

DINERO DE PLÁSTICO: USO FRAUDULENTO Y RESPONSABILIDADES CIVILES

AUGUSTO SANTALÓ RÍOS
Fiscal

A) CUESTIONES GENERALES

La utilización y uso en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y por cualquier ciudadano del denominado “dinero de plástico” es tan habitual que incluso en muchas actividades ha sustituido al dinero en efectivo. Este uso masivo comporta para los ciudadanos, entidades emisoras y establecimientos comerciales grandes ventajas, pues los primeros pueden prescindir de portar metálico (con el riesgo que esto supone), realizar compras a distancia y otras que no es preciso mencionar, las segundas obtienen clientes y comisiones nada desdeñables, y los terceros consiguen atraer a más clientes por las facilidades de pago que el dinero de plástico supone.

Pero las ventajas señaladas van acompañadas de claros riesgos por la facilidad que el uso masivo de estos medios da a quienes pretenden utilizarlos de forma fraudulenta, y esta utilización fraudulenta va a provocar conflictos de intereses entre los agentes que intervienen en las relaciones jurídicas relacionadas con la emisión y utilización de estos instrumentos mercantiles. Los conflictos a los que se acaba de hacer referencia no se hallan claramente previstos y solucionados en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el que en este estudio se pretende analizar, aunque de forma somera, quién es el perjudicado y el responsable civil (al margen, en su caso, del autor del delito) dentro de los distintos sujetos intervinientes en la utilización de las tarjetas, y ello especialmente en el proceso penal, aunque las conclusiones, lógicamente, también sean aplicables en las reclamaciones que se ventilan en los procedimientos civiles.

Antes de analizar las obligaciones y responsabilidades de los distintos sujetos intervinientes en la emisión y utilización de las tarjetas es preciso definir lo que se entiende por tales, las clases de éstas, los sujetos intervinientes y demás nociones precisas para la comprensión de dichos instrumentos mercantiles.

B) DEFINICIÓN DE TARJETAS

La tarjeta se puede definir como el medio de pago electrónicamente generado a través de un documento emitido por bancos, grandes almacenes y otras entidades, que permite a su titular el pago sin dinero en efectivo o el acceso a cajero automático, y a través del cual el titular de la misma abona una serie de bienes y/o servicios con cargo a la cuenta abierta o asociada a la tarjeta que tiene con la entidad emisora de la misma.

De la definición se desprende, ya inicialmente, la existencia de dos grandes tipos de tarjetas: las emitidas por bancos, y las emitidas por sujetos comerciales distintos. Éstas últimas son las denominadas **tarjetas comerciales**, que son aquellas tarjetas emitidas por un detallista a sus clientes, o por un grupo de detallistas para sus clientes con el fin de permitir o facilitar, sin dar acceso a una cuenta bancaria, el pago en la compra de bienes y servicios adquiridos directamente del detallista o detallistas emisores, o de detallistas que, en virtud de contrato, aceptan la tarjeta. A este tipo de tarjetas, de naturaleza bilateral, no se hará mayor referencia, pues el objeto de este estudio son las tarjetas bancarias

En las tarjetas bancarias se produce una relación trilateral, o, incluso de cuatro partes, cuando la entidad emisora es distinta del propio banco, en la que entre la entidad comercial y el cliente se interpone la entidad crediticia emisora de la tarjeta, que media en los pagos del propio cliente, asumiendo frente a la entidad comercial el compromiso de atender el importe de los servicios o bienes adquiridos, de manera que cumplen una doble función: de un lado constituyen instrumentos de pago que efectúa el banco emisor respecto de la entidad comercial que prestó los servicios o entregó los bienes, y, de otro lado, comportan la apertura de crédito por la entidad bancaria a favor del cliente de la tarjeta, de forma que la relación ya no se desarrolla entre el establecimiento comercial y el cliente, sino a tres bandas, o, incluso, cuatro como ya se ha indicado.

Las tarjetas bancarias no solamente funcionan como medios de pago, sino, por el contrario, permiten muchos otros usos, como retiradas de dinero, consulta de movimientos, reserva de vuelos, hoteles etc. lo que determina que el contenido de la relación jurídica sea complejo. El contenido de esta compleja relación jurídica se suele instrumentar a través del denominado **contrato de tarjeta de crédito**, que se puede definir como aquel contrato en virtud del cual una entidad determinada (en este caso banco o entidad emisora relacionada con el banco) emite una tarjeta asociada a una cuenta corriente bancaria a favor de persona determinada, cliente, para su uso bien como sistema de extracción de dinero a través de cajeros automáticos, bien como instrumento de pago de bienes y servicios, cuyo importe se carga en la cuenta corriente asociada. Este tipo de contratos normalmente son contratos de

adhesión, y por lo tanto realizados por la entidad emisora y redactados unilateralmente por la misma, puesto que el titular de la tarjeta se limita a aceptar unas normas impuestas por la organización emisora.

C) SUJETOS INTERVINIENTES

En la relación jurídica del contrato de tarjeta intervienen los siguientes sujetos:

- **Emisor** (proveedor de los servicios de pago en la terminología de la Ley 16/2009): la persona (banco tratándose de tarjetas bancarias) que, en el marco de su actividad profesional, pone a disposición de un cliente un instrumento de pago, en virtud del contrato suscrito con él.

- **Suministrador de Sistemas**: la persona que facilita un producto financiero con una marca comercial concreta vinculado normalmente a una red, permitiendo así que los instrumentos de pago se utilicen para operaciones como pago por medios electrónicos, retirada o depósito de billetes o cheques, pago con tarjeta por medios no electrónicos, etc.

- **Titular** (ordenante, en la terminología de la Ley 16/2009): la persona que, en virtud de contrato suscrito con el emisor, posee un instrumento de pago.

- **Centro Adherido** (beneficiario en la terminología de la Ley 16/2009): persona que permite le sea abonado el bien o servicio que presta a través de la tarjeta. En relación con este interviniente hay que distinguir entre aquellos centros que trabajan directamente con la entidad emisora de la tarjeta, y aquellos otros que trabajan con su propio banco, que le abona las facturas y posteriormente las traslada a la cuenta del titular del banco emisor. En estos supuestos intervienen dos bancos, por lo que también se señala que se trata de una relación cuatrilateral.

D) CLASES DE TARJETAS

Analizados los sujetos intervinientes es preciso hacer referencia a los tipos o clases de tarjetas que pueden ser halladas en el mercado.

