

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y MEDIOS DE PAGO: HACIA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE INSTRUMENTOS DE PAGO ELECTRÓNICOS

Mariliana Rico Carrillo*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los primeros pasos en la protección de los pagos con tarjetas en la contratación electrónica III. La unificación de normas tras la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago. III. El régimen de protección de los usuarios de instrumentos de pago electrónico.

I. Introducción

Uno de los aspectos que más preocupación causa en el ámbito de la contratación electrónica, particularmente cuando ésta se lleva a cabo a través de Internet, está relacionado con el uso de los medios de pago y la protección que debe otorgarse a los usuarios de estos instrumentos. El desconocimiento de los usuarios sobre sus derechos, sobre los mecanismos de seguridad que rodean este tipo de operaciones y sobre las normas de protección en el uso de los mecanismos electrónicos de pago aún sigue siendo un obstáculo que frena el crecimiento de la contratación electrónica.

. Entre las cuestiones que se plantean en relación protección de los usuarios de los instrumentos de pago en el ámbito de la contratación y el comercio electrónico destacan la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de la transacción, la privacidad en las operaciones y la prevención sobre el uso fraudulento de los medios de pago (1). La seguridad jurídica precisa el estudio de la actuación de cada uno de los sujetos que intervienen en la operación de pago a efectos de determinar a quién corresponde la responsabilidad en caso de posibles fallos técnicos o por transgresiones en el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas legales o contractuales, ello implica la definición previa de los derechos y obligaciones de las partes a efectos de determinar a quién corresponde la responsabilidad ante una determinada actuación.

Aun cuando el esfuerzo de los organismos europeos en garantizar la protección de los usuarios de instrumentos de pago electrónico 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 pago, 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 (2).

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, profesora titular de Derecho Mercantil, Universidad Católica del Táchira (Venezuela).

La Directiva sobre servicios de pago otorga una adecuada protección a los usuarios de los instrumentos de pago electrónicos al regular el contenido y la forma del contrato de emisión de estos instrumentos, definir las obligaciones de cada una de las partes y establecer el régimen de responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas. En las siguientes líneas nos ocupamos del estudio de esta norma y su relación con la adecuada protección que debe otorgarse a los usuarios de instrumentos de pago en el ámbito de la contratación electrónica.

II. Los primeros pasos en la protección de los pagos con tarjetas en la contratación electrónica

Antes de la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago, las normas orientadas a proteger los pagos realizados mediante instrumentos electrónicos de pago estaban contempladas en dos Directivas comunitarias dictadas con la finalidad de proteger a los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia.

En primer lugar debemos hacer mención a la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (3), dictada con la finalidad de aproximar las disposiciones de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia entre consumidores y proveedores. Esta Directiva constituye el "primer paso legislativo" (4) en la protección de los consumidores que utilizan técnicas electrónicas de comunicación a distancia en la contratación de bienes y servicios. Una de las normas más importantes incluidas en esta Directiva es precisamente la orientada a proteger a los usuarios de instrumentos electrónicos de pago en el ámbito de la contratación electrónica. Las disposiciones que permiten al consumidor solicitar la anulación del cargo en caso de uso fraudulento de las tarjetas en el comercio electrónico fueron establecidas por primera vez en el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE. El precepto citado obligó a los Estados miembros a incorporar en sus legislaciones normas que permitieran al consumidor solicitar la anulación del cargo en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago, en particular cuando ésta se hubiese utilizado para realizar un pago derivado de la celebración de un contrato a distancia. Antes de la aprobación de esta Directiva, no existía regulación protectora de los pagos en el ámbito específico de la contratación electrónica.

Aún cuando la introducción de esta norma representó un avance en la protección de los consumidores que efectuaban pagos con tarjeta en el marco de la contratación electrónica, la incorporación de la disposición en los diferentes Derechos nacionales, planteó algunos inconvenientes de aplicación en la práctica relacionados con la determinación de la responsabilidad de las partes en caso de transacciones no autorizadas o fraudulentas, originando diversas y contradictorias decisiones jurisprudenciales. En el caso de España, la norma fue incorporada originalmente en el artículo 46 de La Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, reformada en 2002 con la finalidad de incorporar a sus disposiciones la normativa contenida en la Directiva 97/7/CE (5). El principal problema que se presentó con la aplicación de esta norma es que no indicaba ante quién debía exigir el consumidor la anulación del cargo, recordemos que en las tarjetas existe una relación triangular que se articula sobre la base de diferentes contratos, el titular está unido con el emisor a través

