios de pago.

Independientemente de las condiciones exigidas para proceder a la modificación del contrato, la LSP permite aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que resulten más favorables para los usuarios de los servicios de pago.

2. Obligaciones relacionadas con la utilización del instrumento de pago

2.1. Obligaciones del emisor

Las obligaciones analizadas en el epígrafe anterior corresponden al emisor y están directamente relacionadas con el deber de información sobre el contenido del contrato marco (en nuestro caso, el contrato de emisión) y se establecen con la finalidad de garantizar que el usuario conozca, antes de asumir cualquier obligación, las condiciones aplicables al instrumento de pago. En esta oportunidad, analizaremos las obligaciones que asume el emisor una vez que el contrato se ha perfeccionado y

⁴⁹ En ningún momento puede considerarse que en estos casos se vulneran las reglas de protección de los usuarios, ya que se supone que éstos han sido informados de sus derechos, tanto en las modificaciones propuestas como en el respectivo contrato de emisión. Si el proveedor ha incumplido sus obligaciones, se podrá demandar la nulidad del contrato o dejar sin efecto las modificaciones propuestas.

⁵⁰ De acuerdo con el artículo 22.2 de la LSP, el usuario del servicio de pago será informado de toda modificación del tipo de interés lo antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. Los cambios en los tipos de interés o de cambio que sean más favorables para los usuarios de servicios de pago podrán aplicarse sin previo aviso.

el instrumento de pago ha sido emitido. Estas obligaciones están establecidas en el artículo 28 de la LSP y responden básicamente a la necesidad de proteger al usuario de la utilización del instrumento de pago. De acuerdo con el contenido de esta norma, el emisor está obligado a cumplir los siguientes deberes:

a) Garantizar la protección de los elementos de seguridad de la tarjeta

La primera obligación que se impone al proveedor en relación con la utilización del instrumento de pago está relacionada con la seguridad del mismo. En el cumplimiento de este deber, el proveedor deberá cerciorarse que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago sólo sean accesibles para el usuario. Ante cualquier eventualidad, el emisor soportará los riesgos que puedan derivarse del envío a los usuarios tanto de los instrumentos de pago como de cualquier elemento de seguridad personalizado, así lo dispone en forma expresa el artículo 28 de la LSP.

Los elementos de seguridad a que se refiere la norma son las claves personales e intransferibles asociadas al instrumento de pago que permiten su utilización en cajeros automáticos y en operaciones a través de Internet. En la mayoría de los casos, los instrumentos de pago y las claves son enviados por separado al titular a través de correo certificado; de esta manera, el proveedor se asegura que si el correo es interceptado por cualquier razón, quien tenga acceso al instrumento de pago no tenga acceso a los elementos de seguridad personalizados. Una vez que el instrumento de pago y las claves de seguridad son recibidos por el usuario se traslada a éste la responsabilidad por la custodia y el uso adecuado del instrumento de pago, el deber de custodia también implica el mantenimiento en secreto de los elementos de seguridad asociados a la tarjeta.

b) Abstenerse de enviar instrumentos de pago no solicitados

El envío de instrumentos de pago no solicitados se ha convertido en una práctica promocional bastante frecuente en el mercado de los emisores de tarjetas. La LSP prohíbe en forma expresa este tipo de prácticas; esta prohibición tiene su fundamento en los costes que el usuario debe pagar por la emisión, utilización y mantenimiento de la tarjeta. Como señalamos anteriormente, la tarjeta genera una serie de gastos, entre los que se incluyen las comisiones de emisión y mantenimiento del instrumento. Sólo se permitirá el envío de instrumentos de pago no solicitados cuando proceda la sustitución de un instrumento ya entregado al usuario, tal como sucede en los casos de renovación. La sustitución también podrá venir motivada por la incorporación al instrumento de pago de nuevas funcionalidades no expresamente solicitadas por el usuario, siempre que en el contrato de emisión se hubiera previsto tal posibilidad y que la sustitución se realice con carácter gratuito. Con el avance de las nuevas tecnologías y su aplicación a los servicios de pago, estas situaciones pueden ser frecuentes en la práctica, un ejemplo de ello lo

encontramos en la incorporación de microchips a las tradicionales tarjetas de crédito y débito para agregar al instrumento de pago, las funciones de monedero electrónico. En estos casos, la LSP permite el envío del instrumento de pago aunque éste no haya sido solicitado por el usuario, siempre que en el contrato de emisión se haya estipulado esta posibilidad y que la sustitución no cause un coste adicional al usuario. Mediante el cumplimiento de estos dos requisitos, se garantiza la protección del usuario en relación con las posibles comisiones que pudieran causarse con motivo de la sustitución del instrumento de pago en estos casos.

c) Garantizar la disponibilidad de medios de comunicación con el usuario.