- Por el **emisor** las tarjetas pueden ser **bancarias** o **no bancarias**. Ya se ha hecho referencia con anterioridad a esta clasificación, habiéndose definido las **tarjetas comerciales** que son las no bancarias. Aunque el presente trabajo se centra en las bancarias, las características y obligaciones de las partes de unas y otras son similares, con las diferencias propias de que en las bancarias el emisor es un banco y la cuenta asociada es una cuenta bancaria.

- Por el **número de personas intervinientes**: se clasifican las tarjetas en bilaterales (no bancarias), trilaterales o cuatrilaterales, habiéndose hecho ya referencia con anterioridad a las mismas.

-Por su función las tarjetas se clasifican en tarjetas de crédito y tarjetas de débito: En las **tarjetas de crédito** el emisor concede crédito a un cliente hasta un determinado límite al mes, fijado anteriormente, estableciéndose diferentes formas de liquidación, ya sea mediante el sistema de pago total del mes, mediante el sistema de porcentaje mínimo mensual o pago fijo mensual; no obstante en este tipo de contrato puede suceder que el cargo en la cuenta se haga de forma inmediata al pago que el titular efectúa mediante la tarjeta, con lo cual no se genera crédito alguno sino más bien cabe hablar de disposición de fondos con cargo a su cuenta, supuesto de la tarjeta de débito.

En las tarjetas de crédito se producen las siguientes relaciones jurídicas:

1) Contrato de apertura de crédito mediante tarjeta: es la relación existente entre el titular y el emisor, y presenta las siguientes características fundamentales: el emisor debe poner a disposición del titular una cantidad de dinero, hasta el límite que se haya acordado, y presentar periódicamente al titular un extracto detallado de las operaciones realizadas mediante la tarjeta, el saldo que debe abonar y el saldo pendiente de pago, con sus intereses y comisiones. El titular de la tarjeta debe rembolsar las cantidades utilizadas, con sus intereses, así como utilizar y conservar la tarjeta de forma adecuada.

2) Contrato con establecimientos vendedores o empresas de servicios: es el contrato que se formaliza entre la entidad emisora y el establecimiento vendedor de servicios, que se adhiere al sistema y se puede denominar de aceptación de pago mediante tarjeta de crédito. Presenta las siguientes características fundamentales: la obligación del establecimiento de aceptar la tarjeta como medio de pago, sin discriminación en cuanto a la forma de pago establecida, comprobando que el titular reúne los requisitos exigidos para la utilización de la tarjeta. La entidad emisora tiene la obligación de rembolsar, en las condiciones pactadas, el importe de las facturas que le sean remitidas por el establecimiento.

Las **tarjetas de débito** al igual que las de crédito permiten la compra en establecimientos adheridos al sistema y la extracción de fondos en cajeros automáticos, pero con la particularidad de que se adeuda directamente el importe del bien, del servicio o de la extracción en la cuenta del titular, abonándose posteriormente en la del establecimiento. En ocasiones la entidad emisora autoriza al titular, cuando éste carece de fondos en la cuenta, a disponer hasta un determinado límite, con lo que esta tarjeta se transforma en una tarjeta de crédito.

Las características más relevantes de estas tarjetas son las siguientes: la entidad emisora de la tarjeta se obliga frente al titular de la misma a pagar con cargo a la cuenta bancaria las facturas que le presenten al cobro los establecimientos adheridos por las adquisiciones efectuadas en ellos mediante la utilización de la tarjeta, y a facilitar el uso de cajeros automáticos. El titular se obliga a mantener fondos en su cuenta y a la utilización correcta de la tarjeta.

Antes de finalizar la clasificación de las tarjetas es preciso hacer referencia a la distinción que se realiza en la Recomendación 97/489/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, dentro de los instrumentos electrónicos de pago, **a los instrumentos de pago de acceso a distancia y los instrumentos de dinero electrónico.**

Se definen los **instrumentos de pago de acceso a distancia** como un instrumento que permite a su titular acceder a los fondos de su cuenta en una entidad, por el cual se autoriza el pago a un beneficiario, operación que normalmente exige un código de identificación personal o cualquier otra prueba similar de identidad. Quedan incluidas, en particular, las tarjetas de pago (tarjetas de crédito, de débito, de débito diferido) y los servicios de telebanco y de banca a domicilio.

Se definen los **instrumentos de dinero electrónico** como un instrumento de pago recargable distinto de un instrumento de pago de acceso a distancia – ya sea una tarjeta en la que se almacenan electrónicamente los importes correspondientes o una memoria de ordenador- en que se carga electrónicamente un valor, que permite a su titular efectuar transacciones como transferencias de fondos o retiradas de dinero.

En nuestra legislación el Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico señala que se entenderá por dinero electrónico el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor:

- a) Almacenado en un soporte electrónico.
- b) Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no sea inferior al valor monetario emitido.
- c) Aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor.

Por su parte, la Directiva 2009/110/CE de 16 de septiembre de 2009, que deroga la Directiva 2000/46/CE, que ha sido desarrollada en España por el Decreto anteriormente indicado, indica que se entiende por dinero electrónico todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representan un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor del dinero electrónico.

E) NORMATIVA REGULADORA DE LAS TARJETAS

Hasta la publicación de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, la principal fuente de inseguridad jurídica que presentaba la utilización del dinero de plástico era la falta de una regulación específica en nuestra legislación de un instrumento mercantil

de la importancia de la tarjeta. Así, y con independencia de la regulación en el Código Civil de las obligaciones y contratos, se realizan referencias concretas a las tarjetas en la Ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo, en el artículo 46 de la Ley 7/1996 de 15 de enero, de ordenación de crédito minorista, siéndole aplicable a éstos instrumentos la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación, y el Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

Ya desde una perspectiva mas administrativa se refieren a las tarjetas la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos, o la Orden EHA/97/2010, de 25 de enero, acerca del modelo 170 de declaración de las operaciones realizadas por los empresarios o profesionales adheridos al sistema de gestión de cobros a través de tarjetas de crédito o de débito.

No obstante el lugar donde se recogían de forma más completa las relaciones jurídicas derivadas de la emisión y utilización de las tarjetas era en las Recomendaciones Comunitarias 88/590/CEE de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisarios de tarjetas, y la 97/489/CE, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. Así como en el Código de buena conducta de la banca europea con respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta, de 14 de noviembre de 1990.

F) RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL USO DE LAS TARJETAS

En este apartado que presenta el mayor interés, se distinguirá entre las previsiones normativas y la respuesta jurisprudencial.

1) Previsiones normativas

Como ya se ha indicado la regulación del dinero de plástico era prácticamente inexistente, y salvo las recomendaciones comunitarias ya señaladas, en nuestra legislación solamente cabía señalar, al respecto, los siguientes preceptos:

- Artículo 46 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista que dispone: *“pago mediante tarjeta*

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

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de

la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercitado el derecho de desistimiento o de resolución reconocido en el artículo 44 y, por tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación”.

- Asimismo, aunque afecte especialmente al orden administrativo es importante reseñar la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios mediante cajeros automáticos. Señala el artículo primero que “la presente Orden tiene por objeto la protección del derecho a la información de los usuarios de cajeros automáticos, mediante el establecimiento de las obligaciones que deben cumplirse en materia de indicación de precios de los servicios bancarios prestados a través de ellos.” En el artículo segundo se señala que a los efectos de ésta Orden tienen la consideración de medios de pago las tarjetas y libretas electrónicas, así como cualquiera otros instrumentos que habiliten para el uso de cajeros automáticos, que el régimen de la misma es aplicable a las extracciones en efectivo y a las consultas de saldo. Los artículos siguientes (3,4) regulan las comisiones por el uso de los cajeros, que serán las que libremente fijen las entidades financieras emisoras y que deben hacerse públicas previo registro en el Banco de España. Asimismo las entidades de crédito titulares de cajeros automáticos se asegurarán de que en éstos se indique claramente el valor exacto de la comisión y de los gastos adicionales a que esté sujeta la operación solicitada por el usuario; antes de que la operación sea solicitada, el cajero automático deberá indicar al usuario, mediante mensaje en la pantalla, la red comercializadora a la que pertenece; dicha información es gratuita y debe ofrecerse al usuario la posibilidad de desistir de la operación solicitada; el cajero también debe mostrar en lugar visible un número de teléfono para incidencias, al que se podrá acudir en caso de que se produzcan problemas en la prestación de servicios. Finalmente el artículo cinco regula las obligaciones de información y comunicación de las entidades financieras emisoras de medios de pago comercializados en España.

La regulación más completa y detallada de las definiciones necesarias para comprender la naturaleza del dinero de plástico y de las relaciones jurídicas de los intervinientes en la emisión y uso del mismo se halla en la Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pago, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. Aunque la Directiva y la ley, que la incorpora al Ordenamiento español, recogen el tenor de las Recomendaciones anteriormente mencionadas, no es ocioso acudir a las mismas para una más fácil comprensión de la materia tratada, no obstante a fin de evitar reiteraciones y prolongar el presente comentario, no se hará referencia a su contenido.

El artículo primero de la Ley 16/2009 delimita el objeto y ámbito de aplicación de la misma, indicando:

1. El objeto de esta Ley es la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios como de los proveedores de los mismos.

2. Los servicios de pago que regula esta Ley son:

a) Los servicios que permiten el ingreso de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.

b) Los servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.

c) La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago:

1º Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,

2º Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,

3º Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.

d) La ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago:

1º Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,

2º Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,

3º Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.

e) La emisión y adquisición de instrumentos de pago.

f) El envío de dinero.

g) La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, di-

giales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.

Se faculta al Gobierno para introducir modificaciones en este apartado 2 cuando así lo hicieran los órganos competentes de la Unión Europea en el Anexo de la Directiva 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior.

3. Los Títulos III y IV se aplicarán, en los términos allí previstos, a los contratos que regulan los servicios de pago prestados por los proveedores de tales servicios residentes en España, incluidas las sucursales en España de proveedores extranjeros. Asimismo se aplicarán los mencionados Títulos a las operaciones de pago que se efectúen en territorio español. No obstante, cuando el servicio de pago se preste al amparo de contratos marco celebrados por entidades de pago que tengan su domicilio en otros Estados miembros de la Unión Europea mediante el ejercicio en España de la libertad de prestación de servicios, sin establecimiento, prevista en el art. 11, se aplicará la legislación del Estado de origen de la entidad de pago que preste el servicio. En estos casos, cuando se trate de operaciones con consumidores, se aplicará la legislación española siempre que fuera más favorable.

4. Esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza.

En los artículos 17 a 22 regula la ley las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco.

Así indica el art.17 que:

1. El presente Título se aplicará a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago afectadas por dichos contratos.

2. Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, este Título y sus disposiciones de desarrollo.

Por su parte, el art.18 señala: El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de esta Ley se fijen.

Esta información habrá de ser gratuita, salvo que el proveedor y el usuario de servicios de pago hayan acordado que se cobren gastos por la comunicación de información adi-

cional o más frecuente y siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio, pero aún en estos casos esos gastos serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago (art. 19).

Finalmente, el art. 20 señala que la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información recaerá sobre el proveedor de servicios de pago.

Los arts. 21 y 22 regulan la resolución del contrato marco y la modificación de las condiciones de este contrato, indicando:

Artículo 21:

1. El usuario del servicio de pago podrá resolver el contrato marco en cualquier momento a menos que las partes hayan convenido en un preaviso. El plazo de preaviso no podrá exceder de un mes.

2. La resolución de un contrato marco que se haya celebrado por un período indefinido o superior a 12 meses será gratuita para el usuario de servicios de pago si se efectúa una vez transcurridos los 12 meses. En todos los demás casos, los gastos derivados de la resolución serán apropiados y estarán en consonancia con los costes.

3. De acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses.

4. De los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario de servicios de pago solo abonará la parte proporcional adeudada hasta la resolución del contrato. Cuando dichas comisiones se hayan pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

5. Las disposiciones del presente art. se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el CC sobre los derechos de las partes a solicitar la declaración de nulidad del contrato marco.

Artículo 22:

1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el artículo 18 de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago.

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad. Cuando se haya convenido así, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones.

2. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados. El usuario de servicios 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. No obstante, 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.

3. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio utilizados en las operaciones de pago se aplicarán y calcularán de una forma neutra y que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago.

Los arts. 27 a 34 regulan las obligaciones de los usuarios de los servicios de pago y de los proveedores de los mismos.

A) OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE PAGO

Señala el art. 27 que el usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

a) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, en particular, en cuanto reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto; y

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

El art. 29 regula la notificación por el usuario de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente señalando:

1. Cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al proveedor de servicios de pago, a fin de poder obtener rectificación de éste.

2. Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono.

Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior distinto del contemplado en el párrafo anterior.

Por su parte, el art. 32 regula la responsabilidad del ordenante para el supuesto de operaciones de pago no autorizadas señalando:

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

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

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

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

Asimismo, el art. 44 se refiere a la responsabilidad del usuario del servicio de pago cuando la orden de pago se ejecuta de acuerdo con el identificador único, señalando:

1. Cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario especificado en dicho identificador.

2. Si el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago es inco-

recto, el proveedor no será responsable de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de la operación de pago.

No obstante, el proveedor de servicios de pago del ordenante hará esfuerzos razonables por recuperar los fondos de la operación de pago.

De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor podrá cobrar gastos al usuario del servicio de pago por la recuperación de los fondos.

3. Cuando el usuario de servicios de pago facilitara información adicional a la requerida por su proveedor para la correcta ejecución de las órdenes de pago, el proveedor de servicios de pago únicamente será responsable, a los efectos de su correcta realización, de la ejecución de operaciones de pago conformes con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago.

Se entiende por identificador único una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o ambos.

B) OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE PAGO

Señala el art. 28 que

El proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago cumplirá las obligaciones siguientes:

a) Cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario de servicios de pago facultado para utilizar dicho instrumento. En particular, soportará los riesgos que puedan derivarse del envío al ordenante tanto de un instrumento de pago como de cualquier elemento de seguridad personalizado del mismo.

b) Abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago.

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

c) Garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos

que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el art. 27.b), o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma, e

d) Impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el art. 27.b).

La prueba de que la orden de pago se ejecutó correctamente, para el supuesto de que el usuario niegue haber autorizado una operación o alegue que ésta se ha realizado incorrectamente, corresponde al proveedor de servicios de pago (art.30).

En relación con la prestación del consentimiento y retirada del mismo por el usuario, es preciso hacer referencia al art. 25 que señala:

1. Las operaciones de pago se considerarán autorizadas cuando el ordenante haya dado el consentimiento para su ejecución. A falta de tal consentimiento la operación de pago se considerará no autorizada.

El ordenante y su proveedor de servicios de pago acordarán la forma en que se dará el consentimiento así como el procedimiento de notificación del mismo.

2. El consentimiento podrá otorgarse con anterioridad a la ejecución de la operación o, si así se hubiese convenido, con posterioridad a la misma, conforme al procedimiento y límites acordados entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago.

3. El ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el art. 37. Cuando el consentimiento se hubiese dado para una serie de operaciones de pago, su retirada implicará que toda futura operación de pago que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada.

El art. 37 al que hace referencia el anterior, por su parte indica:

1. El usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante, salvo que se especifique otra cosa en el presente artículo.

2. Cuando la operación de pago sea iniciada por el beneficiario o a través del mismo, el ordenante no podrá revocar la orden de pago una vez que se haya transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento para que se ejecute la operación de pago.

3. No obstante, en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos

de devolución fijados en esta Ley, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos en la cuenta del ordenante.

4. En el caso en que el momento de recepción se corresponda con una fecha previamente acordada entre el usuario de servicios de pago que inicia la orden y su proveedor de servicios de pago, aquél podrá revocar la orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido.

5. Una vez transcurridos los plazos especificados en los apartados 1 a 4 anteriores, la orden de pago podrá revocarse únicamente si así se ha convenido entre el usuario de servicios de pago y su proveedor. En los casos indicados en los apartados 2 y 3 anteriores será necesario, además, el acuerdo del beneficiario. De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos por la revocación.

Para el supuesto de operaciones de pago no autorizadas el art. 31 regula la responsabilidad del proveedor en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 de la presente Ley, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

Asimismo, el proveedor de servicios de pago deberá devolver al ordenante la cantidad total correspondiente a operaciones de pago autorizadas, pero iniciadas por un beneficiario o a través de él, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cuando se dio la autorización, ésta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y

b) Dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

El art. 34 regula los plazos, que son los siguientes:

1. El ordenante podrá solicitar la devolución a que se refiere el art. 33 por una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través de él, durante un plazo máximo de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta.

2. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, el proveedor de servicios de pago deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

En el caso de adeudos domiciliados, dicha denegación no podrá producirse cuando el ordenante y su proveedor de servicios de pago hubieran convenido en el contrato marco el derecho de aquél a obtener la devolución, aun en el supuesto de que no se satisfagan las condiciones establecidas para ello en el art. 33.1.

Finalmente, los arts. 45, 46, 47 y 48 regulan la responsabilidad del proveedor de servicios en caso de no ejecución o ejecución defectuosa de las órdenes de pago en los siguientes términos:

Artículo 45:

1. En el caso de las órdenes de pago iniciadas por el ordenante, su proveedor de servicios de pago será responsable frente a aquél de la correcta ejecución de la operación de pago hasta el momento en que su importe se abone en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Producido este abono, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación.

En el caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante sea responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

Cuando el responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero de este art. sea el proveedor de servicios de pago del beneficiario, éste pondrá inmediatamente a disposición del beneficiario la cantidad correspondiente a la operación de pago, abonando, en su caso, la cantidad correspondiente en la cuenta de aquél.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del ordenante no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del ordenante tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados.

2. En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable de la correcta transmisión de la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, cuando la operación no se ejecute o se ejecute de manera defectuosa, por causa imputable a él, el

proveedor de servicios de pago del beneficiario reiterará inmediatamente la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante.

Además, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la gestión de la operación de pago. En particular velará porque, una vez abonada en su cuenta la cantidad correspondiente a la operación de pago, tal cantidad esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de producido dicho abono.

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, en las que, conforme a lo previsto en los dos párrafos anteriores, el proveedor de servicios de pago del beneficiario no sea responsable, la responsabilidad ante el ordenante por las operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente será del proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste, según proceda y sin demora injustificada, la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si la operación no hubiera tenido lugar.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del beneficiario no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del beneficiario tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados.

Artículo 46:

Sin perjuicio de las indemnizaciones adicionales que pudieran determinarse de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el usuario de y su proveedor, cada proveedor de servicios de pago será responsable frente a su respectivo usuario de todos los gastos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, sean de su responsabilidad, así como de los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de operaciones.