del contrato de emisión, el emisor con el aceptante a través del contrato de aceptación o afiliación y el titular con el aceptante a través del contrato de cambio que da origen a la obligación de pago (6); la existencia de estas relaciones y la imprecisión de las normas citadas originaron dudas sobre el sujeto que debía asumir los riesgos de las operaciones no autorizadas. Los resultados derivados de la aplicación de estas normas fueron diversos, en unos casos los jueces determinaron que el riesgo lo debía asumir el emisor y en otros el aceptante del instrumento de pago, tampoco estaba claro ante quién debía el consumidor presentar su reclamación (7). Otro problema que suscitó la aplicación de estas normas es que no exigían más que el uso fraudulento o el cargo indebido para que el consumidor pudiera solicitar la anulación del cargo, sin mencionar la diligencia del titular en la custodia y uso del instrumento de pago (8).

La segunda norma protectora de los consumidores que efectuaban pagos con tarjetas en el ámbito de la contratación electrónica la encontramos en 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, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (9). Esta Directiva se dicta con la finalidad de completar la regulación del Derecho comunitario en materia de contratación a distancia con consumidores, ante la exclusión expresa de los servicios financieros de la Directiva 97/7/CE (esta exclusión obedece las características propias de estos servicios que exigen una regulación especial y diferenciada). Las previsiones destinadas a proteger los pagos con tarjeta estaban originalmente contenidas en el artículo 8 de la Directiva 2002/65/CE; esta norma impuso a los Estados miembros la obligación introducir en sus legislaciones las medidas apropiadas para que el consumidor pudiera solicitar la anulación del pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta en el caso de la contratación electrónica de servicios financieros y se le restituyeran las sumas abonadas en concepto de pago. La incorporación de esta norma en los respectivos Derechos nacionales adolecía de las mismas críticas indicadas en el caso anterior (10).

III. La unificación de normas tras la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago

Con la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago, se produce la derogación de las normas incluidas en las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE orientadas a proteger a los consumidores que efectuaban pagos con tarjetas en el ámbito de la contratación electrónica de bienes y servicios y de la contratación electrónica de servicios financieros. Esta derogación obedece a la necesidad de proporcionar un tratamiento uniforme en los pagos a través de estos mecanismos, tanto en la contratación electrónica como en la contratación tradicional. La derogación de las citadas normas se produjo por conducto de los artículos 89 y 90 de la Directiva sobre servicios de pago que en forma expresa suprimieron los respectivos artículo 8 de la Directiva sobre comercialización a distancia y artículo 8 de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, ante la necesidad de adoptar disposiciones oportunas y adecuadas para proceder a una asignación de pérdidas en caso de operaciones de pago no autorizadas (11). La normativa actual sobre la responsabilidad de las partes en caso de operaciones de pago no autorizadas o fraudulentas se encuentra establecida en los artículos 60 y 61

de la Directiva sobre servicios de pago y es aplicable tanto al ámbito de la contratación electrónica como al de la contratación tradicional.

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 miembros. 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 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.

Entre la variedad de servicios regulados por la normativa sobre servicios de pago se encuentran los instrumentos electrónicos de pago y las operaciones ejecutadas mediante tarjetas. La protección de los usuarios de instrumentos de pago electrónico 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, con el fin de proporcionar la seguridad jurídica tan demandada en este ámbito.

III. El régimen de protección de los usuarios de instrumentos de pago electrónico

Bajo el esquema de la Directiva comunitaria, la adecuada protección de los usuarios de los instrumentos de pago se estructura sobre la base de tres pilares fundamentales: 1) la regulación del contrato que rige la emisión y utilización del instrumento de pago, 2) la delimitación de los derechos y obligaciones de las partes, y 3) el establecimiento de las normas sobre responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas. A continuación abordamos el estudio de cada uno de estos aspectos en particular.

La regulación del contrato marco

Uno de los aspectos más importantes de la normativa sobre servicios de pago aplicable los instrumentos de pago, lo encontramos en la regulación del denominado "contrato marco". Hasta el momento de la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago, los contratos de instrumentos electrónicos de pago sólo habían sido objeto de regulación en diversas Recomendaciones europeas (12). No obstante los avances que pudiera representar la elaboración de este tipo de normas, las medidas adoptadas en citadas normas resultaron insuficientes, de ahí la necesidad de establecer una regulación jurídica de carácter vinculante aplicable a este tipo de contratos.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

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". Dentro de los servicios de pago incluidos en el ámbito de regulación de la Directiva 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 similares (13). 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.