En relación con los medios de comunicación, la norma impone al proveedor el deber de suministrar medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario realizar la comunicación sobre el robo o extravío de del instrumento de pago, o solicitar un desbloqueo. Normalmente esta obligación es cumplida a través del suministro de números telefónicos de asistencia gratuita al usuario que están disponibles las 24 horas del día.

El cumplimiento de esta obligación también implica para el proveedor del servicio de pago el deber de facilitar al usuario en forma gratuita, los medios que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación; este deber normalmente es cumplido mediante el suministro de una clave que permite ubicar los datos de la notificación efectuada (día, hora, persona que fue notificada de la pérdida, etc.)

La obligación de garantizar la disponibilidad de los medios de comunicación se encuentra directamente relacionada con el deber del usuario de notificar la pérdida o robo del instrumento de pago y con el derecho de solicitar el desbloqueo del mismo; si el proveedor del servicio de pago no tiene disponibles los medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, el usuario no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento, a menos que haya actuado de manera fraudulenta, esta situación se encuentra prevista en el artículo 32.4 de la LSP.

d) Impedir la utilización del instrumento de pago

Esta obligación surge cuando el usuario ha efectuado la notificación sobre el robo o extravío de la tarjeta. Una vez que el usuario ha cumplido este deber, se exonera de responsabilidad por los posibles cargos realizados en la cuenta del instrumento de pago, a menos que haya actuado de manera fraudulenta.

Las normas contenidas en la LSP también permiten que el proveedor pueda impedir la utilización del instrumento de pago, aún sin mediar la notificación sobre robo o extravío, como una medida adicional de seguridad. Esta situación se encuentra prevista en el artículo 26.2 de la LSP, norma que faculta al emisor a proceder al bloqueo cuando existan razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta del mismo o, en caso que el instrumento de pago esté asociado a una

línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de la capacidad del usuario para hacer frente a su obligación de pago. En los dos primeros casos previstos en la norma, el bloqueo tiene por finalidad proteger al usuario de posibles transacciones de pago no autorizadas cuando el instrumento de pago no ha sido robado ni extraviado⁵¹, o cuando el usuario no se haya percatado de tal situación. La tercera de las situaciones previstas en la norma, está orientada a proteger al propio emisor, ante el riesgo que el usuario no pueda cumplir sus obligaciones de pago. Todas estas circunstancias deben estar especificadas claramente en el contrato de emisión, es importante que el usuario conozca de antemano las causas que pueden originar el bloqueo del instrumento de pago, a fin de evitar los posibles perjuicios que esto pueda causar en su esfera económica. El bloqueo debe ser notificado al usuario, de no ser posible antes de su ejecución, inmediatamente después que el mismo se ha producido.

2.2. Obligaciones de los usuarios

Las obligaciones de los usuarios en relación con la utilización del instrumento de pago se encuentran especificadas en el artículo 27 de la LSP. Esta disposición contempla los dos deberes básicos de los usuarios de tarjetas de pago: la utilización adecuada y la notificación de la pérdida o robo del instrumento. Independientemente de estas obligaciones, es de recordar que el usuario también se obliga al pago de los gastos y comisiones generadas por el uso del instrumento de pago.

a) La utilización adecuada del instrumento de pago

El artículo 27 de la LSP obliga al usuario a utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulan su emisión y utilización y, una vez que reciba el instrumento de pago, a adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados del instrumento. La utilización adecuada implica el uso exclusivo por parte del titular, circunstancia que trae aparejada el deber de custodia, tanto del instrumento de pago como de los elementos de seguridad asociados al mismo.