Artículo 47:

En caso de que la responsabilidad de un proveedor de servicios de pago con arreglo al art. 45 sea atribuible a otro proveedor de servicios de pago o a un intermediario, aquel podrá repetir contra el proveedor o intermediario responsable las posibles pérdidas ocasionadas, así como las cantidades abonadas. Ello sin perjuicio de otras compensaciones suplementarias que pudieran establecerse de conformidad con los acuerdos concluidos entre el proveedor de servicios de pago y sus intermediarios, y la legislación aplicable a los acuerdos concluidos entre ambas partes.

Artículo 48:

La responsabilidad establecida con arreglo a los Capítulos II y III de este Título no se aplicará en caso de circunstancias excepcionales e imprevisibles fuera del control de la parte que invoca acogerse a estas circunstancias, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos en sentido contrario, o en caso de que a un proveedor de servicios de pago se le apliquen otras obligaciones legales.

2) Análisis Jurisprudencial

Se comenzará mencionando en este punto la sentencia de la AP de Castellón de 12 de febrero de 2.000, por cuanto la misma hace referencia al beneficio que obtiene cada una de las personas que interviene en la emisión y uso de las tarjetas. Así indica *“no puede ocultarse que todos obtienen beneficio del uso de la tarjeta por su titular: el comerciante, el banco emisor y el sistema que autoriza el uso de la marca de la tarjeta y presta sus programas informáticos, interconectados a sus propios bancos de datos. Es lógico, por tanto, que respondan, precisamente por esa actividad de riesgo, frente al perjudicado titular de la tarjeta, cuando se producen utilizaciones ilegítimas de la misma, y que, como en el caso de autos, aparezcan flagrantes fallos de la seguridad del sistema. Y así, aún cuando la relación contractual parezca reducirse a la existente entre el comerciante adherido y sistema, y sistema o banco emisor, no cabe duda de que frente al perjudicado, cuando lo sea realmente, deberán responder, si no en pie de igualdad, si, en parte, por tratarse de fallos de seguridad del sistema; y conforme a la doctrina pacífica y constante de los Tribunales debiendo invertirse la carga de la prueba frente al perjudicado, para exonerarse cada uno de los elementos que configuran la relación, deberá probar haber obrado con la diligencia que le sea exigible”*.

En la sentencia de la AP de Huesca de 31 de octubre de 2.003 se recoge un supuesto en el que un particular detectó en determinada fecha que le habían sustraído la tarjeta de crédito; la Audiencia llega a la conclusión de que respecto a las operaciones posteriores a esa fecha responde la entidad bancaria, ya que se tuvo que anular de forma inmediata la disposición de la tarjeta, y, por las compras fraudulentas efectuadas con anterioridad a esa fecha, al cliente únicamente le es imputable un 50% , ya que se debió comprobar por los establecimientos vendedores la firma del titular de la tarjeta, por lo que en la cadena de responsabilidad no se le puede imputar la totalidad a dicho titular.

En muchas ocasiones, los contratos de tarjeta incluyen en sus cláusulas que sólo se exonera de responsabilidad al titular cuando el número PIN se obtuvo bajo coacción, entendida ésta como la fuerza física o moral ejercitada sobre la persona para doblegar su voluntad. Estas cláusulas se consideran por la Jurisprudencia, entre otras, sentencia de la AP de Baleares de 28 de mayo de 2.004, no proporcionadas ni equitativas, de tal suerte que si el consumidor acredita que empleó una diligencia media en la utilización y custodia de la tarjeta, no pueden recaer sobre él la totalidad de las consecuencias patrimoniales dañosas,

imputándole de forma automática un dolo, mala fe o culpa sin posibilidad de articular prueba en contrario.

Sentencia de la AP de Pontevedra de 15 de octubre de 2008: es de interés esta sentencia porque, además de definir el concepto de tarjeta y las clases de ellas, sintetiza las obligaciones y responsabilidades de los sujetos intervinientes en el uso de las mismas, y así señala respecto del **titular** que constituyen obligaciones suyas:

a) Utilizar el instrumento electrónico de pago en las condiciones aplicables a la emisión y utilización de tales instrumentos.

b) Adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del instrumento electrónico de pago y de los medios (número de identificación personal u otro código) que permitan su utilización.

c) Notificar sin demora al emisor (o a la entidad especificada por éste), en cuanto tenga conocimiento de ello, la pérdida o el robo del instrumento electrónico de pago o de los medios que permitan su utilización, el registro en su cuenta de cualquier transacción no autorizada, y cualquier error u otra anomalía en la gestión de su cuenta por parte del emisor.

Consecuentemente con lo anterior el titular de la tarjeta deberá responder:

a) En caso de pérdida o sustracción de su instrumento electrónico de pago, por los daños causados hasta el momento de la notificación, cuando haya actuado con negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

b) En caso de pérdida o sustracción de su instrumento electrónico de pago, por los daños causados después de la notificación, cuando haya actuado de mala fe.

c) En ningún caso responderá si el instrumento de pago se utilizó sin presentación física o identificación por medios electrónicos del instrumento mismo (art.46 de la Ley de Protección del Comercio Minorista).

Son obligaciones del emisor de la **tarjeta**:

a) No revelar el número de identificación personal del titular u otro código, excepto al propio titular.

b) No enviar un instrumento electrónico de pago no solicitado, excepto cuando se trate de la reposición de un instrumento electrónico de pago que ya poseía el titular.

c) Mantener un registro interno durante un periodo de tiempo suficiente para que quede constancia de las transacciones realizadas y se puedan rectificar posibles errores.

d) Garantizar la existencia de medios adecuados para permitir al titular efectuar la notificación de pérdida o robo de la tarjeta.

Consecuentemente la entidad emisora deberá responder:

a) De la no ejecución o de la ejecución defectuosa de las transacciones del titular.

b) De las transacciones no autorizadas por el titular, así como de cualquier error o anomalía atribuible al emisor en relación con la gestión de la cuenta del titular.

Son obligaciones del **establecimiento o entidad adherida**:

a) Cerciorarse de la identidad de la persona que exhibe la tarjeta y su coincidencia con el titular facultado para su uso, bien mediante la comparación de firmas, bien mediante el uso del número o código personal.

b) Conservar y remitir los resguardos o talones de compra acreditativos de las distintas operaciones realizadas.

Consecuentemente el centro adherido deberá responder:

a) De la utilización de las tarjetas por personas distintas de los titulares de las mismas, en el caso de negligencia en la comprobación de la identidad o de la firma.

b) De la pérdida de los resguardos acreditativos de la operación de que se trate.

