



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

EJECUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO: NUEVOS MEDIOS DE PAGO PARA EL CONSUMIDOR

Alumno: María Muñoz Esteban

Junio, 2017

RESUMEN

Nos encontramos en la era de las redes, la sociedad del conocimiento y de la revolución digital. Estamos en continua evolución y cambio, hemos modificado el cómo llevar a cabo nuestras costumbres, nuestras tradiciones, en la mayor medida esto ha sido posible gracias al provecho de la integración de los distintos medios que tenemos a nuestro alcance, como la red Internet, que hace que podamos cubrir nuevas necesidades.

La implementación de Internet ha sido el principal causante de la aparición de diversos conceptos, tal es el caso de: comercio electrónico, contratación electrónica, dinero electrónico, entre otros. Nuevas denominaciones que han permitido transformar costumbres, necesidades y la forma de hacer negocios. De modo tal, Internet se ha convertido en una herramienta esencial e indispensable en la vida de cualquier persona. Delimitando el ámbito y objeto de nuestro estudio, uno de los campos donde más se ha visto esta evolución ha sido en el desarrollo del comercio electrónico en la era digital. Concepto que engloba actividades de diversa índole como la promoción, la publicidad de productos y servicios, el marketing, el soporte post-venta, la investigación de mercados, la contratación electrónica, entre otros. Así pues, centrándonos en esta última, podemos llevar a cabo una transacción de compra de productos o contratación de servicios por vía electrónica y sin tener presencia física entre las partes contratantes. En este proceso contractual, una de las novedades de mayor calado y que en el momento actual está en proceso de evolución es la referida a los sistemas de pago electrónicos que hacen posible que se pueda ejecutar la relación contractual.

PALABRAS CLAVE

Comercio electrónico, contratación electrónica, pagos electrónicos, tarjetas bancarias, dinero electrónico.

ABSTRACT

We are living the age of networks, the so-called knowledge society and the digital revolution. We are constantly changing and we have modified our customs and habits. All of this has mostly been possible thanks to the advantage of the integration of different tools and instruments, such as Internet, which enable us to meet our needs.

Internet has been the main cause of new concepts, such as the e-commerce, electronic contracting, electronic money etc. These new advances have made it possible to change our customs, our needs and our way of trading and doing business. Hence, Internet has turned into an essential tool in our day-to-day life.

Once the scope of our study has been determined, we will focus our attention on the development of the e-commerce which is part of the digital era. In this way we can make a purchase or hire a professional service electronically and without having a face to face relationship with the other contracting party. This contractual relationship is possible thanks to electronic payments which are the most important advances nowadays.

KEYWORDS

E-commerce, electronic contract, payments, bank cards, electronic money

Contenido

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I. EL COMERCIO ELECTRONICO Y LA CONTRATACIÓN ELECTRONICA.....	9
I.1. Delimitación conceptual. Comercio electrónico y contratación electrónica.	9
I.2. La contratación electrónica.	10
2.1. Rasgos definitorios	10
2.2. Elementos de la contratación por medios electrónicos.....	11
2.3. Fases de la contratación electrónica.....	12
I. 3. Ejecución del contrato electrónico. Especial referencia a los nuevos medios de pago.....	15
CAPITULO II. LAS TARJETAS BANCARIAS	17
II.1. Concepto, funciones y naturaleza jurídica	17
II.2. Clasificación.....	20
II.3. Relaciones jurídicas que se establece en el uso de la tarjeta.	22
3.1. Relación emisor –titular	23
3.2. Relación entre el emisor y el establecimiento asociado.	27
3.3. Relación entre el emisor y la entidad de franquicia.....	29
3.4. Relación entre el titular y establecimiento asociado.	31
II.4 Régimen jurídico de los medios de pago electrónicos.	31
CAPITULO III. EL DINERO ELECTRONICO	35
III.1. Concepto y regulación.....	35
III.2. Elementos subjetivos.	38
III.3. Relaciones contractuales entre los sujetos intervinientes.....	40
CONCLUSIONES	45
CASO PRÁCTICO	48
BIBLIOGRAFIA	50

ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
BOE.	Boletín Oficial del Estado.
CC.	Código Civil.
C.Com.	Código de Comercio.
CE.	Comisión europea.
CGC.	Condiciones generales de contratación.
Coord.	Coordinador.
Coords.	Coordinadores.
Dir.	Director.
DNI.	Documento Nacional de Identidad.
Ed.	Editorial.
LCCC.	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCC.	Ley 19/1985, de 16 de Julio, Cambiaria y del Cheque
LCGC.	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
LDE.	Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.
LFE.	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
LGDCU.	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.
LGP.	Ley 34/1988, 11 de noviembre, General de Publicidad.
LMRS.	Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

LOCM.	Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
LOPD.	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
LSP.	la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago.
LSSI.	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.
NFC.	Near Field Communication (Comunicación de campo cercano)
NIP.	Número de identificación personal.
PIN.	Personal Identification Number (Número de identificación Personal).
Pág.	Página.
pp.	Páginas.
RD.	Real Decreto.
ss.	Siguientes.
TEF.	Transferencia Electrónica de Fondos.
TPE.	Terminales de Pago Electrónico.
TIC.	Tecnologías de la información y la comunicación.
TPV.	Terminal de punto de venta.
UE.	Unión Europea.
Vid.	Véase.
VV.AA.	Varios Autores.

INTRODUCCIÓN

El auge de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha permitido la creación y avance de los medios de pago electrónicos requeridos para la incentivación de la actividad económica y la ejecución de las transacciones mercantiles, bien mediante la implantación de nuevos medios de pago o bien con la adaptación de los instrumentos existentes al nuevo entorno digital. Esto ha permitido que podamos apreciar una disminución de la importancia de los medios de pago tradicionales, al tiempo que los pagos electrónicos van adquiriendo más repercusión e interés. Siendo una de las ventajas esenciales de los mismos, la mayor celeridad en la prestación del servicio de pago.

La contratación electrónica, como un servicio de la Sociedad de la Información, precisa para su ejecución de mecanismos que permitan realizar el pago, contraprestación derivada de la adquisición de productos o contratación de servicios por medios electrónicos. La importancia de este hecho para el comercio, justifica el estudio y análisis de los distintos modelos e instrumentos de pago con los que esta acción se puede llevar a cabo en el entorno telemático. Y, de forma particular, por cuanto se trata de una materia que está cambiando las estructuras tradicionales existentes en cuanto a las entidades de crédito. Ello ha hecho, entre otros aspectos, que el legislador tenga que ampliar este concepto para incluir las nuevas entidades de dinero electrónico. Pues ha de tenerse en cuenta que, junto a la posibilidad de ejecutar el pago de un contrato electrónico mediante las habituales tarjetas bancarias (de débito o de crédito) o las transferencias de fondos, se habilitan otras herramientas que permiten utilizar dinero en el ámbito telemático.

El desarrollo e integración de las nuevas tecnologías, como el certificado digital, la firma electrónica, el pago mediante dispositivos móviles (tecnológica NFC), el dinero electrónico u otras técnicas similares, permite concluir que no estamos ante una materia delimitada expresamente. Sino que, por el contrario, sigue avanzando a fin de alcanzar la forma idónea para poder llevar a cabo el *iter* contractual por medios electrónicos de manera segura y con las garantías adecuadas.

Con este estudio, el objetivo que nos proponemos alcanzar es analizar y estudiar en profundidad la ejecución del contrato electrónico desde la perspectiva de la parte contratante, en razón de lo cual nos basamos en el pago de la transacción. Así como, realizar una comparativa que nos permita comprender jurídicamente los aspectos novedosos y los que, por el contrario, son semejantes en la aplicación de los medios de

pago tradicionales y otras modalidades de pago electrónicas (dinero electrónico). Por lo que, se pretenden estudiar dos sistemas de pago: uno es el pago realizado con tarjeta bancaria, pago de índole tradicional con algunas novedades en su funcionamiento tras el avance de las nuevas tecnologías, y por otro lado, el pago mediante el dinero electrónico. Analizando en ambos, la naturaleza que los define, los sujetos intervinientes y las relaciones jurídicas que derivan de los mismos, con el fin de poder extraer conclusiones sobre su consideración jurídica, entre otros, de los medios de pago en la actualidad.

Para poder alcanzar los objetivos señalados, hemos partido del análisis del desarrollo de la sociedad de la información y, en concreto, la contratación electrónica, así como la emersión de los medios de pago electrónicos. Para la consecución de nuestro fin nos hemos encontrado con ciertas dificultades, en algunos casos, debido a la inminente novedad de algunos medios de pago. No obstante, para ello hemos analizado la normativa comunitaria en el ámbito de los sistemas de pago y comercio electrónico en las Directivas europeas, también las diferentes normativas internas en cuanto a este ámbito, así como recomendaciones y circulares del Banco de España. El análisis normativo se ha complementado con el de resoluciones judiciales vinculadas a nuestro tema. Si bien, este estudio ha sido realizado atendiendo a la realidad del momento, por lo que debido a las continuas modificaciones y al mercado emergente de los nuevos medios de pago, así como a las nuevas tecnologías, somos conscientes de que surgirán nuevas formas de pago electrónico en un futuro.

El trabajo que se presenta está dividido en tres partes. En la primera, se ofrece una delimitación de los términos comercio electrónico y contratación electrónica, con la pretensión de aclarar la fácil confusión entre ambos. A continuación se desarrollan los aspectos que distinguen la contratación electrónica, sus rasgos definitorios y sus fases. Dedicándonos con mayor detenimiento al objeto de nuestro trabajo, la ejecución del contrato electrónico, haciendo especial referencia a los nuevos medios de pago. La segunda, se dedica al medio de pago tradicional desde una perspectiva social, pero que puede ser utilizado tanto en el comercio tradicional como en el comercio electrónico, cual es el uso de las tarjetas bancarias como forma de realizar el pago en las transacciones celebradas por medios electrónicos. La tercera, abarca el estudio del dinero electrónico partiendo del análisis de la regulación que le es aplicable, además de la valoración de las relaciones jurídicas entre los distintos sujetos intervinientes en esta modalidad de pago.

El trabajo se concluye con un caso práctico centrado en la aparición de la nueva tendencia del pago electrónico a través de tarjeta de débito y su conexión con la red social de Facebook.

CAPITULO I. EL COMERCIO ELECTRONICO Y LA CONTRATACIÓN ELECTRONICA.

I.1. Delimitación conceptual. Comercio electrónico y contratación electrónica.

El comercio electrónico es la actividad económica que se genera por medios electrónicos y a la que se le aplica las normas del comercio tradicional y, además, las normas específicas del medio por el que se desarrolla¹. Es decir, es un nuevo método de realizar el comercio clásico utilizando los recursos que las Nuevas Tecnologías de la Información y la comunicación, las TICs, ponen al alcance. La observancia del ‘principio de la aplicación del Derecho preexistente’ hace que el régimen jurídico aplicable al comercio electrónico sea el derecho que regula el comercio tradicional, además de complementarse con las respectivas especialidades del medio utilizado para esta modalidad comercial. Nos referimos, a la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico². Los presupuestos contenidos en esta norma completan la legislación existente, pero con un uso limitado debido a la utilización de los medios electrónicos para determinadas transacciones y sin cambiar las disposiciones de derecho sustantivo.

Cuando hablamos de comercio electrónico, podemos pensar que se trata de un comercio que es llevado a cabo por medio de Internet, pero no es ésta una afirmación absoluta, en cuanto que un acto de comercio en el que interviene un medio electrónico, con independencia de que intervenga o no la Red de redes puede ser una acción de comercio electrónico. Por su parte, la contratación electrónica es una parte esencial del comercio electrónico pero no debemos confundir estos dos términos entre sí. La contratación electrónica es la que completa y finaliza el ciclo de las oportunidades que un prestador de servicios de la sociedad de la información puede ofrecer en la Red.

Ahora bien, podemos distinguir distintas clases de comercio electrónico, los cuales han sido clasificados atendiendo a diferentes criterios³. En razón de los sujetos intervinientes, puede ser: entre empresarios (Business to Business, B2B); entre un empresario y un consumidor (Business to Consumers, B2C); entre un empresario y la

¹ ARIAS POU, M., *Manual Práctico de Comercio electrónico*. Ed: La ley, 2009, pp. 41-46.

² Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI. BOE núm. 166 de 12 de Julio de 2002).

³ BOTANA GARCIA, G.A., “Noción del comercio electrónico”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed La Ley, Madrid, 2001, pp. 5-64.

Administración (*Business to Administrations, B2A*), entre otros. En el presente trabajo, nos vamos a centrar en el comercio electrónico entre empresarios y consumidor.

El consumidor o usuario es la persona que disfruta, utiliza o adquiere bienes, productos o servicios de cualquier naturaleza, pero debiendo ser destinatario final⁴. Por tanto, no se considerarán como tal los sujetos que adquieren, almacenan, utilizan o consumen bienes o servicios para una posterior venta. Es decir, con el fin de integrarlos en un proceso de producción para su transformación, o bien para su comercialización, o como prestación a terceros.

En cuanto al objeto del comercio electrónico, hay que atender a la realización de la operación comercial, éste podrá ser: comercio electrónico directo en los casos en los que toda la operación se efectúa por medios electrónicos⁵; o indirecto si la conclusión de la misma precisa de los medios tradicionales (*off line*). Este tipo está condicionado por la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, ya que a veces no permite el desarrollo completo de éste por medios *on line* porque requiere entrega física o material del bien o del servicio contratado.