La Directiva sobre servicios de pago 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 proveedor del servicio de pago (14), y del otro, con el usuario (que puede ser un empresario o un consumidor).

La norma comunitaria distingue entre el usuario y el consumidor. El artículo 4 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, ya que 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 mayor.

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 la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

1.1. El deber de información previa

Entre los principales objetivos de la Directiva 2007/64/CE, se menciona la necesidad de establecer un marco jurídico armonizado para los servicios de pago. 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.

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 pago.

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". El deber de información se encuentra ampliamente regulado en los artículos 41 y 42.

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.

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 contrato (15). 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 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

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.

1.2. 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. De acuerdo con esta norma, 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 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.

1.3. 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. La información es agrupada en siete categorías que se refieren a los siguientes aspectos:

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.

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 sucursales, 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.

b) Las condiciones de utilización del instrumento de pago

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. 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, 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.

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, comisiones y el tipo de cambio aplicable (en el caso de operaciones en divisas).

En los gastos aplicables a los instrumentos de pago electrónicos, 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. La normativa sobre servicios de obliga al emisor a especificar de forma clara y precisa los importes de las comisiones, 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.

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. 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 del instrumento de pago 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, 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.

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 Directiva sobre servicios de pago en su artículo 55.2 regula el bloqueo del instrumento de pago, permitiendo al emisor ejercer el derecho de impedir la utilización 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.

f) Modificaciones contractuales y derecho de resolución

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 sobre la aceptación de las modificaciones contractuales y el derecho de resolución, especificadas en los artículos 44 y 45 respectivamente.

El artículo 44 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. El precepto regula la forma en que ha de realizarse la propuesta y las condiciones para que ésta se considere aceptada.

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 Directiva sobre servicios de pago también establece las condiciones que han de regir la resolución del contrato. Estas normas están incluidas en el artículo 45 y se introducen principalmente con la finalidad de permitir la movilidad de los usuarios y estimular la competencia en el mercado de los servicios de pago. Las reglas contenidas en el artículo 45 permiten al usuario 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.

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, han de respetarse las normas del Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (16) 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 habitual (17).

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 materia (18).

1.4. 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 cuantía (19), 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 pago (20). 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.

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

2. Obligaciones relacionadas con la utilización del instrumento de pago

2.1. Obligaciones del proveedor

Las obligaciones analizadas en el epígrafe anterior corresponden al proveedor del servicio de pago y están directamente relacionadas con el deber de información sobre el contenido del contrato marco 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 el instrumento de pago ha sido emitido. Estas obligaciones están establecidas en el artículo 57 de la Directiva sobre servicios de pago y se establecen con la finalidad de proteger al usuario de la utilización indebida del instrumento de pago. De acuerdo con el contenido de esta norma, el proveedor 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

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

este deber, el proveedor deberá cerciorarse que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago sólo sean accesibles para el usuario.

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. 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 al instrumento de pago.

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 instrumentos de pago, en particular en el caso de las tarjetas. La Directiva sobre servicios de pago 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. 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 norma comunitaria 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.

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 61 de la Directiva de servicios de pago.

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 Directiva sobre servicios de pago 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 55.2, este precepto faculta al proveedor 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 extraviado (21), 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 proveedor, 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 56 de la Directiva sobre servicios de pago. Esta disposición contempla dos deberes básicos: 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

La primera obligación del usuario se circunscribe a la utilización del instrumento de pago de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato marco 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 es acorde con la naturaleza jurídica de las tarjetas de pago, catalogas por la doctrina como títulos de legitimación (22). 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 custodia (23).

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

El segundo apartado del artículo 56 de la Directiva sobre servicios de pago 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 Directiva sobre servicios de pago, representa uno de los mayores avances legislativos en la materia y 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 instrumentos de pago 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” (24).

El TS español 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 utilizations indebidas de tarjetas, aún sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío” y en razón de esta circunstancia puede impedir que continúe la utilización fraudulenta mediante el bloqueo preventivo de la tarjeta. Las consideraciones del TS español son acordes con las normas de la Directiva sobre servicios de pago 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.

3. Responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas

Las reglas que regulan la responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas se encuentran establecidas en los artículos 60 y 61 de la Directiva sobre servicios de pago. Estas normas establecen un sistema de distribución de responsabilidad entre el proveedor 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 primer apartado del artículo 60, al tratarse de operaciones de pago no autorizadas, el proveedor del instrumento de pago tiene la obligación de 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. En el contrato marco se podrán establecer otro tipo de indemnizaciones económicas aplicables a estos casos.