La sentencia analiza un supuesto en el que el titular no fue del todo prudente cuando se produjo la sustracción, pero la mayor contribución al resultado fue ocasionada por el centro comercial que no comprobó la identidad y firma del presentante de la tarjeta, motivo por el que se considera que la responsabilidad corresponde al establecimiento concertado con la entidad emisora y, consecuentemente, ésta, que era la entidad demandante debe soportar la pérdida.

Sentencia de la AP de Madrid de 10 de octubre de 2007: la Caja de ahorros considera que no existe responsabilidad por su parte porque el **duplicado** de la tarjeta y la obtención del PIN no se realizó en instalación alguna de la misma. Por el contrario la Audiencia sí considera responsable a la entidad de crédito en base a la culpa in vigilando y derivada en el principio de asunción del riesgo, basado en su posición dominante, al controlar los medios tecnológicos desplegados para la efectividad y seguridad de los cajeros, lo que cubre el uso generalizado de las tarjetas en todo el sistema, sin exclusiones. Por otro lado, no consta negligencia en la titular de la tarjeta, y concretamente que hubiese facilitado el PIN a terceros.

En el mismo sentido y respecto de tarjeta clonada se pronuncia la sentencia de la AP de Córdoba de fecha 24 de julio de 2006, aunque en esta sentencia se reduce la responsabilidad civil de la entidad emisora.

Sentencia de la AP de Barcelona de 5 de junio de 2.009: se trata de un supuesto de sustracción de una tarjeta y posterior utilización en establecimientos mercantiles, se condena a los mismos al abono de la cantidad cargada en la cuenta del titular en base a que los centros mercantiles tienen unas obligaciones específicas como son la comprobación de la identidad del titular y usuario y la firma del mismo, a los efectos de evitar su uso fraudulento y carece de relación con la entidad emisora.

Sentencia de la AP de Madrid de 20 de noviembre de 2.008: estudia el supuesto de responsabilidad del titular de la tarjeta por falta de notificación en plazo de 24 horas de la pérdida o sustracción de la misma. Señala la sentencia que constituye praxis ordinaria el establecimiento de cláusulas en los contratos de utilización de las tarjetas donde se traslada la responsabilidad al titular por la utilización fraudulenta por terceras personas antes de la notificación de su pérdida, robo o extravío quedará limitada a 150 ecus (hoy euros) **si estos hechos se denuncian antes de transcurridas 24 horas de su acaecimiento** y siempre que no hubiera incurrido en negligencia grave. Sin perjuicio de otros supuestos, se entiende que concurre negligencia grave cuando el dato del PIN está de tal modo unido a la tarjeta que el robo o extravío de ésta conlleva información del PIN. La sentencia de la AP de Madrid de 28 de noviembre de 2.003 dice que la condición general fijada en estas cláusulas, en relación con la utilización de las tarjetas, en cuanto hace mención al plazo de 24 horas es abusiva y perjudica de manera desproporcionada al usuario que actúa de forma diligente denunciando sin demora, en cuanto tiene conocimiento de la sustracción o extravío, cuando en ese momento no puede ya hacer nada para evitar las sustracciones o disminuir la pérdida tanto si se han realizado en las 24 horas anteriores o en un plazo superior. Por el contrario, otras Audiencias Provinciales (Bilbao, sentencia de 22 de septiembre de 2.003; Castellón, sentencia de 26 de octubre de 1.997; Sevilla, 4 de octubre de 2.001) han admitido la indicada cláusula de exención de responsabilidad del Banco por entender en términos generales que la obligación de comunicación inmediata o urgente de la pérdida o sustracción no comporta para el titular una obligación desproporcionada o abusiva.

G) RESPONSABILIDAD POR USO FRAUDULENTO DE TARJETAS EN INTERNET

Cada vez es mayor el uso de las tarjetas como medio de pago a través de la red, y ello exponencialmente provoca que aumente el número de fraudes y lógicamente de denuncias y reclamaciones. Si cualquier fraude cometido utilizando instrumentos electrónicos presenta ciertas complejidades, cuando además se produce a través de la red, las dificultades de investigación y exigencia aumentan, porque no existirá presencia física ni utilización física de la tarjeta y porque normalmente las transacciones rebasarán el ámbito nacional.

En este apartado es de destacar la sentencia de la AP de Guipúzcoa de 31 de mayo de 2005 que realiza un interesante análisis del uso de tarjetas en Internet. En el caso estudiado en la sentencia, una empresa suscribió con un banco un contrato de apertura de cuenta corriente, un contrato de afiliación al programa de tarjetas de crédito, un contrato de afiliación al programa telepago 4B, instalándose un terminal Punto de Venta (TPV) y la asignación de una ubicación en la plataforma digital de pago 4B para poder operar en Internet. De conformidad con lo contratado la empresa además de admitir tarjetas con presentación física por medio de la TPV, realizaba operaciones a través de Internet en la modalidad Secure Socket Layer (SSL), que se trata de un protocolo que utiliza Netscape para proporcionar transacciones seguras a través de Internet, en las que no está presente el cliente, y en las que la falta de presencia física de la tarjeta se sustituye por teclear el número de la misma y su fecha de caducidad. Los titulares de las tarjetas (que eran extranjeros) rechazaron los cargos por no haber hecho las compras motivo por el que el sistema procedió a anular los mismos, y como la empresa ya había dispuesto de las cantidades que le había facturado a su entidad bancaria, ésta procedió a la reclamación judicial.

La importancia de esta sentencia reside en que se va a delimitar quién debe soportar las consecuencias de operaciones realizadas a distancia por Internet, cuando los dígitos de las tarjetas que se facilitaron para llevar a cabo aquellas no lo fueron por los que realmente eran sus titulares.

En esta materia es de aplicación la normativa ya señalada al plantear la cuestión de las normas reguladoras de estos instrumentos mercantiles; más, por su especificidad, también debe hacerse referencia, en este apartado, a la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que, aunque en el art. 13 señale que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el Ordenamiento Jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley; el art. 14 trata de la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso e indica: “los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificando los datos o seleccionando éstos o a los destinatarios de dichos datos. No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante la transmisión”. Asimismo, debe referenciarse la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica.