I. 2. La contratación electrónica.

2.1. Rasgos definitorios.

La Directiva 2000/31/CE, se ocupa de la regulación en general de la contratación electrónica en el ámbito comunitario⁶. En primer término, recoge el deber de los Estados miembros de velar por garantizar la celebración de los contratos por vía electrónica⁷; así como, las materias excluidas de los contratos electrónicos, y los deberes de información previa y posterior. En razón de estas disposiciones, el legislador nacional define el contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica como: la relación contractual que se lleva a cabo por medios electrónicos y el almacenamiento de sus datos está conectado a una red de comunicaciones, tanto la oferta como la aceptación del consumidor. Se trata de un contrato llevado a cabo sin la presencia física de las partes,

⁴ Art. 1 apartado 3 del RD 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 (en adelante, LGDCU. BOE núm. 287, de 30/11/2007).

⁵ Un ejemplo de comercio electrónico directo sería la adquisición de un libro electrónico por internet, pues todo el proceso se realiza a través del medio electrónico.

⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el Mercado Interior(Directiva sobre comercio electrónico. DOUE núm. 178, de 17 de julio de 2000), de 8 de junio de 2000.

⁷ Arts. 9 a 11 de la Directiva 2000/31/CE.

por vía electrónica y a través de medios conectados por una red de telecomunicaciones. Las dos características esenciales de la contratación electrónica van a ser: que es una relación a distancia, es decir sin presencia física simultánea de las partes contratantes en el momento de la perfección del contrato; y que se concluye a través de redes telemáticas. Teniendo en cuenta estas características, cabe indicar que para que un contrato sea electrónico debe de haberse perfeccionado por vía electrónica, es decir que concurra la oferta y la aceptación, por medios electrónicos.

La LSSI otorga al contrato electrónico los mismos efectos de validez dispuestos en el ordenamiento jurídico, así se regirán por la norma específica y por las disposiciones vigentes en el ámbito civil y mercantil. Sobre todo en relación con atención a las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. Con carácter general, las normas a tener en cuenta en la contratación electrónica son: normas sobre protección de datos de carácter personal⁸; normas que regulan los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimientos mercantiles⁹; normas aplicables a los contratos con condiciones generales de la contratación¹⁰; la LGDCU y otras leyes complementarias; normas sobre publicidad¹¹; normas referentes a la seguridad¹².

2.2. Elementos de la contratación por medios electrónicos.

Los elementos principales que cabe hacer referencia respecto de los contratos que se concluyen a través de medios electrónicos van a ser: de un lado, los personales que son los sujetos contratantes que intervienen en el proceso de contratación; de otro, los reales en cuanto al objeto de la contratación que pueden ser bienes o servicios; y, por último, los formales que hace referencia a la forma en que debe perfeccionarse el contrato.

En cuanto a los primeros, en los contratos electrónicos las partes contratantes pueden ser los empresarios, los consumidores y las Administraciones Públicas que, utilizando las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, desarrollan relaciones contractuales a través de medios electrónicos. Los sujetos que en su actividad profesional

⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (en adelante, LOPD. BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999).

⁹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (en adelante, LOCM. BOE núm. 15 de 17 de Enero de 1996).

¹⁰ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCG. BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998).

¹¹ Ley 34/1988, 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP. BOE núm. 274 de 15 de Noviembre de 1988).

¹² Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante, LFE. BOE núm. 304 de 20 de Diciembre de 2003).

prestan servicios o bienes a terceros son los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Y el destinatario del servicio es la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información (contrato electrónico mercantil). Así como, hay que hacer especial mención al consumidor, como parte de los contratos de consumo.

En cuanto a los elementos reales, los servicios de la sociedad de la información incluyen la contratación electrónica de bienes y/o servicios en su amplia acepción. Estos servicios los conforman, además de la contratación electrónica, el comercio electrónico, la información y publicidad y los servicios de intermediación.. Aunque conviene tener en cuenta que para que se trate de un servicio de la sociedad de la información ha de prestarse a título oneroso o que esté relacionado con la actividad económica del prestador; a distancia y por vía electrónica; y a petición individual del destinatario¹³.

Finalmente, en cuanto a los elementos formales en el caso de la contratación electrónica, como norma general se prioriza la aplicación del principio de libertad de forma¹⁴. El documento electrónico se ha equiparado a efectos de prueba y de validez de los contratos al documento en soporte papel¹⁵. Excluyéndose de forma expresa los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones aquellos en los que la Ley determina para su validez o para la producción de determinados efectos, la forma documental pública, o que requieran, por la regulación específica de los contratos, negocios o actos jurídicos, la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas.

2.3. Fases de la contratación electrónica.

Las fases que conforman el proceso de contratación por medios electrónicos van desde la etapa previa en la que se recibe información y se hace la oferta de la posible transacción mercantil, hasta que se celebra o perfecciona el negocio jurídico, momento a partir de cual comienza a exigirse el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes, como lo es el pago del mismo. Ahora bien, la fase de ejecución del contrato es la última fase en la que se realiza el pago como contraprestación a la adquisición de un bien o, en su caso, a la contratación de un servicio y al ser el objeto de nuestro estudio, se estudiará en un apartado distinto.

¹³ Anexo apartado a) de la LSSI.

¹⁴ Art. 1278 del CC.

¹⁵ Art 23.3 de la LSSI.

La etapa previa a la celebración del contrato es aquella en la que las partes definen cuáles serán los términos a convenir. El prestador de servicios de la sociedad de la información, junto a los deberes generales, adquiere dos obligaciones específicas de información en la realización de un contrato electrónico. No suponiendo estas obligaciones específicas la exención de la observancia de las obligaciones generales¹⁶. La razón de ello consideramos que se halla en la ausencia de la presencia física simultánea de las partes contratantes, y la agilidad que proporciona el medio electrónico en la contratación. De esta forma, las obligaciones de información anteriores al contrato representan una garantía para una contratación que se presenta, en un principio, como insegura y que inspira poca confianza a los consumidores y usuarios.

El deber previo de información consiste en proporcionar antes de la contratación, la información relativa a los extremos recogidos en la norma¹⁷, cuales son: los trámites que se han de seguir para el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en el que se formalice o si éste va a ser accesible; y el idioma en el que podrá formalizarse el contrato. Existen dos excepciones a este deber: cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de los tenga la consideración de consumidor, o que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal deber. Esta última apreciación entendemos que trae su causa en que la contratación realizada por correo electrónico o por otro medio de comunicación equivalente, implica un dialogo entre las partes contratantes que reduce el riesgo y la inseguridad que para la parte contratante débil, el consumidor¹⁸.

Tras esta fase preliminar, surge la perfección o celebración del contrato electrónico. Esta etapa define y establece el acuerdo de voluntades, con claridad y precisión para que las partes tengan certeza del objeto del contrato, de sus términos y de sus efectos. En el caso de los contratos electrónicos, aplicando la teoría general de los contratos¹⁹, los requisitos esenciales para la existencia de un contrato son: el consentimiento, el objeto del contrato y la causa. El consentimiento de los contratantes se establece como el concurso de la oferta y de la aceptación, declaraciones de voluntad

¹⁶ Art 10 de la LSSI.

¹⁷ Art 27 de la LSSI.

¹⁸ Arts. 10 y 11 de la Directiva 2000/31/CE.

¹⁹ Art 1255 CC (teoría general de los contratos) y específicamente lo desarrolla la LSSI en su art 23. (validez y eficacia).

dirigidas a alcanzar un acuerdo sobre la prestación de un servicio o la adquisición de un bien. La LSSI destaca que la oferta deberá contener todos los requisitos exigidos y especificar el plazo durante el cual está vigente. Además, respecto a los contratos electrónicos, hay que tener en cuenta que normalmente son de adhesión, en el cual el sujeto aceptante se limita a manifestar su voluntad respecto a los términos previstos por el predisponente y sin posible negociación.

En cuanto al objeto, hemos de acudir a las disposiciones del derecho común y pueden serlo cualquier bien o servicio. La cuestión será que, dependiendo de su naturaleza, éste pueda prestarse enteramente por medios electrónicos o, en su defecto, requiera de una entrega materia del objeto del contrato.

En lo que concierne a la causa de los contratos, se trata de la prestación asumida por cada parte. Así, mientras que una parte abona la cantidad correspondiente a la retribución del producto adquirido o del servicio contratado, la otra parte es la que lo realiza.

Una de las principales cuestiones respecto de la celebración del contrato electrónico es que, no estando las partes físicamente, hay que determinar el momento y lugar en el que se entiende perfeccionado el contrato. La nueva redacción que la LSSI ha dado a los arts. 54.1 del C.Com y 1262.2 CC, ha superado la controversia que la disparidad de previsiones establecía, permitiendo afirmar que los contratos civiles y mercantiles celebrados entre ausentes se perfeccionan atendiendo al criterio del conocimiento. Por lo que, se perfecciona el contrato cuando el oferente conoce la aceptación, pero con la presunción de que se entenderá que conoce cuando no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.

En cuanto al lugar de celebración, es relevante para determinar la competencia del juez que ha de conocer en los litigios y para la aplicación de legislación aplicable. A este aspecto, se establece una regla especial diferenciando según intervenga o no un consumidor²⁰. Así, el lugar de celebración cuando intervenga un consumidor se entenderá donde éste tenga su residencia habitual. De otro modo, a falta de pacto, se presume celebrado en el lugar en el que este establecido el prestador de servicios.

²⁰ Art. 29 de la LSSI.

En el momento de celebrar el contrato, también resulta relevante la necesidad de que el prestador cumpla con el deber de información posterior²¹ y que consiste en una confirmación de la recepción de la aceptación por alguno de los siguientes medios: el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación; o la confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. Salvo que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor; y en el caso de que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

I.3. Ejecución del contrato electrónico. Especial referencia a los nuevos medios de pago.

La celebración de un contrato electrónico hace que las partes contratantes asuman el cumplimiento de los compromisos contenidos en el mismo, lo cual se lleva a término en la fase de ejecución de la relación negocial. En cuyo caso, como se ha adelantado, hay que diferenciar entre el comercio indirecto y el directo. En el primer caso, la ejecución del contrato admite formas convencionales de pago, tal es el caso del pago contra reembolso. Mientras que en el comercio electrónico directo, las fases del *iter* contractual se producen por medios electrónicos, siendo fundamental en este sentido las nuevas modalidades o instrumentos de pago habilitados por la implementación de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación. Respecto al objeto del presente trabajo, nos interesa el deber de realizar el pago como consecuencia del contrato de adquisición de un bien o la contratación de un servicio.

Existen un gran número de instrumentos de pago que permiten el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias a través de Internet, aunque no todos gozan de una implantación práctica efectiva. Tampoco existe unanimidad doctrinal o legal en su concepción. Las nuevas tecnologías hacen posible la concreción de instrumentos

²¹ Art 28 de la LSSI.

financieros o de giro mercantil bajo la modalidad electrónica que circulan por las redes cumpliendo funciones específicas y facilitando el cumplimiento de las obligaciones de la contratación electrónica.

No obstante, el objeto fundamental de nuestro estudio se centrará en dos de los medios de pago esenciales de los contratos electrónicos: la tarjeta bancaria que, pese a ser un medio tradicional, es de naturaleza electrónica; y un nuevo medio de pago específico del ámbito telemático, el dinero electrónico. Es por ello, por lo que le vamos a dedicar a cada uno de ellos una parte específica en este trabajo. Pudiendo hacer una comparativa y extraer conclusiones de ambos, tarjeta y dinero electrónico, en cuanto a similitudes o diferencias respecto a la naturaleza jurídica de la cual derivan.

CAPITULO II. LAS TARJETAS BANCARIAS

II.1. Concepto, funciones y naturaleza jurídica.

Las tarjetas bancarias presentan una variedad de modalidades, además de la amplia gama de servicios que ofrecen y la continua incorporación de otros, lo cual hace difícil poder dar una definición unitaria del concepto. No obstante, la existencia de un elemento común a todas ellas, ha permitido a la doctrina dar una delimitación conceptual amplia²². Así, algunos consideran que la tarjeta bancaria²³ no es más que un instrumento que aparece en relación con un contrato entre el titular de la entidad emisora y el cliente bancario en el que se recogen las condiciones de uso de tarjeta²⁴. Es decir, se trata de un documento probatorio que faculta a su titular a presentarlo ante un comerciante con la finalidad de utilizarlo como medio de pago para la adquisición de bienes y/ o servicios en cualquier establecimiento²⁵. Otros, sin embargo, han valorado el aspecto técnico entendiendo que se trata de un documento materializado en un soporte de plástico como una banda magnética o un chip informático²⁶. O, en un sentido amplio, lo definen como un documento de plástico que incorpora una serie de datos (número de identificación personal (NIP) en la banda magnética o chip o también nombre de la tarjeta, nombre del emisor o gestor , nombre del titular, firma , fecha de caducidad”)²⁷.

²² Entre los autores cabe destacar a BERNAL JURADO, E., *El mercado español de tarjetas de pago bancarias: situación actual y perspectivas*. Ed. Civitas, 2001, pág 52. Otros autores como CARRASCOSA LOPEZ, RODRIGUEZ DE CASTRO, E.P, V POZO ARRANZ, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual* 3.ª ed. Granada: Comares, 1999, pág. 42;

²³ Hacemos referencia a tarjetas bancarias de manera genérica, para designar cualquiera de las modalidades de tarjeta emitida por una entidad Financiera (por ejemplo: de crédito, de debito entre otras modalidades) para no confundirla con cualquier tarjeta emitida por otra empresa, por ejemplo en el caso del Corte Inglés, este emite sus propias tarjetas de crédito, por lo que este caso es ajeno al estudio del presente trabajo

²⁴ GOMEZ SANCHEZ, A., *El sistema de tarjeta de Crédito*. Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 2; MORENO NAVARRETE, M. A., *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A., 2002, pp.122 y ss.