En las condiciones incluidas en los contratos de emisión de tarjetas, se suele especificar que se trata de un instrumento de uso exclusivo por el titular, esta situación

⁵¹ En la práctica, cada vez son más frecuentes las utilizaciones no autorizadas de tarjetas de pago que se producen con independencia del robo o extravío de la tarjeta. En la mayoría de estos casos, el titular no ha incumplido sus deberes de custodia y notificación sobre la pérdida o robo del instrumento de pago, ya que el mismo se encuentra en su poder y la utilización fraudulenta es consecuencia de la interceptación de los datos del instrumento de pago. En opinión de la doctrina, muchos de estos supuestos se reconducen a la negligencia de otro operador y pueden ser consecuencia de la falta de seguridad en la pasarela de pagos, del uso fraudulento de un empleado de la entidad emisora, de fugas de datos, de duplicaciones de tarjetas, o del empleo de terminales de puntos de venta virtuales que permiten el acceso a los datos del instrumento de pago. En estos casos no puede atribuirse responsabilidad al titular del instrumento de pago alegando negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa: "El reparto de riesgos y la atribución de responsabilidad en el uso de tarjetas en la contratación electrónica", en RICO CARRILLO, Mariliana (coord.) *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2007, p 353.

es acorde con la naturaleza jurídica de las tarjetas de pago, catalogas por la doctrina como títulos de legitimación⁵². La utilización por terceras personas, aún con el consentimiento del titular, es una utilización irregular que compromete la seguridad del instrumento de pago, a la vez que verifica un incumplimiento contractual del titular en su deber de custodia⁵³.

b) El deber de notificación sobre extravío, robo y operaciones no autorizadas

El segundo apartado del artículo 27 de la LSP contempla el deber de notificación del titular en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, esta obligación se encuentra directamente relacionada con el deber de custodia. En el momento que el usuario ha tenido conocimiento de la pérdida, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, debe proceder a notificarlo, sin demoras indebidas, al proveedor. La importancia del cumplimiento de este deber es fundamental, una vez que el usuario ha notificado el extravío o sustracción de la tarjeta, se libera de responsabilidad por posibles usos no autorizados, a menos que haya mediado actuación fraudulenta de su parte.

La inclusión de las normas sobre el deber de notificación y la responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas en la LSP es fundamental para garantizar la protección del usuario del instrumento de pago. En la práctica bancaria son numerosas las cláusulas en los contratos de emisión de tarjetas que atribuyen responsabilidad total al titular sobre las pérdidas derivadas de la utilización no autorizada del instrumento de pago, cuando éste no notifica *de inmediato* el extravío o robo de la tarjeta. Estas cláusulas han sido objeto de análisis jurisprudencial, siendo consideradas abusivas en la mayoría de los casos. En opinión del Tribunal Supremo español, en sentencia de 16 de diciembre de 2009, las fórmulas “de manera inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, y “a la mayor brevedad”, incluidas en las cláusulas de los contratos de emisión de tarjetas orientadas a regular la responsabilidad de los usuarios, son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de “sin demora indebida, cuando se tenga conocimiento del hecho”.

La sentencia citada es acorde con los principios de la nueva normativa sobre servicios de pago. De acuerdo con las previsiones del artículo 27 de la LSP, el usuario está obligado a comunicar el extravío o robo del instrumento, una vez que ha tenido conocimiento de estos hechos. La redacción textual de la norma indica que éste debe notificar “... *sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad*

⁵² En este sentido BARUTEL MANAUT, Carles: *Las tarjetas de pago y crédito*, Bosh, Barcelona, 1997, p.276, NUÑEZ LOZANO, Pablo: *La tarjeta de crédito*. CES, Madrid, 1997, p. 27 y VICENT CHULIÁ, Francisco: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, Barcelona, 1991, 3ª Edic.

⁵³ En la práctica se han observado casos donde el mismo titular facilita el instrumento de pago o las claves de seguridad a una tercera persona con la finalidad de realizar extracciones de dinero a través de cajeros o realizar operaciones de pago a través de Internet. En estos casos, además de configurarse una utilización irregular del instrumento de pago, se compromete la seguridad del mismo y se verifica un incumplimiento del titular en el deber de custodia y protección de los elementos de seguridad del instrumento de pago.

que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello". (Subrayado nuestro). Con la introducción de esta norma, se protege al titular que se percata de la sustracción o de la pérdida del instrumento de pago con posterioridad a la ocurrencia de estos hechos⁵⁴.