Cuando un cliente presenta una tarjeta de crédito en un establecimiento, éste tiene una serie de obligaciones, como son la verificación de la vigencia de la tarjeta de crédito, que la misma no haya sido manipulada o alterada, pasar la tarjeta por el TPV y pulsar los datos, verificar la conformidad de la transacción conforme indique el TPV y recoger la firma del titular en la factura de venta o en el tique que imprime el TPV comprobando que

coincide con el de la tarjeta. Toda esa mecánica no se produce en el sistema para operar por Internet, donde lo que se hace es asignar una ubicación en una plataforma digital, donde las transacciones suelen ser SSL, y no SET (Secure Electronic Transaction), que se trata de un protocolo creado y publicado por Visa y MasterCard, con el fin de permitir la realización de transacciones electrónicas a través de la red.

En la sentencia comentada de la AP de Guipuzcoa la empresa vendedora alegó que había cumplido con todas sus obligaciones conforme al sistema que le habían instalado, el cual le permitía hacer ventas sin la presencia física del cliente y sin pasar la tarjeta de crédito por el TPV que les instaló el banco. Señala la sentencia que las operaciones con tarjeta a través de Internet son beneficiosas tanto para los empresarios como para las entidades bancarias, ya que con las mismas se puede alcanzar un mayor volumen de operaciones y acceder a un mercado que de otra manera sería inaccesible. En contrapartida a estas ventajas, es preciso adoptar una serie de precauciones para evitar posibles fraudes, como son solicitar la identidad del titular de la tarjeta que va a ser usada y que la mercancía o servicio prestado se entregan a aquel, o al destinatario que se haya indicado, de conformidad con lo dispuesto en el contrato; por ello si la empresa no comprobó estos extremos es la responsable de las contingencias que puedan surgir como consecuencia de dicha negligencia.

En este mismo sentido la sentencia de la AP de Madrid de 22 de junio de 2.004 señala que los riesgos derivados del sistema de Internet deben ser asumidos por todos aquellos que utilizan la red, y más si se incumple con las obligaciones suscritas en los contratos con las entidades bancarias.

H) DEFENSA CIVIL DEL PERJUDICADO POR USO FRAUDULENTO DE TARJETAS EN EL PROCESO PENAL

El objeto del presente análisis es apuntar soluciones jurídicas que permitan un efectivo resarcimiento del perjudicado por el uso fraudulento del dinero de plástico, y concretamente dentro del procedimiento penal.

En el proceso penal, salvo reserva o renuncia del perjudicado, la acción civil debe ser ejercitada con la acción penal. No cabe ninguna duda que el responsable penal lo es también civil de los daños y perjuicios causados; consecuentemente ya se considere perjudicado al titular de la tarjeta, a la entidad de crédito o al establecimiento comercial, el condenado deberá resarcirlos civilmente en los perjuicios ocasionados.

Pero en el proceso penal también está previsto que respondan civilmente, por los daños ocasionados, terceras personas que no han participado en el hecho delictivo. Este es el supuesto que reviste mayor interés en el presente trabajo.

De considerarse que el perjudicado, titular de la tarjeta, ha sido imprudente (porque ha sido descuidado en la custodia de la misma, del PIN etc.) bastará con solicitar que el res-

ponsable penal lo indemnice en el perjuicio sufrido, sin realizar ningún otro tipo de pronunciamiento. La mismo cabe decir si los perjudicados son la entidad de crédito o el establecimiento comercial y ya inicialmente aparecen como tales en el procedimiento por haber repuesto al titular de la tarjeta en el saldo previo al hecho delictivo.

La problemática se plantea cuando el titular de la tarjeta aparece en el procedimiento como el perjudicado material y sin embargo su conducta ha sido diligente y el comportamiento negligente, en el perjuicio sufrido, es atribuible a la entidad de crédito o al establecimiento comercial.

El código penal español permite, como ya se ha indicado, que terceros ajenos al hecho delictivo, respondan civilmente de las consecuencias del mismo. Pero para poder exigir esta responsabilidad de terceros debemos hallarnos ante alguno de los supuestos previstos en el código penal, pues, evidentemente, el resarcimiento de estos terceros no puede quedar a criterios voluntaristas de una mayor o mejor protección de la parte más débil, y ello sin amparo jurídico.

En el ordenamiento jurídico penal la forma de exigir que la entidad de crédito o el establecimiento comercial resarzan al titular de la tarjeta deberá arbitrarse a través de los mecanismos previstos para la responsabilidad civil subsidiaria en el art. 120.3 y 4 C.P.

De los dos supuestos indicados el previsto en el número cuarto será raramente aplicable a estos supuestos porque normalmente ni los empleados de las entidades bancarias, ni los de los establecimientos comerciales habrán participado en el hecho delictivo.

En consecuencia parece que el mecanismo jurídico que permita exigir responsabilidad civil al banco o comercio infractores será a través de la previsión establecida en el art. 120.3 CP Siendo así es necesario analizar si dicho precepto da cobertura a la exigencia de responsabilidad civil a dichos agentes, y ello en el ámbito del proceso penal.

Señala el indicado precepto que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: “Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”. Deben ser estudiados los elementos exigidos en el indicado precepto para poder valorar si se cumplen los requisitos para poder exigir responsabilidad a entidades de crédito o establecimientos comerciales por el uso fraudulento de tarjetas.

A estos efectos es esclarecedora la reciente sentencia del T.S. de 16 de julio de 2009 que señala: “*los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal de-*

lito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna “infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad”, debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros; d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible la concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria”. En el mismo sentido sentencias del TS 1140/2005 de 3.10, 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2 y 229/2007 de 22.3. Continúa indicando la mencionada sentencia que la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta de simple disposición adoptada por quien sea autoridad, y que la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

Como se puede apreciar la interpretación jurisprudencial de la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos es claramente amplia porque, por un lado por infracción de reglamentos puede llegar a entenderse incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, y por otro porque no es preciso determinar quien fue la persona física infractora, bastando con determinar que ha existido infracción y que ésta es imputable a dueño del establecimiento o a cualquiera de sus dependientes.

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 120.3 a los fraudes cometidos mediante la utilización de tarjetas, no parece que presenten mayores dificultades doctrinales aquellos supuestos en los que el fraude se comete en el interior del establecimiento bancario, o de sus cajeros aunque se hallen en el exterior del mismo, ni en establecimientos mercantiles, pues en estos casos parece evidente que el fraude se cometió “en los establecimientos de los que sean titulares”, y ello se trate de tarjetas clonadas en el cajero, de disposiciones en el interior del banco, de compras en establecimientos comerciales, etc.