²⁵ MARIO GOFFAN, C., *Tarjetas de Crédito. Análisis contractual, problemática procesal y pena.*: ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires ,2000, pág. 12 y ss.

²⁶ Cuando una tarjeta lleva este chip informático, es una tarjeta inteligente. GETE ALONSO y CALERA., *Las tarjetas de crédito. Relaciones Contractuales y conflictividad*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. Pág 11. Por otra parte DI MARCHI, “*Carte di crédito e carte bancaire*”, En banca Borsa e Titoli di Credito, III, Milan 1970, la define como un documento que faculta al poseedor bajo una previa imposición de una firma sobre la factura o documento contable similar del bien o servicio que se adquiere en los establecimientos asociados, a cuyo pago queda obligado el remitente de la carta.

²⁷ GÓMEZ MENDOZA, M., “Tarjetas bancarias”; en VV.AA., *Contratos Bancarios*, coord. GARCÍA VILLAVARDE, R., Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 373

Por un lado, consideran que se asiste a una superación del concepto tradicional de las tarjetas de crédito²⁸, y hay tarjetas que desempeñan tales otras funciones porque reflejan diversas prestaciones debidas a sus titulares, pero no la facilitación de pagos de deudas de dinero. Por tanto, éstas no podemos clasificarlas o considerar tarjetas bancarias.

Por otro lado, existe un sector que consideran que la tarjeta de débito no es más que un “documento mercantil, instrumental y electrónico, mediante el que su titular tiene acceso a una cuenta corriente bancaria a la que está asociada y, en consonancia con ella, puede realizar operaciones cuyo pago atiende dicha cuenta”²⁹.

La tarjeta puede tener una triple función económica, ya que actúa como instrumento de facilitación del pago, sustitutivo del dinero en efectivo en la adquisición de bienes y servicios; instrumento de garantía; e instrumento de crédito, en el caso de las tarjetas de crédito. Además, tiene una función económica adicional, como medio que permite al titular obtener dinero en efectivo, por medios electrónicos (uso de la tarjeta en cajeros automáticos). Ahora bien, debemos distinguir entre el uso de la tarjeta para obtener dinero únicamente (de cajeros o por el servicio de ventanilla) y para realizar pagos (a través de establecimientos adheridos). Aunque en la actualidad hay propuestas que permiten llevar a cabo la primera funcionalidad a través de estos últimos. En este sentido, si atendemos a las formas de utilizar una tarjeta, cabe indicar la distinción entre las tarjetas utilizables como medio de facilitación de pagos en los establecimientos del emisor (bilaterales), las utilizables en los establecimientos adheridos al sistema (trilaterales) y las utilizables en unos y otros establecimientos (plurilaterales)³⁰.

Centrándonos en el ámbito jurídico, la tarjeta bancaria hay que definirla partiendo del concepto de la relación contractual de la que deriva, en cuyo caso se trata de un negocio complejo de crédito plurilateral de contribución sucesiva, múltiple e integrado por adhesión y de cumplimiento continuado diferido y/o periódico³¹. Hablamos de negocio complejo, en cuanto que se ven involucrados varios contratos autónomos entre

²⁸ SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil II*. Ed: Mc Graw Hill, Madrid, 2004 pp. 332 y ss.

²⁹ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho informático*, ed. Aranzadi, 2008, pp. 294 y ss

³⁰ DE ARRILLAGA, J. I., *La tarjeta de crédito Revista de Derecho Privado*, núm. 65, septiembre. Madrid, 1981, 784-804, especialmente, pp.791 y ss. Otros autores, sin embargo, no expresan esta distinción, a pesar de considerar la tarjeta de crédito de la misma forma: GÓMEZ MENDOZA, M., Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito, en *estudios en Homenaje a Joaquín Garrigues II*, Madrid 1971, pp. 391 y ss.

sí, con un fin común pero con efectos diversos. Existe una escasa legislación sobre el uso de la tarjeta bancaria, a pesar de que en la actualidad el uso está muy consolidado. No obstante, conviene tener presente que ha sido la propuesta de reforma del Código de comercio la que ha establecido una expresa definición por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: *“Las tarjetas son instrumentos materiales que incorporan un dispositivo electrónico, emitido en ejecución de un contrato con el emisor, cuya presentación y uso conforme a lo establecido en el contrato de emisión permite al titular de la tarjeta efectuar los actos o las operaciones determinados en ese contrato”*³². Es decir, estamos ante instrumentos con un dispositivo electrónico que permite al titular de la misma efectuar los pagos u operaciones determinadas, conforme a lo acordado en el contrato previo de emisión de la tarjeta³³. En resumen, se trata de un medio de pago electrónico que permite a sus titulares obtener bienes o servicios en los establecimientos adheridos al sistema sin la necesidad de realizar los pagos en efectivo³⁴, así como la obtención de dinero en efectivo en los cajeros automáticos y ventanillas de las entidades, lo que nos lleva a eliminar el carácter intransmisible.

En cuanto a la naturaleza jurídica y refiriéndonos a las tarjetas que incorporan un microprocesador o banda magnética que contiene la información referida con anterioridad, no entendemos que la tarjeta sea un documento de legitimación intransmisible, aunque el código secreto sea vinculado a una persona. Pues el simple hecho de que el titular consienta a un tercero que la utilice, es una forma de legitimarle para realizar el pago con su propia tarjeta.

Al tratarse de un documento de legitimación se considera que es un título impropio, ya que permite a su titular el ejercicio de unos derechos derivados de un contrato que previamente ha celebrado con el emisor de la misma (entidad de crédito), y cuyos límites vienen en el propio contrato. Ahora bien, esta consideración puede ser válida en el caso del uso de tarjeta como un título real. Es decir, en la función de medio de pago, cuando medie la firma autorizada o de algún documento de identidad que legitime que el titular es el que realiza el uso de la misma. En este supuesto, la

³² Art 661.1 de la propuesta de reforma del Código de Comercio.

³³ Contrato firmado entre la entidad bancaria y el titular de la tarjeta, en el cual se recogen todas las condiciones del funcionamiento de la tarjeta unidas a otros contratos, necesarios que hacen posible su funcionamiento.

³⁴ NUÑEZ LOZANO, P., *La tarjeta de crédito*. Ed. Colección estudios. Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, pp.27 y ss.

consideración de ésta cambiaría, ya que estamos ante un título directo³⁵, puesto que reconoce el derecho en él incorporado a una persona determinada, nominativo, intransferible y de eficacia temporal. Pero esta consideración, no se sustenta para el caso en el que para la utilización de la tarjeta sea necesaria un código secreto o número PIN, por cuanto el titular puede permitir el uso a un tercero, con la sola autorización o facilitación del número secreto.

II.2. Clasificación.

Las tarjetas electrónicas de pago pueden ser clasificadas en variadas categorías teniendo en cuenta diferentes criterios³⁶. La clasificación más utilizada de la tarjeta es haciendo referencia al número de relaciones jurídicas que se producen en ellas, es decir los sujetos que intervienen en el proceso de emisión y utilización de la misma. Si bien, también es posible establecer una catalogación según la clasificación de la operación económica jurídica que representen.

El presente trabajo se centra en la distinción de las tarjetas en razón de los elementos personales que intervienen en la operación, y atendiendo a las prestaciones que son exigibles por sus titulares en función de lo que refleje en documentos. En el primer caso, y a pesar de la disparidad de criterios, entendemos que pueden ser: bilaterales y trilaterales³⁷. Por su parte, en función de las prestaciones exigibles, las tarjetas de crédito pueden ser utilizadas como medio de facilitación de los pagos en establecimientos propios del emisor y en otros establecimientos (que no son los propios del emisor).³⁸. Por tanto, podemos distinguir: las tarjetas cuya relación jurídica nace entre la entidad emisora de la tarjeta y el titular de la misma, económicamente denominadas bilaterales³⁹. Por otro lado, están las tarjetas utilizadas en los establecimientos adheridos al sistema, económicamente denominadas trilaterales⁴⁰ estas no son utilizables como medio de facilitación de los pagos del emisor, sino en otros.

³⁷ Se plantea el ejemplo de Air Travel Card del Universal Air Travel Plan (UATP, “*Air Travel Card del Universal Air Travel Plan*”, este ejemplo describe como una tarjeta de crédito emitida por alguna de las compañías de navegación aérea asociadas al Plan y que permite al portador usar del servicio de transporte de la compañía emisora o de alguna de las restantes compañías con evitación del pago al contado.

³⁸ El caso de las tarjetas de crédito configuradas como bilaterales que han devenido a ser trilaterales

³⁹ BERNAL JURADO, E., *El mercado español de...* op.cit., pp.55 y ss

⁴⁰ BOQUERA MATARREDONA, J., “El impago de la deuda por la entidad emisora de la tarjeta de crédito” en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, 1ª ed , pp. 385 y ss.

En este tipo de tarjetas intervienen como mínimo tres sujetos: la entidad emisora y /o gestora de la tarjeta, el titular de la tarjeta y los establecimientos o personas que aceptaran la tarjeta como medio de pago. Consecuencia de lo cual, surgen tres tipos de relaciones contractuales: un contrato entre la entidad emisora y/o gestora de la tarjeta y el titular de la tarjeta; otro contrato entre la entidad emisora y/o gestora y el establecimiento que se adhiere al sistema; y un contrato de cambio, en el que el titular de la tarjeta presenta al establecimiento en el momento y a los efectos del pago en cumplimiento de una obligación que tiene con este último.

Atendiendo al segundo criterio de distinción, la mayor parte de las tarjetas bancarias habilitan a sus titulares para conseguir otras prestaciones, específicamente la obtención de dinero en efectivo⁴¹ y otros servicios que son ofrecidos por el emisor. Es decir, la tarjeta de crédito es un medio de facilitación de pagos de deudas, aunque también puedan existir tarjetas que además de esta función principal, accesoriamente desempeñe otras funciones por razón de las otras prestaciones que se han acordado y prometido a sus titulares. Ahora bien, en el caso de las tarjetas utilizables como medio de facilitación de los pagos en los establecimientos adheridos al sistema, estas muestran el derecho a encargar al emisor la realización de los pagos de las deudas de dinero contraídas por sus titulares hacia los establecimientos adheridos. Por lo que, cabe aludir a tarjetas de crédito en sentido estricto o con función crediticia y tarjetas de crédito configuradas como tarjetas de débito o de cargo⁴². De un lado, las tarjetas de crédito en sentido estricto es un instrumento de pago mediante el cual la entidad emisora y/o gestora se compromete frente al titular de la tarjeta de crédito a la concesión de un crédito y al pago de las facturas por las compras realizadas mediante el uso de la misma en un establecimiento adherido al sistema y en algunos casos a prestarle otros servicios complementarios. En este tipo de tarjetas se fija un límite máximo de disponibilidad que no debe sobrepasar el titular durante un periodo de tiempo determinado⁴³. Durante el periodo establecido, el titular puede efectuar pagos en establecimientos comerciales y obtener dinero a través de la red de cajeros automáticos. Una vez concurrido el tiempo acordado, el titular de la

⁴¹ Obtención de dinero en efectivo, bien en oficinas del emisor, e incluso en las de sus colaboradores independientes, con el concurso de auxiliares, o bien a través de máquinas expendedoras, cajeros automáticos.

⁴² Distinción propuesta por NUÑEZ LOZANO, P., *La tarjeta de...* op.cit. pp 28 y ss.

⁴³ Autores como PLAZA PENADÉS, J., *Contratación electrónica y pago electrónico*. (En el derecho nacional e internacional), en VV.AA. *Contratación y comercio electrónico*, dir. ORDUÑA MORENO, F. J., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 414 y ss.

tarjeta de crédito tienen la obligación de reintegrar a la entidad emisora y/ o gestora de la tarjeta la cantidad de crédito que haya dispuesto.

En sentido opuesto, las tarjetas de configuradas como tarjetas de débito o de cargo se configuran como un instrumento de pago electrónico que facilita el acceso a los fondos que el titular de la misma tiene depositados en una cuenta bancaria. Es decir, se trata de un instrumento de pago asociado a una cuenta corriente del titular, con el que el titular tiene acceso a sus propios fondos depositados en su cuenta corriente⁴⁴. Razón por la que, si no existiera saldo disponible en la cuenta o si se exceden los límites estipulados para la operación, la tarjeta no permitirá el pago. Las tarjetas bancarias configuradas como tarjetas de débito o de cargo⁴⁵ permiten a su titular realizar operaciones bancarias en relación con el depósito de numerario que tenga en dicha entidad, y a utilizarla como medio de pago de bienes y servicios prestados por establecimientos adheridos al sistema, como hemos dicho anteriormente, el emisor se obliga sólo al pago en la medida de la existencia de fondos. Con este tipo de tarjeta se puede hacer uso tanto en un cajero automático como en un establecimiento comercial.

II.3. Relaciones jurídicas que se establece en el uso de la tarjeta.