El problema que se presenta con la redacción de esta disposición es que si bien es tuitiva para el usuario, en razón de que en algunos casos éste se percata del extravío o sustracción del instrumento de pago algunos días después que éstos han ocurrido, puede prestarse para actuaciones negligentes de parte del titular, quien percatándose de la pérdida una vez que ha ocurrido el incidente, incurre en demoras injustificadas en realizar la notificación correspondiente. En el caso que se presente una situación de este tipo, es de recordar que el incumplimiento deliberado o la negligencia grave en el cumplimiento de esta obligación, también hace responsable al usuario de las pérdidas que afronte como consecuencia de las operaciones de pago no autorizadas, tal como lo dispone el artículo 32 de la LSP. El problema se reconduce a la dificultad de probar la negligencia del titular en estos casos.

La jurisprudencia del TS es de la opinión que aun cuando haya un retraso en la notificación por parte del usuario, si el emisor "*...actúa con la diligencia debida puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aún sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío*"⁵⁵, y en razón de esta circunstancia puede impedir que continúe la utilización fraudulenta mediante el bloqueo preventivo de la tarjeta. Esta situación también es acorde con las normas de la LSP que permiten a los proveedores proceder al bloqueo del instrumento de pago, cuando existan razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, o la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta del mismo.

La LSP también contempla el deber de notificación sobre operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. En estos casos, se entiende que se trata de operaciones que han sido realizadas sin el consentimiento del titular, sin necesidad que se haya producido el extravío o sustracción del instrumento de pago. Este deber se encuentra contemplado en el artículo 29 de la LSP. De acuerdo con el contenido de esta norma, el usuario está obligado a comunicar este tipo de operaciones, sin tardanza injustificada al proveedor del servicio de pago, quien deberá proceder a la rectificación. El precepto es altamente tuitivo para el usuario consumidor, ya que le otorga un plazo máximo de 13 meses, contados desde la fecha del adeudo o abono para realizar la notificación. Si el contrato se concluye con un usuario no consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior.

3. Responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas

⁵⁴ En algunas situaciones, la jurisprudencia ha calificado de negligente el comportamiento del titular que ha incurrido en demora en la notificación, alegando que no se había percatado de la pérdida o robo del instrumento de pago. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de enero de 1999, se califica como negligente la actuación del titular que se retrasa en notificar al banco el robo de la tarjeta, alegando que no se apercibió de la sustracción de la cartera donde las guardaba hasta cuatro días después de ocurrido el incidente.

⁵⁵ Vid. STS de 16 de diciembre de 2009, citada en la nota 17.

En España, antes de la entrada en vigor de la LSP, la protección del consumidor en operaciones no autorizadas en los pagos con tarjeta únicamente estaba regulada en el ámbito de la contratación a distancia. La normativa aplicable a estos casos, contenida en el artículo 46 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM) fue incorporada al TRLGDCU en el año 2007, y actualmente se encuentra en el artículo 106, incluido en el Título III que regula la contratación a distancia. El precepto faculta a los consumidores y usuarios a solicitar la anulación del cargo que se ha producido en la tarjeta cuando el importe de la compra ha sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago. La norma originalmente contenida en el artículo 46 de la LOCM fue objeto de contradictorias decisiones jurisprudenciales y diversas críticas doctrinales, ante el problema derivado de la atribución del riesgo y la responsabilidad entre emisores y aceptantes de las tarjetas en las operaciones de pago en el comercio electrónico⁵⁶.