El artículo 61 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 en caso de operaciones realizadas con instrumentos robados o sustraídos, siempre que no haya habido actuación fraudulenta de su parte. De acuerdo con las previsiones del artículo 61.1, 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 grave, de las obligaciones de protección de los elementos de seguridad del instrumento de pago y de la notificación sobre el extravío, sustracción o utilización 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, así lo dispone el artículo 61.4. El usuario también podrá exonerarse de responsabilidad, cuando el emisor no tenga disponibles los medios adecuados para la notificación del extravío o robo del instrumento, tal como lo prevé el artículo 61.5.

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.

Referencias

- (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.
- (2) DO L **319 de 5 de diciembre de 2007.**
- (3) DOCE L 144 de 4 de junio de 1997
- (4) ANCOS FRANCO, Helena: "La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los servicios financieros: una perspectiva de Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001 , p. 629.
- (5) En el año 2007, la regulación de los contratos a distancia contenida originalmente en la LOCM, fue incorporada en el Título III del Libro II del 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 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).
- (6) El estudio de estas relaciones ha sido objeto de análisis previo. Vid. RICO CARRILLO, Mariliana: "El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 3, marzo 2000, pp. 3-44.
- (7) La responsabilidad por el uso no autorizado o fraudulento de las tarjetas establecida originalmente en el artículo 46 de la LOCM fue debatida en diversas sentencias produciendo resultados contradictorios, en algunos casos los jueces determinaron que la reclamación debía presentarse ante el emisor del instrumento de pago, en otros se afirma que los reclamos derivados de operaciones no autorizadas o fraudulentas deben presentarse ante el aceptante. Estas cuestiones también fueron objeto de amplios debates por la doctrina en relación con el antiguo artículo 46 de la LOCM, llegando a la conclusión que en estos casos era frente a la entidad emisora ante quien se debían presentar las reclamaciones, en razón del contrato de tarjeta que une al titular con el emisor del instrumento de pago (contrato de emisión), aunque finalmente quien asume el riesgo es el aceptante como consecuencia de la retrocesión de la operación de pago. 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 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, pp. 319-371.

- (8) La falta de exigencia de la diligencia del titular en la custodia del instrumento, fue fuertemente criticada por la doctrina, pues como es sabido, los supuestos más frecuentes de uso fraudulento en las operaciones comerciales electrónicas se llevan a cabo a través del envío del número de la tarjeta y la fecha de caducidad, lo cual permitía a cualquier persona que estuviera en posesión del instrumento realizar operaciones de pago, supuesto que sin lugar a duda daba lugar a la anulación. Vid. RAMOS HERRANZ, Isabel: "Contratación bancaria electrónica", en BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.): *Comercio electrónico y protección de consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 817. En palabras de esta autora: *"Es criticable igualmente que no se aluda en ningún momento a la diligencia del titular de la tarjeta en el uso de la misma, (que es extremadamente importante (p.e. la comunicación de la pérdida o robo de la tarjeta a la entidad emisora), para concederle el derecho de anulación del cargo"*.
- (9) DOCE L 271 de 9 de octubre de 2002.
- (10) En el caso de España, esta norma fue incorporada en el artículo 12 de la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007)
- (11) Considerando núm. 35 de la Directiva sobre servicios de pago.
- (12) 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); 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. 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.
- (13) Vid. Anexo de la Directiva sobre servicios de pago
- (14) Entre los sujetos que pueden ser proveedores de servicios de pago se encuentran las entidades de crédito y las entidades de dinero electrónico. Las entidades de dinero electrónico están reguladas 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

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DO L 275 de 27.10.2000). En la actualidad, esta Directiva 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. 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://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0627:FIN:ES:HTML>> [cita: 14 de octubre de 2010]

- (15) 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.
- (16) DO L 177 de 4 de julio de 2008.
- (17) 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. <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33109_es.htm> [cita: 14 de octubre de 2010]
- (18) 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. Este instrumento introduce una importante reforma en este ámbito, ya que permite en forma expresa que el procedimiento arbitral se lleve a cabo a través de mecanismos electrónicos.
- (19) 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".

- (20) 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.
- (21) 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.
- (22) 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.
- (23) 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.
- (24) Sentencia 792/2209 de la Sala I del Tribunal Supremo español, de 16 diciembre de 2009. <<http://sentencias.juridicas.com/docs/00318000.html>> [cita: 14 de octubre de 2010]