Los elementos personales que derivan de la emisión y utilización de una tarjeta bancaria hay que distinguirlos en función de sus modalidades básicas: obtención de crédito o medio de pago⁴⁶. En el primer caso, los elementos personales que intervienen van a ser: el emisor- entidad emisora y/o entidad gestora y el titular de la tarjeta. En cuanto al uso de la tarjeta como medio de pago, los elementos personales que participan son: emisor-entidad franquiciadora, titular de la tarjeta bancaria - emisor de las tarjetas bancarias; emisor - establecimiento adherido; titular establecimiento asociado.

⁴⁴ Podemos ver como la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo: Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas de 12 de enero de 1987, en su anexo, punto 4.2, define la tarjeta de débito como « aquella que da acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que repercutirán las operaciones realizadas mediante tarjeta(por lo general retirada de billetes de una ventanilla bancaria automática o pagos realizado en un Terminal instalado en el punto de venta) y esto se hará inmediatamente o (en caso de operaciones on-line) después de un periodo muy corto».

⁴⁵ GETE-ALONSO, M. C., “Tarjeta de crédito” en VV. AA, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*; Coords. GONZALEZ PORRAS Y MENDEZ GONZALEZ, ed. Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, Murcia, 2004 pp. 180 y ss.

3.1. Relación emisor –titular.

El *emisor* de las tarjetas bancarias, es la entidad que expide y pone a disposición de sus clientes la tarjeta bancaria, en virtud de un contrato suscrito, para que los titulares la utilicen como medio de facilitación de pagos para la adquisición de bienes o servicios, quedando obligados frente al establecimiento que facilita los bienes o servicios al pago del importe de la factura correspondiente. La emisión de las tarjetas de crédito suele constituir una actividad profesional del emisor, sin embargo en el caso de la bilateralidad⁴⁷, en el que el empresario o establecimiento emiten para ser utilizadas posteriormente, pasa a ser una actividad accesoria respecto a la principal⁴⁸. En el caso de trilateralidad, el emisor de la tarjeta bancaria, es quien permite su uso y la facilita al titular, por lo que resulta obligado a realizar por cuenta del titular de la tarjeta los pagos que éste ordene, a favor de los titulares de los establecimientos adheridos al sistema.

Por su parte, el *titular de la tarjeta* es la persona física que contrata con la entidad de crédito la disposición de la tarjeta, está legitimado para el ejercicio del derecho conferido por la misma. Es decir, es el que la acepta y puede utilizar frente a los establecimientos adheridos al sistema de las tarjetas bancarias. Pero esto no quiere decir que, en todo caso, coincida el titular y la persona contratante. Cuando el titular y el contratante es la misma persona, asume exclusivamente las obligaciones y los beneficios derivados de la tarjeta de crédito. A diferencia de lo que sucede cuando el titular y el contratante son personas diferentes, en cuyo caso se puede dar varios supuestos⁴⁹. Los cuales son:

Si el titular es contratante, pero designa a otras personas para que usen la tarjeta, estaríamos ante un titular básico o contratante y titulares autorizados o beneficiarios. A pesar, de que un único contrato de lugar a la emisión de varias tarjetas a favor del contratante y de sus beneficiarios, las obligaciones derivadas de la tarjeta de crédito (reintegro de las cantidades dispuestas, pago de cuotas de suscripción o periódicas) serán asumidas exclusivamente por el titular básico o contratante, sin embargo los beneficios de la tarjeta serán disfrutados tanto para el contratante como para los beneficiarios.

⁴⁸ Un ejemplo: El corte inglés, el cual se dedica profesionalmente a la venta de mercaderías en tiendas abiertas al público y expide tarjetas para que sus titulares puedan acceder por medio de su empleo a la facilitación de los pagos correspondientes para la adquisición de determinados bienes.

⁴⁹ GOMEZ PORRUA, J. M., “ La tarjeta de crédito” en VV.AA. *Derecho Mercantil II* coord. JIMENEZ SANCHEZ, G; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 205.

Si el contratante no es titular, y designa a otra u otras personas como beneficiarios, en este caso las obligaciones asumidas son para el titular, y los beneficios que derivan de la tarjeta serán disfrutados por los beneficiarios.

La relación jurídica contractual que se establece entre ambas partes es consensual, siendo la entidad de crédito la que establecerá las condiciones generales del contrato.

En conexión con lo expuesto anteriormente, estamos ante un contrato en serie o en masa, es decir, las condiciones generales preestablecidas por parte del emisor son idénticas para todos los demás titulares que quieran contratar, pudiendo variar ciertos matices como el crédito concedido, el importe máximo de la cantidad de la que puede disponer diariamente el titular y el sistema de pago.

Podemos observar que estamos ante un contrato bilateral, en el cual existen unos derechos y obligaciones para ambas partes contratantes. Y, además, se trata de un contrato “*intuitu personae*”, en el cual, el emisor conoce la solvencia económica del futuro titular de la tarjeta de crédito a la hora de contratar. Pueden concurrir varios titulares complementarios que asumen solidariamente las obligaciones con el titular contratante, por lo que estaríamos ante una relación multilateral. A la vez, es un contrato de ejecución continuada, en el momento que se perfecciona el contrato los respectivos derechos y obligaciones se ejecutan continuamente, con un plazo de duración indefinido. Y es oneroso, como la contraprestación al servicio que le presta, es decir, el titular realiza el pago de unas comisiones o cánones por la utilización e intereses al emisor, en el caso de la concesión del crédito, al emisor.

Limitándose, por tanto, a la voluntad del cliente a su aceptación. Es una relación compleja y sus condiciones se estipulan en un documento denominado “contrato de emisión de tarjeta”. Este tipo de contrato no tiene una regulación sustancial en las leyes y, por tanto, es atípico⁵⁰, puesto que no está sujeto a una regulación específica alguna.

Consecuencia de la cual, la voluntad de las partes tiene una indudable trascendencia⁵¹.

⁵⁰ GETE-ALONSO CALERA, M.C., *El pago mediante tarjeta de crédito*, Madrid: La Ley, 1990, pp. 26 y ss.

⁵¹ En este sentido se ha manifestado las resoluciones jurisprudenciales en la materia, la SAP de Alicante (Secc. 9ª), Sentencia núm. 111/2007 de 30 marzo. JUR 2008\229515.

El contrato de tarjeta de crédito, reúne elementos de varios negocios jurídicos, por lo que estamos ante un contrato complejo y mixto que presenta notas comunes a varias relaciones contractuales⁵². Tales como: la comisión, en la medida que la entidad emisora se obliga a realizar por encargo tareas o prestar ciertos servicios ordenadas por el titular, de la cual se produce una remuneración; el arrendamiento de servicios, porque la entidad emisora se obliga respecto al titular a realizar una actividad o trabajo (en nuestro caso, la orden de ejecutar los pagos que ordene el titular de la tarjeta); el contrato de préstamo en el caso de las tarjetas de crédito, ya que la entidad emisora entrega una determinada cantidad de dinero al titular, comprometiéndose este a devolver o restituir esta cantidad de dinero en los plazos establecidos; o, el contrato de apertura de crédito, en virtud del cual la entidad emisora pone a disposición del cliente una suma máxima de dinero para que éste pueda hacer uso del mismo (o de parte) y quedando obligado a restituir a la entidad sólo las sumas dispuestas, junto a las comisiones o gastos generados por ello; así como, el contrato de depósito, en la medida que la entidad emisora salvaguarda una determinada cantidad de dinero que el titular ha depositado o confiado en la entidad emisora para su custodia (planteamiento de la tarjeta de débito). El contrato de depósito vinculado a las tarjetas bancarias surge en las calificadas tarjetas de débito, las cuales nos permiten el acceso a los fondos que el titular tiene depositados previamente en una cuenta corriente bancaria. Aunque se trata de un depósito irregular⁵³.

A nuestro juicio merece la pena resaltar fundamentalmente el contrato de apertura de crédito que es el acuerdo atípico. Por lo que, los elementos definitorios de este contrato, y el contrato de emisión de tarjeta de crédito se fusionan.

Ahora bien, la doctrina define el contrato de emisión de tarjeta como el contrato que va posibilitar al emisor *realizar delegaciones de deuda* ⁵⁴. A pesar de que, la celebración de dicho contrato no persigue practicar una delegación de deuda en ese mismo instante, sino que su fin principal consiste en posibilitar que puedan materializarse delegaciones futuras de deudas cada vez que el titular de la tarjeta utilice la tarjeta. Así, el emisor otorga al titular de la tarjeta el poder de disfrutar de diversos

⁵² SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. vol II, 24 ed. MacGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 330 y ss.

⁵³ BRAVO, F. Y DE CASTRO, F., “ Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, 1961, pp. 297. y ss.

⁵⁴ BATUECAS CALETRÍO, A., *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, Navarra. Aranzadi, Monografía Asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 15, 2005, pp.186 y ss.

servicios, habiendo un compromiso por parte del titular a pagar, los bienes o servicios que éste adquiera mediante el uso de la tarjeta de pago en los establecimientos del emisor o los establecimientos adheridos al sistema; también entra la posibilidad de extraer dinero en cajeros automáticos; y la utilización del número de tarjeta en el comercio electrónico.

Por su parte, hay autores que entienden que el contrato de emisión de tarjeta es: “aquel en que una persona (la entidad emisora o gestora de la tarjeta) se obliga, frente al titular de la tarjeta a pagar las obligaciones que este contraiga con determinadas personas y/o a facilitar dinero en efectivo y otros que este contraiga con determinadas personas y/o a facilitar dinero en efectivo y otros servicios de caja, a crédito (tarjeta de crédito y de débito) aplicar ciertas reglas en el pago de las obligaciones de dinero (tarjetas de compra), siempre que aquel haya utilizado la tarjeta que facilita el propio emisor o gestor; y el titular de la tarjeta se obliga a reembolsar las cantidades pagadas por aquel, y en su caso los intereses y demás gastos y la cuota por su utilización , y a usar la tarjeta de acuerdo con lo estipulado en el contrato”.

Las obligaciones básicas del emisor en el marco de una relación triangular son: conceder al titular de la tarjeta una cantidad de dinero, entregar la tarjeta, y reemplazarla en el caso de extravío, robo o destrucción de la misma, así como en caso de desgaste o deterioro o avería. El emisor está obligado también a entregar al titular un documento o copia en la que se encuentre plasmado el contrato, informar al titular mediante un extracto de las disposiciones efectuadas por el uso de la tarjeta y los movimientos producidos, facilitar el número de identificación personal (PIN) adoptando las medidas de seguridad adecuadas y guardar secreto de los datos. Asimismo, ha de poner a disposición del titular de la tarjeta los medios de comunicación adecuados para que éste pueda notificar el robo, extravío o situaciones de riesgos de utilizations fraudulentas de la tarjeta y garantizar la seguridad, efectuar los pagos o disposiciones en efectivo correspondientes efectuados por el titular de la tarjeta en sitios web o tiendas virtuales adheridos al sistema, a través de medios electrónicos⁵⁵.

A estos deberes esenciales, se añaden otras obligaciones accesorias como lo son: el mantenimiento de un registro interno que garantice la prueba de las transacciones efectuadas con tarjeta; impedir la utilización de la tarjeta una vez recibida la notificación de robo, o extravío; obtener una red de establecimientos adheridos lo suficientemente

⁵⁵ GETE ALONSO Y CALERA, M.C. *Tarjeta de...op.cit.*, pp. 30 y ss.; NUÑEZ LOZANO, P., *La tarjeta...op.cit.* pp 187 y ss.

numerosa para permitir al titular la obtención de las prestaciones anunciadas o sugeridas en la publicidad del sistema.

En cuanto al titular de la tarjeta las obligaciones básicas son: abonar la cuota anual de emisión de la tarjeta por el mantenimiento y el hecho de emisión o renovación automática de la tarjeta. También se ha de abonar en los términos pactados en el contrato las cantidades efectivamente dispuestas del crédito concedido, con los intereses que en su caso se hubieran previsto en el contrato⁵⁶ Además, habrán de seguirse las instrucciones de seguridad en el uso indicadas por el emisor. En este caso, hacemos referencia al uso de la tarjeta, firmar el documento de tarjeta en el momento de su entrega o recepción, no revelar el PIN, avisar con carácter inmediato a la entidad emisora en caso de extravío o sustracción de la tarjeta⁵⁷, identificarse para su uso en los establecimientos cuando sea requerido para ello y devolver al emisor la tarjeta o destruirla una vez llegada la fecha de caducidad impresa en la misma.

Por otro lado, en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, hay un grupo de autores que niegan la existencia de un contrato de préstamo contraviniendo la calificación que al respecto hace el TS⁵⁸. Ya que entiende que el banco presta una cantidad de dinero que no es fija, pero que tiene un límite máximo el cual no puede sobrepasar, comprometiéndose el banco a realizar los pagos a los vendedores de las compras hechas por los titulares y teniendo la obligación el titular de la tarjeta a rembolsar al banco las cantidades satisfechas, junto a los intereses convenidos. Pese a ello, algún sector considera que esta interpretación puede resultar errónea o inadmisibile⁵⁹.

3.2. Relación entre el emisor y el establecimiento asociado.

El *establecimiento adherido* es el que contrata con la entidad de crédito la admisión de la utilización de las tarjetas bancarias como medio de facilitación de los pagos correspondientes a los bienes o servicios propios del objeto de su tráfico, y por tanto, es beneficiario de las órdenes de pago giradas a tal efecto a cargo del emisor por

⁵⁶ GARCIA SOLÉ, F: “*Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de crédito y debito*” en AA. VV SEQUEIRA MARTIN, A; GADEA SOLER E; SACRISTAN BERGIA, F;; La contratación bancaria 2007, ed. Dykinson

⁵⁷ Recomendación de la CEE de 17 de Noviembre de 1988, que establece: “El titular será responsable por la pérdida sufrida, hasta el momento de la notificación, por la pérdida, robo o falsificación del instrumento de pago, pero tan sólo hasta el equivalente de 150 euros en cada caso, excepto cuando haya actuado con grave negligencia o fraudulentamente”

⁵⁸ STS (Sala 2ª.) de 22 de noviembre de 1976. Art. 1740 del CC.