Por el contrario, se presentan mayores dudas cuando se realizan operaciones fuera de los establecimientos, especialmente en los, cada vez más numerosos supuestos, en los que no existe una presentación física de la tarjeta (Internet); en estos supuestos (salvo que

se pruebe que los datos de la tarjeta se obtuvieron fraudulentamente en el establecimiento bancario-casi siempre en el cajero- o en el establecimiento mercantil) se podrá excepcionar a la exigencia de la responsabilidad civil del art. 120.3 que, con independencia de otra excepción que se puedan alegar, ningún hecho se ha producido en el interior del establecimiento. Considero que “el sistema” a través del cual se desarrollan los cobros y pagos mediante instrumentos electrónicos forma un conjunto en el que están interconectados multitud de agentes que se benefician, como ya se ha indicado, de las ventajas del mismo, motivo por el que, a mi juicio, no debe realizarse una interpretación restrictiva de establecimiento, debiendo abarcar en esta materia, el conjunto del operativo que permite el funcionamiento del sistema.

En el sentido indicado la sentencia del TS de 10 de mayo de 2005 señala: *“a la hora de incardinar el supuesto en el artículo 120.3, se tropieza con el hecho de la inexistencia de ninguna infracción por parte de los empleados o directivos de las entidades bancarias. Pero no obstante ello, la ley civil, sobre la que los tribunales penales pueden pronunciarse en acciones de esta naturaleza dimanantes del delito, impone una obligación o responsabilidad civil “ope legis”*. Es decir, se puede acudir a infracciones del ordenamiento civil para poder aplicar la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 120.3 CP.

Responsabilidad civil de compañías de seguros: normalmente existirá cobertura de seguro para el caso de uso fraudulento de las tarjetas que cubrirá los riesgos que se pacten, pero que generalmente serán los siguientes: falsificación de la tarjeta asegurada (su relieve, banda magnética, incluso facturas abonadas..); uso fraudulento del número de la tarjeta asegurada; utilización indebida de la tarjeta asegurada, enviada por la entidad emisora pero no recibida por el titular y, por tanto, falsificada en cuanto a la firma; atraco/expoliación del metálico extraído de los cajeros automáticos con presentación de denuncia; uso fraudulento de la tarjeta por terceras personas, siempre que haya sido perdida, robada, extraviada. Se suele fijar un periodo de cobertura hasta que se produce la notificación del titular al emisor de la tarjeta, salvo excepciones justificadas que impidan al titular efectuar la comunicación.

En estos supuestos la exigencia de responsabilidad civil a las compañías aseguradoras no presenta, en el procedimiento penal, dificultad alguna, estando prevista la petición de dicha responsabilidad en el art. 117 del CP. Consecuentemente en el proceso penal deberá requerirse a la entidad emisora para que aporte póliza que cubra la responsabilidad civil por el uso fraudulento de la tarjeta, y tras su estudio proceder a exigir, en su caso, que asegure las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo.

Una cuestión práctica que puede plantear serias dificultades a la hora de definir y fundamentalmente traer al procedimiento a los responsables civiles subsidiarios es la relativa a la existencia de un **fraude en el que han intervenido gran cantidad de establecimientos comerciales**, con un importe relativamente pequeño en cada uno de ellos, y en el que se constata que los mismos no han procedido con la diligencia debida, fundamental-

mente en el momento de identificar a los clientes. En estos supuestos no debe trasladarse al titular de la tarjeta (que ha procedido correctamente) dicho problema, y consecuentemente se tratará de una cuestión interna entre la entidad bancaria y el establecimiento comercial, pero de la que tiene que quedar al margen el titular de la tarjeta. Lo mismo podría aplicarse para el supuesto de insolvencia del establecimiento, pues el sistema operativo está integrado por dichos agentes, y no debe recaer sobre el titular prudente de la tarjeta la carga de acreditar cada uno de los peldaños en los que se pudo haber cometido el error que finalmente dio lugar a que sufriese la desposesión patrimonial.

D) MEDIDAS CAUTELARES EN FASE DE INSTRUCCIÓN

La responsabilidad civil hasta ahora comentada viene presuponiendo que la misma, y concretamente, por su trascendencia a la hora de un efectivo resarcimiento, la de los responsables civiles subsidiarios, debe ser determinada (lógicamente no existiendo acuerdo previo) en la sentencia que resuelva la cuestión penal y civil. Este planteamiento puede, y de hecho va a ser así, suponer que la víctima del delito, aún cuando sea previsible que será finalmente resarcida por alguno de los responsables civiles (de no serlo por el condenado), deberá “soportar la situación” hasta que se dicte sentencia.

Evidentemente, durante la instrucción del procedimiento y sin una sentencia condenatoria no se puede declarar la responsabilidad civil de los terceros, pero sí se pueden adoptar medidas cautelares respecto de los mismos, que pueden tener un doble cometido. Por un lado, el cometido propio de cualquier medida cautelar, es decir asegurar el contenido de un posible fallo condenatorio en lo que a la responsabilidad civil afecta. Pero, además, la adopción de una medida de este tipo en una temprana fase procesal puede producir el efecto, mucho más interesante desde la perspectiva del perjudicado, de que se “aclare” (dado el pronunciamiento judicial) la posición de los distintos responsables civiles, y, consecuentemente, se facilite algún tipo de resarcimiento ya en esa fase. En este sentido no debe ser descartable que la existencia de un pronunciamiento judicial (aún provisional) en el sentido de que por parte de la entidad emisora se han incumplido o, al menos, relajado, los deberes propios de su posición dominante, puede facilitar que la misma, o más claramente la compañía de seguros, ofrezcan algún tipo de acuerdo indemnizatorio al perjudicado.

La LECrim regula en los arts. 615 y siguiente la exigencia, en fase de instrucción, de responsabilidad civil a terceros ajenos a los hechos delictivos. En esta pieza separada dichos terceros podrán defender sus pretensiones, y el juez resolverá finalmente a tenor, en su caso, de la prueba practicada. Este incidente puede llegar a ser del mayor interés a los efectos, anteriormente indicados, de que el responsable civil renuente “pueda apreciar” los elementos probatorios y los razonamientos jurídicos que determinan que deba responder civilmente (y ello sin perjuicio de su derecho a la repetición contra otros, en su caso) de las consecuencias del hecho delictivo.