En el marco de la LSP, las reglas que regulan la responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas se encuentran establecidas en los artículos 31 y 32 y rigen todas las operaciones de pago, con independencia de la forma de perfección del contrato. Las citadas normas establecen un sistema de distribución de responsabilidad entre el emisor y el usuario del instrumento de pago, y se aplican tanto a operaciones realizadas en comercios físicos tradicionales y como a las efectuadas a través de técnicas de comunicación a distancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la LSP, en caso de operaciones de pago no autorizadas, el emisor del instrumento está obligado a devolver al usuario el importe de la transacción y a restablecer en la cuenta de pago, el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

El artículo 32 de la LSP regula la responsabilidad del usuario en caso de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído. La norma protege al usuario al establecer un límite cuantitativo de responsabilidad, siempre que no haya habido actuación fraudulenta de su parte. De acuerdo con las previsiones del artículo 32.1, el usuario soportará las pérdidas derivadas de las operaciones de pago hasta un máximo de 150 euros, a menos que se demuestre que la operación de pago no autorizada se ha producido como consecuencia de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o grave⁵⁷, de las obligaciones de protección de los elementos de seguridad del instrumento de pago y de la notificación sobre el extravío, sustracción o utilización

⁵⁶ Vid. MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia: "Riesgo y responsabilidad en el uso fraudulento de tarjetas en el comercio electrónico; en especial, su asignación al comerciante o a la entidad bancaria", en MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia y FERRER GOMILLÁ, Josep Lluís (coord.): *III Simposio Español de Comercio Electrónico*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2005, pp. 105-116 y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa: "El reparto de riesgos y la atribución de responsabilidad... op. Cit., pp. 319-371.

⁵⁷ A la hora de evaluar las posibles negligencias del usuario deben tomarse en consideración todas las circunstancias. Las pruebas y el grado de presunta negligencia deben ser evaluados conforme a la normativa nacional, así lo establece el Considerando número 33 de la Directiva sobre servicios de pago.

no autorizada. En estos casos, el usuario soportará la pérdida del monto total de las operaciones realizadas de manera fraudulenta.

Salvo en los casos de utilización fraudulenta, el usuario no soportará pérdida económica alguna con posterioridad a la notificación sobre el robo o extravío del instrumento de pago. El artículo 32.4 de LSP permite al usuario exonerarse de su responsabilidad, cuando el emisor no tenga disponibles los medios adecuados para la notificación del extravío o robo del instrumento, a menos que el usuario haya actuado de manera fraudulenta.

En relación con el régimen de responsabilidad sobre operaciones de pago no autorizadas, es importante mencionar que el artículo 23.3 de la LSP, en consonancia con los lineamientos establecidos en la Directiva sobre servicios de pago, establece un régimen de excepciones aplicable únicamente a los instrumentos de dinero electrónico. En virtud de la disposición citada, cuando el proveedor del servicio de pago no pueda proceder al bloqueo de la cuenta o del instrumento de pago, circunstancia aplicable a las tarjetas que funcionan como monederos electrónicos, no se aplicarán las normas sobre responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas previstas en los artículos 31 y 32 de la LSP⁵⁸.

La LSP también contiene algunas disposiciones destinadas a solucionar los posibles problemas que pudieran presentarse en los casos que el usuario niegue haber autorizado una operación de pago. Estas previsiones se encuentran contenidas en el artículo 33 de la LSP y se aplican tanto a transacciones que han sido consecuencia de incidencias relacionadas con el robo o pérdida de la tarjeta, como a operaciones que han sido ejecutadas de manera errónea, sin necesidad de mediar el robo o la pérdida del instrumento. De presentarse una situación de este tipo, corresponderá al proveedor del servicio de pago demostrar que la operación fue autenticada y registrada con exactitud y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. Por disposición expresa de la norma citada, el registro de la operación por el proveedor no bastará para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el usuario, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió su obligación de notificar el extravío, la sustracción o la utilización no autorizada del instrumento de pago. Con la incorporación de esta norma se acentúa aún más la protección de los usuarios de tarjetas en relación con las operaciones no autorizadas.

Todas las circunstancias relativas a la determinación de la responsabilidad de las partes en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas deben estar especificadas con claridad en el contrato de emisión de la tarjeta en el apartado relativo a las salvaguardias y medidas correctivas, tal como lo dispone el artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago.

⁵⁸ Esta excepción se explica por la naturaleza propia del instrumento de pago, la pérdida de la tarjeta que incorpora el microchip donde está almacenado el valor monetario prepago impide que el instrumento de pago sea bloqueado por la entidad emisora.