⁵⁹ GÓMEZ PORRÚA, J. M., “*La tarjeta de...*” *op.cit.* pág. 692.

los titulares de las tarjetas⁶⁰. En consecuencia, es dicho establecimiento el que facilita al titular de la tarjeta los bienes o servicios que necesita o quiera, cargando el importe correspondiente posteriormente al emisor de la tarjeta, y soportando frente al emisor el descuento correspondiente que hace referencia a la comisión concertada.

La participación de este sistema de pago la realiza el titular del establecimiento que es adherido al sistema de tarjetas bancarias del que se trate. La persona no tiene que ser necesariamente titular de un establecimiento mercantil entendido en su aceptación estricta de almacén o tienda abiertos al público⁶¹. También se pueden adherir a los sistemas de tarjetas de crédito empresarios que no se dedican a la venta de mercaderías, sino al arrendamiento de cosas o de obras o de servicios, y prestadores de servicios no empresarios, sino profesionales e incluso entidades públicas.

Por tanto, la tarjeta de crédito es emitida para utilizarla en establecimientos distintos de los del propio emisor, por lo que en estos casos ha de existir una relación contractual entre el emisor y el establecimiento proveedor de bienes o servicios (establecimiento asociado)⁶². Esta última suele celebrarse mediante la firma de un impreso o formulario por el que el establecimiento solicita convertirse en colaborador del emisor⁶³. Por ello, estamos ante un contrato atípico y complejo que es denominado *contrato de afiliación*. Es decir, un acuerdo bilateral que determina las obligaciones de ambas partes y se caracteriza, además, por ser de ejecución continuada.

En el marco jurídico de la relación que se establece entre el emisor y el establecimiento adherido se reúne un elenco de obligaciones para ambas partes. El establecimiento adherido ha de disponer de los medios tecnológicos, materiales y publicitarios que permiten el uso de la tarjeta concreta, es decir, que ponga a disposición sus medios propios en orden a aceptar los requerimientos del sistema que normalmente serán facilitados por el Banco del aceptante⁶⁴. De acuerdo con el contrato, también tiene distintas obligaciones en cuanto a la publicidad⁶⁵. Junto a lo expuesto, se obliga a verificar la tarjeta así como la identidad de su titular, mediante la exigencia de un

⁶¹ Art 85 del C.Com.

⁶³ GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La tarjeta de...” op.cit. pp. 193 y ss.

⁶⁴ Orden de 16 de octubre de 1992, del Ministerio de Economía y hacienda, en la que se autorizó el pago de las tasas y precios públicos que gestiona el ente público Aeropuertos Españoles y navegación aérea en determinadas monedas extranjeras y mediante tarjetas de crédito internacionalmente aceptadas.

⁶⁵ Así, la Recomendación 87/598 UE en su norma IV 3

documento de identificación⁶⁶, y la coincidencia entre personas de quien pretende utilizar la tarjeta y la persona que nominalmente aparece en la tarjeta. En relación con ello, ha de comprobar la regularidad de la tarjeta, y que se halla incluida dentro del sistema de afiliación; comprobar que no está caducada; consultar la lista de las tarjetas anuladas y comprobar que la exhibida no se encuentra entre ellas; comprobar y respetar los límites de disposición atribuidos por el sistema; efectuar la consulta de autorización a la entidad emisora, tanto mediante contacto telefónico como telemático o electrónico; recoger la firma original del titular, y conservar “el ticket” durante el periodo estipulado en los contratos, por si el emisor se lo reclama y en las ventas telefónicas, conservar la grabación de la conversación; exigir la identificación al titular; conservar la copia de las notas de cargo o abono; intentar retener la tarjeta cuando se detecte una anomalía; instruir a sus empleados en el buen uso de la tarjeta de crédito o débito; efectuar el pago correspondiente al emisor por el servicio prestado; confirmar o proporcionar el contrato en soporte duradero y en un plazo debidamente razonables, después de la celebración del contrato a distancia, en el momento de la entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Además, le corresponden las mismas obligaciones que a los establecimiento comerciales en relación con los datos personales⁶⁷

Asimismo, se le impone una obligación en sentido negativo, en relación con la imposibilidad de establecer diferencia de condiciones según el instrumento de pago utilizado por el cliente. Es decir, que las condiciones de pago con tarjeta sean iguales que si se realizara con cualquier otro medio o con efectivo, el precio no variaría en la adquisición del bien o servicio. Tampoco podrá el establecimiento adherido ofrecer al titular alternativas de pago al contado o a crédito que induzcan a éste a utilizar otra clase de tarjeta.

3.3. Relación entre el emisor y la entidad de franquicia.

La entidad franquiciadora es la propietaria de la marca de la tarjeta, es quien autoriza o permite al emisor a poner en circulación en un determinado país o en una determinada zona, con carácter exclusivo o compartido, la referencia de la tarjeta (ejemplo Visa, MasterCard, American Express, entre otras)⁶⁸ mediante la organización de una red que cubre el mercado. El franquiciador transmite al franquiciado (entidad de

⁶⁶ La S.A.P. Alicante de 27 de marzo de 2006 (R.A. 877).

crédito) el uso de la tarjeta para poder llevar a cabo sus servicios mediante la disposición de ésta, así como para que pueda utilizar los signos distintivos en el uso de su actividad.

Esta relación contractual es un contrato de franquicia en cuanto que permite al emisor, la entidad de crédito, la autorización necesaria para usar una marca ajena a ella en sus tarjetas bancarias⁶⁹. Por lo que el emisor franquiciador, es el propietario de la marca de la tarjeta de crédito, es quien otorga a las entidades de crédito la licencia para poder emitir este medio de pago a sus clientes: particulares y empresas; y al perfeccionamiento de contratos con los comercios que quieran adherirse a su sistema de pagos⁷⁰.

La relación contractual genera unas obligaciones por parte de la entidad franquiciadora las cuales son: la facilitación de un soporte material y técnico al establecimiento, como las pasarelas de pago; permitir el uso de su sistema o marca en las tarjetas de la entidad y permitir su uso de los elementos distintivos en la actividad de su comercio. Además, consideramos que debe de disponer de una amplia red de establecimientos adheridos al sistema que se contrate y se dispone en el contrato expresamente el servicio de poder realizar las compras con el uso de la tarjeta, por lo que sería incumplimiento de sus obligaciones en el contrato en caso de no disponer de una red amplia de estos establecimientos.

De otro lado, la entidad emisora asume, respecto al uso ilegítimo de la tarjeta, la obligación de informar a la franquiciadora de cualquier problema que afecte a la tarjeta o al funcionamiento del sistema que tenga bajo su control y administración⁷¹, así como, el deber de verificar la regularidad de la nota de cargo o cupón que el establecimiento adherido le presenta para obtener su cobro. Por otro lado, la entidad tiene el deber de realizar con la diligencia debida las actividades precisas para el desarrollo del uso de la marca en las tarjetas; y el pago correspondiente de la contraprestación convenida al franquiciador.

⁶⁹ Art 62 de la LOCM. En consecuencia, es un contrato típico tiene su regulación en la LOCM es un contrato, oneroso, consensual; bilateral; y de ejecución continuada.

⁷⁰ BARUTEL MANAUT, C., *Las tarjetas de pago y crédito*. Ed. BOSCH, Barcelona 1997, pp. 50 y ss.

⁷¹ GETE-ALONSO y CALERA: *Las tarjetas ...o.p.cit.*, p. 362. SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones... op.cit.*, pp. 185 y 186.

3.4. Relación entre el titular y establecimiento asociado.

Las relaciones existentes entre el titular de la tarjeta y el establecimiento asociado son las propias relaciones derivadas de las operaciones que ambas partes efectúen (esencialmente, la compraventa)⁷². Y obligan exclusivamente al titular y al establecimiento asociado. No obstante, si la factura es firmada por el titular, el emisor está obligado a realizar el pago por cuenta de aquél a su presentación, siempre que el establecimiento haya cumplido con sus obligaciones. De lo que derivan ciertas responsabilidades para el emisor en caso de incumplimiento en la realización del pago. El titular tiene derecho a exigir al establecimiento asociado la aceptación de la tarjeta de crédito como medio de facilitación de pago, debido al contrato establecido entre el emisor y el establecimiento asociado.

Ahora bien, para que el pago electrónico despliegue todos sus efectos, la entidad emisora debe informar de la operación por la que actúa cuando se ejecuta el pago⁷³. Es por ello que en el momento en el que el establecimiento le comunica a la entidad electrónicamente que uno de sus clientes pretende utilizar la tarjeta está obligado a transmitirle, al mismo tiempo, el concepto por el que debe pagar. Ese es el motivo por el cual el cliente firma la factura en la que aparece detallada el concepto por el que se realiza el pago.

II.4 Régimen jurídico de los medios de pago electrónicos.

El pago electrónico cobra gran importancia en relación con el desarrollo de las nuevas tecnologías. Poniendo especial relieve en la actual, ya que España uno de los países con un sistema de tarjetas de pago mejor desarrollado en cuanto al número de cajeros automáticos, Terminales de Punto de venta (TPV)⁷⁴.

La forma de pago a través de la utilización de una tarjeta de crédito presenta dos modalidades. De un lado, los pagos presenciales, en los casos en los que el usuario o titular de la tarjeta presenta físicamente; y para realizar pagos no presenciales en compraventas a distancia, tal es el caso de los pagos a través de Internet. Si bien, en este caso se pueden habilitar otros medios de pago, como el pago mediante el uso de

⁷² GOMEZ PORRUA, J.M., *La tarjeta de...op.cit.* . pág. 208.

⁷³ BASOZÁBAL, X. "El contrato de asunción de deuda" ADC. Enero- Marzo, pág. 132.

⁷⁴ España en 1999 ya era uno de los países de la UE con mas TPV y cajeros automáticos. Véase, *Electronic Payment System in European Countries*. Country Sisteiss Report. Final Report. Editado por Knud Böhle, Michael Rader, Ulrich Riehm. Institut Technikfolgenabschätzung un Systemanalyse. Forschungszentrum Karlsruhe GMBH, Karlsruhe, 1999, pág. 79 y ss.

dispositivos móviles, bien por aplicaciones móviles o utilizando este como un monedero electrónico de pago a través de la Red. En el presente trabajo, como se ha indicado al inicio, nos centramos en los pagos no presenciales a través del comercio electrónico. Por lo que será el establecimiento el que deberá admitir la tarjeta de crédito como medio de facilitación del pago siempre que el titular quiera utilizarla para el pago correspondiente a la operación del tráfico del comercio. Así como, la tarjeta a la cual se vaya hacer uso en el establecimiento adherido, deberá permanecer al sistema de emisión contratante con el establecimiento.

El ordenamiento jurídico español carece de regulación específica aplicable a las tarjetas bancarias de crédito. Por ello, hay que destacar la importancia de la libertad contractual, con la que las partes pueden establecer libremente los pactos, cláusulas o condiciones, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Asimismo, hay que atender a las disposiciones adoptadas en el marco de la Unión Europea, como la Recomendación sobre Código de buena conducta en materia de pago Electrónico que trata de definir las normas mínimas en materia de transparencia, responsabilidad y vías de recurso aplicables a tales medios de pago⁷⁵, así por ser de ámbito de aplicación a los medios de pago de acceso a distancia a una cuenta bancaria (tarjetas de pago tradicionales y servicios bancarios a domicilio por ordenador o por teléfono) y a los productos de dinero electrónico (tarjetas prepagadas y ciberdinero). Este texto pretende dar un enfoque más amplio e integrado desarrollando sistemas de pagos electrónicos que sean, al mismo tiempo, fiables, fáciles de usar, eficaces y seguros. Así como la Recomendación relativa a los Sistemas de Pago y, en particular, a las relaciones entre titular y emisor de tarjetas⁷⁶, con el fin de unificar criterios en los diferentes Estados miembros incluso en un mismo Estado para dar mayor protección a los consumidores o usuarios de estos sistemas de pago.

No obstante, las insuficiencias de estos textos llevaron a la aprobación de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que proporcionó una base jurídica en la creación de un mercado de interior de pagos a nivel europeo, facilitando la

⁷⁵ 87/598/CEE: Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (Relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores).

⁷⁶ Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (88/590/CEE). Asimismo, es de interés la Comunicación de la Comisión al Consejo “Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónico” (Comunicación al Consejo, COM(86) 754), de 12 de enero de 1987, relativa a los medios de pago, por ser la primera comunicación de la Comisión relativa a los medios de pago.

actividad de los proveedores de servicios de pago. No obstante, este texto fue objeto de derogación por la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior⁷⁷. Esta vigente directiva suple algunas carencias y complementa a la anterior directiva, en la medida en la que pretende garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea, en particular, las transferencias, los adeudos directos y las operaciones de pago directo efectuadas mediante tarjeta puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. Así como esta, ha permitido la materialización y la entrada de nuevos servicios, sin olvidar la función que pretende, que es la de amparar al consumidor.

En el ámbito interno la normativa aplicable a destacar en relación con el dinero electrónico está contenida en los siguientes textos: la Ley de Servicios de Pago (LSP)⁷⁸ que trata de mejorar el sistema para ofrecer seguridad jurídica, tanto en el ámbito nacional como en el transfronterizo, toda vez que son uniformes las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago; así como establecer un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y para usuarios en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago. La finalidad esencial de la norma es conseguir una mejor adecuación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico a los consumidores con el fin de obtener un marco jurídico común que sea accesible y permita de la forma más adecuada el funcionamiento del mercado único de los servicios de pago. Por ello, se va a aplicar 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; la ejecución de operaciones de pago; ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar; 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, digitales 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.

⁷⁷ Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE nº L 337 de 23 de diciembre de 2015) (*Corrección de errores DOUE de 10 de junio de 2016*)

⁷⁸ Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, LSP, (BOE núm. 275 de 14 de Noviembre de 2009).

Por otro lado, también conviene atender de manera complementaria a las disposiciones contenidas en la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁷⁹, esta ley ofrece unas medidas protectoras de los clientes de los servicios financieros. Además la ley de Ordenación del Comercio Minorista que establece un régimen jurídico de las modalidades de venta al público, algunas de carácter novedoso como la venta out-let, que se encuentran entregadas actualmente al principio de libertad contractual, en el que en ocasiones, resultan notorios abusos en perjuicio de los adquirentes; la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación⁸⁰, en la medida en la que algunas cláusulas viene predisuestas con las entidades de crédito en la contratación de servicios, objeto de nuestro estudio, por ejemplo las tarjetas; el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁸¹, en relación a la especial protección y garantía de los consumidores en la contratación electrónica o medios de pago.

No obstante, no debemos olvidar lo dispuesto en el Código de Comercio y en el código civil, con carácter general para las obligaciones y contratos, y con carácter especial para los contratos que se asemejen a las relaciones jurídicas que se manifiestan dentro del sistema de la tarjeta de crédito.

⁷⁹ la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (MRSF). (BOE, núm. 281, de 23 de noviembre de 2001)

CAPITULO III. EL DINERO ELECTRONICO

III. 1. Concepto y regulación.

El dinero electrónico es, en un sentido amplio y económico, el conjunto de instrumentos electrónicos de pago que se presenta como forma de cumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador efectuado por medios electrónicos basados en una Transferencia Electrónica de Fondos (TEF)⁸². Podríamos considerar *dinero electrónico* todo tipo de transferencia electrónica de fondos entre dos partes (emisor de la transferencia y beneficiario) a través de un posible número indefinido de intermediarios físicos que son los encargados de aportar, instalar, mantener y gestionar esos medios. Esta primera definición en un sentido global, nos permite decir que la desaparición del soporte papel no es posible sin la confianza de las transacciones de dinero a los sistemas electrónicos de intercambio de información⁸³. El dinero electrónico tiene un papel fundamental como reserva de valor, medio de pago y unidad de cuenta, teniendo muy presente su función aceleradora del tráfico económico, ya que las transacciones producidas con este, se realizan con mayor velocidad que otros instrumentos monetarios ya existentes.

El dinero electrónico es considerado dinero efectivo en formato electrónico o magnético, por lo que cumplirá semejantes funciones que el dinero efectivo. Así, el dinero electrónico podemos clasificarlo: de un lado, en las denominadas tarjetas inteligentes o tarjetas monedero que están basadas en un *hardware* portable en tarjetas de plástico. Esta modalidad es un producto de prepago en los que un registro de los fondos o valor económico disponible para el titular es almacenado en un dispositivo electrónico en poder del mismo⁸⁴. Es decir, el valor electrónico es adquirido por el usuario y se reduce siempre que este utilice el dispositivo para realizar compras. Los importes cargados en el dispositivo o monedero electrónico son adeudados en la cuenta de domiciliación de la tarjeta en el momento que el titular las cargas en los cajeros automáticos o por cualquier otro medio habilitado; y el importe de las operaciones se registra tanto en el microchip de la tarjeta como en los registros informáticos del banco.

⁸² RICO CARILLO, M., “Dinero electrónico”, *RCE*, núm 31, octubre 2002 pp. 4 y 5.

⁸³ MATEO HERNANDEZ, J.L., “El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos”, en AA.VV. *Derecho de la sociedad de la Infomación*, (Coord.. CAVANILLAS MÚGICA, S.), Ed. Comares, 2005, pp. 138 y ss.

⁸⁴ PASTOR SEMPERE, M^aC.: “Dinero Electrónico”, *Cuadernos mercantiles*, dirigido por FERNANDEZ RUIZ, J.L, ed. Nueva Imprenta, Madrid, 2003, pp. 209-365.

Estas tarjetas inteligentes pueden contar con una finalidad múltiple o de uso individual, como es el caso de las tarjetas de compañías telefónicas.

Asimismo, se puede diferenciar también entre las recargables y las no recargables. Si bien, son las tarjetas con finalidad múltiple recargables la que merece especial atención en vista a la protección del consumidor, ya que tienen una vinculación con la cuenta del titular. Estas tarjetas inteligentes son utilizadas para adquirir bienes o servicios en el comercio tradicional, esto es al margen del comercio en Internet. Su uso en la Red, implica instalar en cada ordenador un terminal para la lectura de la tarjeta.

En definitiva, las distintas definiciones jurídicas del dinero electrónico engloban varios productos: el “dinero electrónico” y el dinero en Red, teniendo ambos conceptos elementos comunes, pero también diferencias significativas desde el punto de vista de su finalidad y la aplicación en el mercado.

Por otro lado, la clasificación del dinero electrónico como dinero en Red, el cual está basado en un *software* o programas. En este caso, hacemos referencia a monedas electrónicas o dinero electrónico en sentido estricto, es decir se atribuye un valor económico a un mensaje electrónico ubicado en el disco duro y circula sin un soporte material por las redes electrónicas. No obstante, la doctrina jurídica especializada considera que el concepto de “dinero electrónico” no está claramente delimitado⁸⁵.

En la actualidad, se dispone de algunas iniciativas promulgadas desde el ámbito de la UE. Las primeras referencias traen su causa en la Recomendación 97/489/CE relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. Esta Recomendación destaca dos tipos de transferencias electrónicas de fondos: las referidas a los pagos por consumos personales y las transferencias ordenadas; y realizadas por entidades financieras, reduciendo su ámbito de aplicación a las primeras. Por su parte, la Directiva 2000/46/CE fue la primera que indicó una definición legal de dinero electrónico. No obstante, dicho texto ha sido derogado por la Directiva 2009/110/CE que establece normas sobre el ejercicio de la actividad de emisión del dinero electrónico, así como normas sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su

⁸⁵ MARTINEZ NADAL, A., *El dinero electrónico: Aproximación jurídica*, ed: .Civitas, 2003, pp 50 y ss., que defiende el dinero electrónico como un término que se ha aplicado a distintos sistemas de pago: transferencias electrónicas de fondos, tarjetas de banda magnética; y, en la actualidad para referirse a la variedad de mecanismos de pago, como las tarjetas inteligentes de prepago y el dinero electrónico.

ejercicio⁸⁶. El legislador destaca en este nuevo texto la relación entre dinero electrónico y los servicios de pago, sobretodo en la figura de la llamada “entidad de pago”. Pero, además, amplía el concepto de dinero electrónico, al añadir el almacenamiento en soporte electrónico. Ahora bien, la expresa exigencia de que el dinero electrónico sea aceptado por una persona distinta del emisor, permite entender el dinero electrónico en su amplio sentido y no en el estricto⁸⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, es el Real Decreto 778/2012, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico⁸⁸ el texto que desarrolla la Ley de dinero electrónico y que prevé una definición de dinero electrónico en consonancia con el tenor europeo. Así, se entiende por dinero electrónico el valor monetario almacenado en un soporte que tiene un tratamiento electrónico o magnético, y que sirve para realizar operaciones de pago, al aceptarse dicho medio de pago por personas distintas al emisor. Del mismo modo, la definición de dinero electrónico viene en la ley de dinero electrónico⁸⁹ que recoge el objetivo de la actual ley sobre el dinero electrónico, que es la de aumentar la seguridad jurídica y garantizar la firmeza entre el régimen aplicable a las entidades de pago y el régimen aplicable a las entidades de dinero electrónico que tiene por objeto básico regular el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio.

Por otra parte, la circunstancia de que ahora se considere dinero electrónico al contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico (soporte magnético) estaríamos ante la consideración de que el dinero electrónico es un título valor, en el sentido de que se trata de un “documento” al que se “incorpora” un derecho de crédito susceptible de transmisión. Esa característica no concurre, evidentemente, en el caso en el que el dinero electrónico está “almacenado a distancia en un servidor” (es decir, en la hipótesis de almacenamiento en soporte electrónico). Se mantiene la calificación jurídica del dinero electrónico como un crédito contra el emisor.

⁸⁶ Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 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 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DOUE-L-2009-81940).

⁸⁷ RICO CARILLO, M., “El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet”, *RCE* núm 3-2000, pág. 9.

⁸⁸ Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico (BOE núm. 108, de 5 de mayo de 2012).

⁸⁹ Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (en adelante, LDE. BOE núm. 179 de 27 de Julio de 2011).

Desde un punto de vista doctrinal⁹⁰, se ha definido el dinero electrónico en términos amplios como la representación por medio de un soporte informático de depósitos de dinero de curso legal u otros valores o activos financieros cuantificables, cuya circulación se realiza por medio de transferencia electrónica de fondos. Otros autores lo define como un instrumento basado en el funcionamiento de una TEF que tiene por objeto facilitar el pago en operaciones generalmente conectadas a través de redes de comunicación, pudiendo asumir distintas formas según la voluntad de las partes⁹¹, aunque para ella en sentido estricto el dinero electrónico es una forma de representación del dinero tradicional. Una definición más precisa permite definirlo como moneda digital en efectivo, esto es una información digital autenticada, singularizada y firmada electrónicamente, que se admite como representación de este y como instrumento de pago⁹².

En nuestra opinión, el dinero electrónico es un sistema monetario cargado y almacenado en un soporte digital, normalmente en una tarjeta inteligente o una memoria de ordenador. La posibilidad mediante la comunicación de un mensaje de datos a partir del soporte en el que se almacena el dinero electrónico sin necesidad de autorización de bancos ni de terceros, aproxima el dinero electrónico al efectivo. El usuario cambia el efectivo por medio de pago distinto, pero el dinero electrónico es utilizado del mismo modo que el efectivo. La moneda electrónica podemos decir que es un título de crédito en formato digital, respaldado o firmado por un Banco o por una institución no bancaria, que contiene la promesa de pagar, a la vista, al portado, y por su formato electrónico o digital en el que se encuentra, puede ser transmitida a través de cualquier red telemática como flujo de bits.

III. 2. Elementos subjetivos.

La emisión de uso de instrumentos de dinero electrónico hace surgir diversas relaciones jurídicas. En el presente trabajo, vamos analizar los tres sujetos fundamentales sobre los que gira el funcionamiento y la operativa del dinero electrónico. En primer término, el emisor puede ser una entidades de crédito tradicional o bien entidades de dinero electrónico; oficinas de cheques postales facultadas en virtud de la legislación nacional para emitir dinero electrónico; el Banco Central Europeo y los bancos centrales

⁹⁰ CARRASCOSA LÓPEZ, V; POZO ARRANZ, M^a. A y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, 3.ª ed. Granada: Comares, 1999 pp. 34 y ss

⁹¹ RICO CARILLO, M. “Dinero electrónico”, *RCE*, Núm 31, octubre de 2002, pp 4y 5.

⁹² BARRIUSO RUIZ, C. *La contratación electrónica*, 3.ª ed. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 459 y ss.

nacionales, cuando no actúen en su condición de autoridad monetaria⁹³; los Estados miembros y sus autoridades regionales y locales, cuando actúen en su condición de autoridades públicas⁹⁴.

De otro lado, el titular o portador del instrumento de dinero electrónico, es una persona física o jurídica, incluso cuando el instrumento de dinero electrónico puede expedirse para llevar a cabo el pago de servicios o bienes dentro del ámbito empresarial. Sin embargo, a nuestro juicio, no consideramos que deba calificarse como portador, en la medida en que este concepto nos llevaría a pensar que se trata de un sujeto que físicamente posee el dinero, el valor monetario del dinero electrónico no se encuentra en un espacio físico reconocible para su propietario, no es posible su aprehensión física. Por tanto, no interpretamos que portador sea terminológicamente la palabra adecuada, ya que entendemos que se necesita a alguien con una mera tenencia física del concreto instrumento de dinero electrónico, es decir la necesidad de una materialización de algo físico, y como bien sabemos el valor monetario del dinero electrónico no se encuentra en un espacio físico reconocible para su propietario, no es posible su aprehensión física.

Por último, el referido aceptante podemos entender en un primer momento que hace referencia al empresario del establecimiento del cual el consumidor o cliente quiere adquirir determinados bienes o servicios en el mercado. En el caso del dinero electrónico, este puede ser transmitido entre particulares como ocurre en el caso en el que se realiza transacciones o movimientos entre particulares, por lo tanto no podemos limitar el concepto de aceptante de dinero electrónico a la figura del empresario, sino a cualquier persona que acepta el dinero electrónico como medio de pago.

Pese a que los indicados son los sujetos intervinientes, dependiendo del caso podrían aparecer nuevos sujetos con funciones de notoria transcendencia jurídica. A saber: el *bróker* que es aquél que actúa como intermediario entre el comprador y el vendedor de bienes y servicios, en caso de micro pagos. El bróker suele estar vinculado a ambas partes por varias relaciones contractuales, que posibilitan la adquisición e intercambio de cupones de micro valor que serán utilizados para la efectiva realización de las operaciones de micro pagos. También, los prestadores de servicios de certificación

⁹³ GOMEZ CÁCERES, D. y CORBALÁN SÁNCHEZ DE LAS MATAS, L., *Mercados Electrónicos. Nuevos Sistemas de Pago*. Ed. ESIC, Madrid 2001

⁹⁴ Así lo establece la directiva 2009/110 CE, y esta queda sujeta al régimen específico que enuncia la directiva 2006/48/CE.

que son los que aseguran la autenticación de los sujetos intervinientes en una operación y garantiza la integridad y la no cancelación de los mensajes de pago transmitidos.

III. 3. Relaciones contractuales entre los sujetos intervinientes.

Los vínculos jurídicos que se establecen entre los sujetos intervinientes fundamentales en el empleo del dinero electrónico van a ser las que detallamos a continuación. En primer término, el que surge entre la entidad emisora y el portador. En el marco del dinero electrónico, estamos ante un nuevo tipo de contrato bancario, teniendo en cuenta que los servicios relacionados con la emisión y utilización de dinero electrónico vienen prestándose habitualmente por las tradicionales entidades de crédito⁹⁵. Si bien pudiera entenderse como una variedad contractual del contrato bancario de cuenta corriente, a nuestro juicio no podemos afirmar esta consideración debido a la aparición de entidades de dinero electrónico. Por lo que, si este dinero es emitido por las específicas entidades y no por las tradicionales, no sería el mismo tipo de contrato. Por ello, sería una relación contractual diversa, similar a un contrato bancario, pero no sería adecuado calificarlo como tal en sentido estricto. A mayor abundamiento, el portador del instrumento de dinero electrónico es quien aporta unos fondos que son cambiados por efectivo virtual (dinero electrónico, propiamente dicho), sin que exista una relación contractual entre las partes que intervienen en dicho ámbito. En consecuencia, no sería preciso que hubiera una cuenta corriente bancaria abierta con carácter previo.

Sin embargo, distinto planteamiento cabe hacer en el supuesto en el que el emisor del dinero electrónico recibiera fondos que hubiera de mantener en su poder. Las entidades de dinero electrónico tendrán que salvaguardar los fondos recibidos a cambio del dinero electrónico emitido o para la prestación de servicios de pago no vinculados a esta emisión, teniendo que sujetarse dos procedimientos que establece la normativa. Éstos prescriben la obligación de disponer el depósito en cuenta separada o la inversión en activos seguros y de bajo riesgo o alternatively, establecer la cobertura por póliza de seguro o garantía comparable de entidad de crédito o aseguradora. Es decir, las entidades de dinero electrónico no podrán aceptar depósitos del público para negociar con ellos, con la única salvedad que hemos expuesto anteriormente, y es que sea sujetándose a unos procedimientos que le exige la ley y en los cuales estos depósitos

⁹⁵ ALEJANO, A. y PEÑALOSA, J.M^a., “Implicaciones del desarrollo del “dinero electrónico” para la actuación de los bancos Centrales” *Banco de España/ Boletín Económico*, pp. 56 y ss. ROMERO FERNANDEZ, A., “Entidades de dinero electrónico: perfiles jurídicos- privados”, *RCE*, Núm 17, 2001. pp 37 y ss.

deberán estar en cuenta separada y con la denominación expresa a su condición de “saldos de clientes de dinero electrónico”. La única vía de referencia ante esta relación es el depósito bancario numerario. Por lo que en este caso, sólo podría disponer de los mismos el portador en los pagos que lleve a cabo. De manera que, teniendo en cuenta este propósito, podríamos decir que es un contrato atípico de cuenta de dinero electrónico. Ahora bien, en la retirada de monedas electrónicas si el previo vínculo contractual entre ambos sujetos tiene su origen en una cuenta corriente ordinaria, como lo que sucede en la mayoría de los casos, o bien si se da en una específica cuenta de dinero electrónico, la carga o retirada de monedas electrónicas y la función de comprobación de autenticidad al realizarse un pago o la obligación de depositarlas cuando así se solicite el portador, son acciones propias de un genérico servicio de caja, en el cual todas las entidades de crédito y las entidades de dinero electrónico realizan la función de comisionistas de sus clientes.

El usuario tiene que tener constancia de sus obligaciones y responsabilidades, así como las obligaciones y responsabilidades del emisor⁹⁶, detallando las medidas que se realizaran para garantizar la seguridad del instrumento electrónico de pago y de los medios (como el número de identificación personal u otro código) que permita su utilización. Sin embargo, la Directiva 2009/110/CE no menciona las obligaciones y responsabilidades de los aceptantes de un instrumento de dinero electrónico, por lo que entendemos que sería aplicable el Código de Buena Conducta del Sector Bancario Europeo relativo a los sistemas de pago mediante tarjeta, de 14 de noviembre de 1990, así como 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, tomado como referente para las entidades de crédito en la celebración de los contratos de admisión de la tarjeta como medio de pago con los establecimiento adheridos al sistema, con la imposición de ciertos matices a la especial naturaleza y funcionamiento del instrumento electrónico de pago.

En el ámbito normativo interno, son la Ley de medidas de reforma del sistema financiero y el Real Decreto sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, los textos jurídicos que determinan estas previsiones. Dando respuesta al propósito de estimular la competencia y ampliar el sector de la emisión de dinero electrónico a instituciones distintas de las bancarias, permitiendo un nuevo tipo de

⁹⁶ PASTOR SEMPERE, Mº C., “Dinero...” *op.cit.* pp. 209-365.

entidades. A partir de este primer momento, se han ido produciendo varios desarrollos en su regulación y en la evolución del propio sector. Algunas de las principales reformas se ocupan de la mejora de la efectividad práctica y la contribución al desarrollo de este mercado, el dinero electrónico. Circunstancia que hace modificar el concepto o caracteres del dinero electrónico y la actividad de emisión de éste, de tal forma que va aumentar la seguridad jurídica en el desarrollo de esta actividad y el marco jurídico resultante.

El correcto desarrollo del dinero electrónico impone una serie de obligaciones para ambas partes⁹⁷. En el caso del emisor⁹⁸, no puede revelar o ceder el número de identificación personal del portador u otro código empleado para salvaguardar la seguridad del instrumento de dinero electrónico (excepto al propio portador); no enviar un instrumento de dinero electrónico no solicitado, excepto cuando se trate de la reposición de alguno que ya poseía el portador; proporcionar los medios adecuados para que el portador, en cualquier momento pueda notificar la sustracción, pérdida o robo del instrumento de dinero electrónico; informar con la antelación suficiente al portador cuando desee modificar las condiciones, para permitirle al portador si este lo estima oportuno la denuncia del contrato.

Las obligaciones mínimas por parte del portador⁹⁹, van a ser: utilizar el instrumento de dinero electrónico de acuerdo con las condiciones pactadas con el emisor, no cabe exceder ni limitarlas a lo que se ha pactado previamente con el emisor; se debe, además, llevar a cabo las medidas adecuadas para garantizar el buen funcionamiento y la seguridad del instrumento de dinero electrónico, es decir utilizarlo de buena fe; la notificación de pérdida o robo del instrumento de dinero electrónico o de los medios que permiten su utilización, debemos informar a la entidad emisora, sobre la posible pérdida o robo con la mayor brevedad posible desde el conocimiento de tal suceso; la no cancelación de una ejecución que hubiera ordenado mediante su instrumento de dinero electrónico.

El vínculo contractual que existe entre el sujeto que emite *el dinero electrónico* y *las entidades aceptantes* es coincidente con el previsto respecto de otros instrumentos electrónicos de pago, como las tarjetas de crédito o de débito. En nuestro caso, el dinero electrónico como medio de pago, entendemos que es un contrato similar al de admisión

⁹⁷ MATEO HERNANDEZ, J.L., "El dinero electrónico en Internet. Aspectos...", op.cit, pp. 472 y ss.

⁹⁸ MARTIN-PEÑA GARCÍA, R., "Medios de pago en el contexto de la Unión Europea Aspectos legislativos", *Icade*, 1998. Pp. 34 y ss.

⁹⁹ MARTIN-PEÑA GARCÍA, R., "Medios de pago...", op.cit. pp. 43 y ss.

de la tarjeta, que podemos calificar como la relación contractual de admisión de dinero electrónico como medio de pago en el establecimiento virtual. Y ello porque el dinero electrónico es como dinero en efectivo, en sentido amplio, ya que no supone un distanciamiento respecto del uso y características al tradicional, sino sólo presenta diferencias en cuanto a la operatividad del mismo debido a su virtualidad. Ahora bien, si hacemos referencia al dinero electrónico en sentido estricto, éste no tiene la aceptación universal, como le sucede al dinero en efectivo, por lo que carece de curso legal. No obstante, a nuestro juicio si el dinero electrónico llegara a tener la característica propia del dinero en efectivo, es decir, aceptación universal, su uso podría solucionar problemas de seguridad. Nos referimos, en particular, a falsificaciones de billetes o monedas, o las prácticas ilegales como algún tipo de falsificación con dinero electrónico sería más complicado que con el dinero en metálico que tenemos actualmente. Pero, cuando el dinero electrónico sea de curso legal, no existirá una relación contractual entre el establecimiento y el emisor del dinero electrónico, ya que estaríamos en el mismo caso del pago con el dinero en efectivo. La única diferencia radica en que el pago se realiza con dinero que se encuentra en soporte electrónico, en lugar de físico.

En cuanto a las obligaciones originadas para el establecimiento aceptante¹⁰⁰, se concretan en las siguientes: han de exhibir el distintivo o contraseña con el que se distingue en el tráfico al sistema al cual se adhiere; respetar las condiciones de uso pactadas con el emisor; aceptar el instrumento de dinero electrónico como forma de pago; no permitir que el portador utilice el instrumento de dinero electrónico por encima de los límites cuantitativos que pudiera haber pactado con el emisor ni transcurrido su periodo de validez; llevar a cabo las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del uso del instrumento.

A las anteriores, hemos de añadir la relación contractual entre *el portador del dinero electrónico y el aceptante* del mismo como medio de pago de las transacciones electrónicas. La novedad de la red Internet hace que resulte complicado entender la existencia de alguna relación contractual entre ambos sujetos. Por tanto, hay que plantear si la transmisión de monedas del comprador al vendedor en el momento de efectuarse el pago es una ejecución provisional o definitiva del contrato por el que se adquieren

¹⁰⁰ MATEO HERNANDEZ, J.L., "El dinero electrónico..." op.cit. pp 491 y ss.

determinados bienes o servicios¹⁰¹. Esto es, si la entrega de las monedas constituye un pago definitivo o queda condicionado a la previa comprobación de su autenticidad u otras circunstancias que pueda afectar a su realización (doble gasto, o quiebra de la entidad emisora). A este respecto, si consideramos el dinero electrónico como un sustituto del dinero tradicional, la aceptación del establecimiento de las monedas ha de ser un cumplimiento efectivo de la obligación derivada de la compra del bien o servicio, siempre que haya autorizado el mencionado pago. Por tanto, de ser así, se consideraría liberatoria para el comprador.

¹⁰¹ BARRIUSTO RUIZ, C., “Cumplimiento de la obligación dineraria. El dinero electrónico”. *Ponencia presentada en Jornadas de la Abogacía y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Madrid, 1996; MARTINEZ NADAL, A., *El dinero electrónico: Aproximación jurídica*. Ed. Civitas, 2003

CONCLUSIONES

El avance y la penetración de las nuevas tecnologías y el crecimiento de las redes sociales han provocado cambios en los comportamientos de los consumidores y en sus hábitos de consumo. El comercio electrónico precisa la salvaguarda de los derechos de los consumidores y usuarios, así como la seguridad y protección de éstos en relación a las transacciones realizadas y los medios de pago electrónicos habilitados para su ejecución.

La aparición de nuevas figuras, operadores o sistemas de medios de pago generan nuevos desafíos y surge la necesidad de una regulación para éstos. El análisis de los medios de pago en el ámbito electrónico, bien sea el uso de las tarjetas bancarias o bien la novedad del dinero electrónico, ha hecho que nos encontremos con la dificultad de que la regulación existente es demasiado genérica, con lo que se deja un amplio margen de discrecionalidad al contenido del contrato (autonomía de la voluntad de las partes contratantes). Y éste, como es sabido, es predispuesto por las entidades de crédito de manera unilateral.

Pese a ello, en el ordenamiento interno, conviene prestar atención a la Ley de servicios de Pago y a lo establecido en circulares del Banco de España. A nuestro juicio, creemos que esta regulación es muy escasa y que ello genera una desprotección desde la perspectiva del consumidor en relación con la contratación electrónica y la utilización de algunos medios de pago.

En cuanto a la regulación del dinero electrónico, la consideración en sentido general y su similitud al dinero en efectivo, hace que el dinero electrónico posea ciertas ventajas a nivel de seguridad y, en sentido contrario, siendo conscientes de la realidad actual, el dinero electrónico no posee la libertad de aceptación que tiene el efectivo. Por lo que hasta que este que no cuente con dicha característica no podremos compararlo como tal. A nuestro juicio, respecto a éste, la normativa aplicable resulta incompleta, en la medida en la que algunos aspectos quedan insuficientes y ciertos planteamientos o casuísticas que pudieran derivar, quedan sin respuestas jurídicas que resuelvan las posibles problemáticas planteadas. Tampoco responde las normativas comunitarias, quedándose al margen de la ley y con lagunas jurídicas en algunos aspectos.

Respecto de las relaciones contractuales que genera la emisión de los medios de pago electrónico, no puede afirmarse la existencia de un contrato específico y típico para

su uso. Sino que, por el contrario, se trata de una relación contractual que presenta elementos de otros contratos, así como elementos específicos propios para este tipo de contrato. Ello trae como consecuencia que tengamos que acudir a la regulación de otros negocios jurídicos y, en consecuencia, que en la práctica se planteen problemas interpretativos y de aplicación analógica, necesidades sin respuesta, etc.

El uso del dinero electrónico en el ámbito de la contratación por canales de esta misma naturaleza, resulta ser un método eficiente, además de hacer posible el pago por medio de otros dispositivos como lo son los teléfonos móviles. Tampoco es necesario para su uso una cuenta corriente y ello nos permite llevar un control más exhaustivo de las operaciones y gastos realizados; es un método más seguro que el uso tradicional del dinero en efectivo. No obstante, estos aspectos positivos se contraponen con ciertos inconvenientes como lo son: la necesidad de abonar una comisión para su utilización; su establecimiento requiere un suministro de electricidad que le permita proceder al cobro; no es aceptado como método de pago por la generalidad de los establecimientos, circunstancias que pueden ralentizar la adecuada implementación de este instrumento de pago en el ámbito del comercio electrónico, pese a sus ventajas.

El dinero electrónico, es una buena alternativa para ciertos sectores en los que posee una escasa bancarización, ya que para ciertos individuos de determinadas partes del mundo es complicado poder acceder a ciertos servicios bancarios. Con el dinero electrónico, esta problemática cambiaría, ya que éste hace posible el pago electrónico o por medios electrónicos sin la necesidad de poseer una cuenta corriente, lo que hace que sea posible pagar en establecimientos sin tener dinero efectivo físico y poder realizar la ejecución del contrato por vía electrónica.

Tras el análisis del régimen del comercio electrónico, así como de un sistema de pago, consolidado (la tarjeta bancaria) y otro de reciente creación e incorporación (dinero electrónico), podemos concluir la necesidad de aprobar una norma sobre la materia que englobe aspectos de estos medios de pago y su implementación en el comercio electrónico. En definitiva, se trata de conferir al usuario-consumidor un nivel de seguridad y garantía adecuado y, al mismo tiempo, aumentar el consumo y eliminar ciertas barreras comerciales. Repercutiendo con ello en la competitividad empresarial en el entorno electrónico.

En conclusión, la influencia de la tecnología ha generado nuevas necesidades, así como las formas o medios de cubrirlas. Los nuevos medios de pago electrónicos son una alternativa para que el consumidor incremente sus compras, y esto conlleva ciertas ventajas en ciertos sectores (que no tienen acceso a la bancarización), aunque no queda exento de cuestiones controvertidas en este ámbito. Y son éstas últimas las que tienen que ser solventadas por el ordenamiento jurídico. En cuanto a los medios de pago habilitados en el entorno electrónico, y a pesar de la consolidación de algunos de ellos, se ha podido comprobar que aún no existe una regulación específica, sino que se deja al arbitrio de la interpretación o, en su caso, de la aplicación analógica la resolución de las controversias que pueden ir surgiendo. Ello nos permite afirmar que se requiere la aprobación de normas concretas en la materia o la actualización de las existentes a fin de establecer los principios aplicables a estos medios de pago y su implementación en el comercio electrónico. En definitiva, se trata de dar al consumidor o usuario un nivel de seguridad y garantía adecuada y ello repercutirá en el incremento del consumo, de la competitividad en el entorno electrónico para el empresario y supondrá la eliminación de las fronteras comerciales.

CASO PRÁCTICO

La realización del trabajo que se presenta concluye con un caso práctico en relación con un medio de pago de muy novedosa índole: el pago electrónico a través de una tarjeta de débito en conexión con las redes sociales (como es el caso de *Facebook*).

En el ámbito de los pagos entre particulares merece especial atención el avance tecnológico de Facebook, red social que da una alternativa en la forma de realizar pagos. Aunque actualmente no se esté desarrollando en la práctica en España, esta red social está inscrita en el Banco de España como una entidad de dinero electrónico. Consecuencia de lo cual, puede emitir, distribuir y reembolsar dinero electrónico; emitir y adquirir instrumentos de pago y realizar transferencias de fondos y pagos mediante los dispositivos móviles, digitales e informáticos.

Para poder acceder al servicio de pago por medio del perfil social sólo es necesario asociar una tarjeta de débito (Visa o MasterCard) respaldada por una cuenta bancaria al sistema *Facebook Payments*, y tener instalada la aplicación de mensajería de Facebook Messenger.

Tras el estudio del funcionamiento, podemos decir que el servicio que ofrece la red social realiza la función de un intermediador de servicios, una aplicación de pagos. A pesar de que no recibe una comisión directa por prestar este servicio de pago, consideramos que lo hace de manera indirecta. En la medida en que dispone o tiene acceso de información sensible y, además, aumentarán sus ingresos por publicidad.

En cuanto a las ventajas que plantea este método cabe destacar que es un servicio instantáneo, lo cual permite poder obtener y enviar dinero al instante; es un servicio gratuito lo cual permite una considerable ventaja en comparación a las transferencias que a veces conllevan a unas comisiones desorbitadas; es un método seguro con el cual resulta difícil poder acceder a él en caso de robo del dispositivo, ya que para la realización de cada transacción lleva un pin de seguridad adicional para el próximo uso, o en algunos casos, la operación se valida por medio de la huella dactilar; y se evita dar información o datos personales o financieros cada vez que se realice un pago.

Pero, hemos detectado otros puntos débiles de esta modalidad de pago, a saber: la incompatibilidad hasta ahora de poder utilizarlo con tarjetas de crédito, tarjetas de prepago (*wallet*) o tarjeta de prepago con recarga y *paypal*; la dificultad de poder hacer efectivo este medio con transacciones de personas que estén en otros países y que no

dispongan de esta red social o que esta red social no pueda operar en su país de procedencia; el incremento de información personal que posee la red social.

En conclusión, a pesar de que esta nueva modalidad de pago en el ámbito electrónico nos resulta bastante buena, consideramos que debiera actuarse con precaución o diligencia respecto de la perspectiva del usuario. Esto es, utilizar una tarjeta de dinero electrónico o débito dedicada exclusivamente a los pagos realizados en este ámbito, y en la cual vayamos recargando conforme sea precisa la disposición de dinero. La razón principal es la seguridad y confianza del cliente, pues en caso de que la cuenta sea intervenida por hackers solo se afectaría a la cantidad que en ese momento hubiera disponible en esta tarjeta, pero no al resto de depósito constituido con la entidad de crédito.

BIBLIOGRAFIA

ALEJANO, A. y PEÑALOSA, J.Mª., “Implicaciones del desarrollo del dinero electrónico” para la actuación de los bancos Centrales”, en *Banco de España/ Boletín Económico*.

ARIAS POU, M., *Manual Práctico de Comercio electrónico*, ed.: La ley, 2009.

BARRIUSTO RUIZ, C., “Cumplimiento de la obligación dineraria. El dinero electrónico”. Ponencia presentada en *Jornadas de la Abogacía y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Madrid, 1996

- *La contratación electrónica*, 3.ª ed. Madrid: Dykinson, 2006.

BARUTEL MANAUT, C., *Las tarjetas de pago y crédito*, ed. BOSCH, Barcelona 1997.

BASOZÁBAL, X., “El contrato de asunción de deuda”, *ADC (Anuario de derecho civil)*. Enero- Marzo.

BATUECAS CALETRÍO, A., “Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 15. Navarra, 2005.

BERNAL JURADO, E., *El mercado español de tarjetas de pago bancarias: situación actual y perspectivas*, ed. Civitas, 2001.

BOQUERA MATARREDONA, J., “El impago de la deuda por la entidad emisora de la tarjeta de crédito”, VV.AA. *Estudios sobre jurisprudencia bancaria* (Coords. BALLARÍN HERNÁNDEZ y CUÑAT EDO, V.), ed. Aranzadi, Navarra 2000, pp. 387 y ss.

BOTANA GARCIA, G.A., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed la ley, Madrid, 2001.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1998.

CARRASCOSA LOPEZ, POZO ARRANZ y RODRIGUEZ DE CASTRO., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, 3ª. ed. Comares, Granada, 1999.

CORBALÁN SÁNCHEZ DE LAS MATAS, L. y GOMEZ CÁCERES, D., *Mercados Electrónicos. Nuevos Sistemas de Pago*, Ed. ESIC, Madrid 2001.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *Manual de Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona.

DE ARRILLAGA. J.I., “La tarjeta de crédito”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de la contratación*. Ed. Civitas. Madrid, 1985.

DI MARCHI., "Carte di crédito e carte bancarie", *Banca Borsa e Titoli di Credito* III, Milán 1970.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas. Tarjetas bancarias y Derecho penal", *Cuaderno de Derecho judicial* V.I (2002).

GARCIA SOLÉ, F., "Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de crédito y debito" en VV.AA coords. GADEA SOLER E; SACRISTAN BERGIA, F; SEQUEIRA MARTIN, A; *La contratación bancaria*, 2007.

GARCÍA VILLAVARDE, R., *Contratos bancarios*. ed. Civitas, Madrid, 1992.

GETE ALONSO CALERA, M.C., *Las tarjetas de crédito. Relaciones Contractuales y conflictividad*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- "Tarjeta de crédito" en VV. AA, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*; Coords. GONZALEZ PORRAS Y MENDEZ GONZALEZ, ed. Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, Murcia, 2004.

- *El pago mediante tarjetas de crédito*. Ed. La ley, Madrid, 1990.

GÓMEZ MENDOZA, M., "Tarjetas bancarias"; en VV.AA. *Contratos Bancarios*, coord. GARCÍA VILLAVARDE, R., Ed. Civitas, Madrid, 1992.

- "Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito" en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo II, Madrid, 1971.

GOMEZ PORRUA, J. M., "La tarjeta de crédito" en *Derecho Mercantil II* coord. JIMENEZ SANCHEZ, G; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GOMEZ SANCHEZ, A., *El sistema de tarjeta de Crédito*. Ed. Comares, Granada, 2006.

MARTIN-PEÑA GARCÍA, R., *Medios de pago en el contexto de la Unión Europea Aspectos legislativos*, Icade., 1998

MARTINEZ NADAL, A., *El dinero electrónico: Aproximación jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 2003.

MATEO HERNANDEZ, J.L., "El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos", en VV. AA. *Derecho de la sociedad de la información*. Coord. CAVANILLAS MÚGICA, S, ed. Comares, 2005.

NUÑEZ LOZANO, P., *La tarjeta de crédito*. Ed. Colección estudios. Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997.

PASTOR SEMPERE, M^aC., “Dinero Electrónico”, en *cuadernos mercantiles* dirigido por FERNANDEZ RUIZ, J.L., Ed. Nueva Imprenta, Madrid, 2003.

PLAZA PENADÉS, J., “Contratación electrónica y pago electrónico. (En el derecho nacional e internacional)”, en VV.AA *Contratación y comercio electrónico*, Dir. ORDUÑA MORENO, F. J., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

RICO CARILLO, M., “Dinero electrónico” en *RCE*, Núm 31, octubre de 2002.

- “El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet, *RCE*; núm 3-2000.

ROMERO FERNANDEZ, A., “Entidades de dinero electrónico: perfiles jurídicos-privados” en *RCE*; Núm 17, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. vol II, 24. Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 2015.

SPADA, P., "Carte di crédito: terza generazione' dei mezzi di pagamento", *Le operazioni bancarie* (a cura di Giuseppe PORTALE), Milano: 1978.

Recursos electrónicos consultados

BANCO CENTRAL EUROPEO, *Electronic Money System Security Objectives. According to the common Criteria Methodology* (EMMSOO Report), mayo 2003.
<http://www.bde.es>

LEGISLACIÓN

Comunitaria

- Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 23 de diciembre) (DOUE nº L 337/35 de 10 de junio de 2016))
- Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 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 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DOUE nº L 267, de 10 de octubre de 2009).

- Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DOUE nº L 319/1 de 5 de diciembre de 2007, corrección de errores DOUE de 18 de julio de 2009).
- Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (derogada DOUE nº L 177/1 de 30 de Junio de 2006).
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el Mercado Interior (Directiva sobre comercio electrónico. (DOUE nº L 178/1 de 17 de julio de 2000).
- Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, en materia de contratos a distancia (DOUE nº L 144 de 4 de junio 1997).
- Proyecto de Código de Conducta Europeo en materia de medios de pago de 2 de marzo de 1993.
- Recomendación de la CEE de 17 de Noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (88/590/CEE) (DOUE L nº 317 de 24 de noviembre de 1988).
- Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo: Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas de 12 de enero de 1987 (DOUE nº L 754, de 12 de enero de 1987 fecha de la plena realización del mercado interior, es decir, el 31 de diciembre de 1992).

Nacional

- Propuesta de reforma del Código de Comercio (BOE 21 de Julio de 2015, ultima modificación).
- Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (BOE núm. 179 de 27 de Julio de 2011).
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151 de 25 de Junio de 2011).

- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE núm. 275 de 14 de Noviembre de 2009).
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304 de 20 de Diciembre de 2003).
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE, núm. 281 de 23 de noviembre de 2001).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998).
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- Ley 34/1988, 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274 de 15 de Noviembre de 1988).
- Real Decreto Ley 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).
- Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico (BOE núm.108, de 5 de mayo de 2012).