

# Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas

Revista de Contratación Electrónica - Núm. 91, Marzo 2008

**Autor:** Oscar López García

**Cargo:** Profesor Colaborador. Doctor en Derecho Mercantil. Universidad de Huelva

**Id. vLex:** VLEX-38787971

**Link:** <https://app.vlex.com/vid/mediante-ventas-distancia-electronicas-38787971>

## Resumen

**PALABRAS CLAVE** Ventas a distancia, pago mediante tarjeta, responsabilidad \*\*\* En este trabajo se analiza el art. 107 TRLGDCU, analizando la responsabilidad derivada de la utilización ilegítima o fraudulenta del número de la tarjeta de pago en las ventas a distancia electrónicas

## Texto

# Contenidos

- [I. Las ventas a distancia electrónicas. Regulación legal y presupuestos](#)
- [II. La anulación del cargo ante la utilización indebida o fraudulenta del número de una tarjeta de pago en una venta a distancia](#)
- [III. El resarcimiento de daños y perjuicios a favor del vendedor ante la utilización abusiva del número de la tarjeta de pago por el titular](#)
- [IV. Conclusiones](#)

## I Las ventas a distancia electrónicas. Regulación legal y presupuestos

En cumplimiento de la [disposición final quinta](#) de la [Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre](#), de mejora

de la protección de los consumidores y usuarios, que faculta al Gobierno para que refunda en un único texto la [Ley 26/ 1984, de 19 de julio](#), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, surge el nuevo Texto Refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias](#), aprobado por el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre](#) (en adelante, [TRLGDCU](#)), que integra, en el título III de su libro segundo, dedicado a las relaciones jurídicas privadas, la regulación de los contratos con consumidores celebrados a distancia (artículos 92 a 106). De este modo, han sido incorporadas las normas dedicadas a las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia, contenidas en la [Ley 7/1996](#), de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, [LOCM](#)), modificada por la [Ley 47/ 2002, de 19 de diciembre](#), de reforma de la [Ley 7/ 1996](#), de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/ 7/ CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias.

Las nuevas modalidades de ventas al público provocan la necesidad del establecimiento de un régimen jurídico que proteja a los consumidores y usuarios frente a los posibles abusos derivados de las especiales circunstancias que envuelven la celebración del contrato. Entre éstas, las ventas a distancia son las más agresivas para el consumidor. Según el concepto de contratos celebrados a distancia ofrecido por el [art. 92 TRLGDCU](#), son aquéllos que se celebran "con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario".

De esta definición, se fijan dos presupuestos básicos para que la regulación anteriormente citada sea objeto de aplicación. Primero, que el contrato se haya negociado, perfeccionado y ejecutado en ausencia física coetánea del vendedor y del comprador a través de una técnica de comunicación a distancia , con independencia del medio o técnica de comunicación a distancia utilizado . El contrato de compraventa, con o sin la presencia física contemporánea de los contratantes, es un contrato traslativo del derecho real de dominio que, según los arts. [1254](#), [1258](#), [1261](#), [1262](#) y [1450](#) de nuestro [Código Civil](#) (en adelante, CC), se perfecciona por el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni uno ni otro se hayan entregado. Estamos ante un contrato consensual, que produce efectos obligacionales para el vendedor y el comprador desde que éstos prestan su consentimiento, "que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". Basta con que el consumidor y usuario haya aceptado la oferta comercial del empresario, para que la venta se perfeccione, sin necesidad de declaraciones complementarias, y con independencia del medio utilizado para manifestar tales declaraciones de voluntad. La emisión de la oferta comercial y la aceptación de ésta por los consumidores y usuarios través de medios electrónicos se reconoce en la mayoría de las legislaciones vigentes. En España, la DCE fue incorporada por la Ley 34/ 2002, de 11 de junio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (en adelante, LSSICE), cuyo art. 23. 1 dispone que "[...] los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". Si bien la contratación electrónica no altera el Derecho de obligaciones y

contratos , en la contratación a distancia de bienes o servicios, cuando se utilizan medios electrónicos, el [art. 94 TRLGDCU](#) añade a la normativa sobre ventas a distancia la específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, la cual será de preferente aplicación cuando entre en contradicción con aquélla . Por tanto, cuando estemos ante un contrato de venta a distancia electrónica, "en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones" , la LSSICE se aplica con preferencia al [TRLGDCU](#).

Junto con la ausencia física simultánea de los contratantes, los cuales manifiestan sus declaraciones de voluntad exclusivamente a través de medios electrónicos, el [art. 92 TRLGDCU](#) exige que, en dicha venta, se utilice un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario. Las relaciones comerciales han ido adaptándose a las nuevas tecnologías, y los empresarios han querido aprovecharse de las ventajas que le proporcionan las mismas, asegurándose éstos una mayor eficacia en el desarrollo y ejecución de sus operaciones. La llegada de Internet supone una nueva forma de ofrecer los bienes y servicios a sus potenciales destinatarios, desarrollándose a través de la red operaciones comerciales de venta . Para facilitar la realización de esas ventas electrónicas, los empresarios que dispongan de un establecimiento comercial virtual y tengan abierta una cuenta corriente en una determinada entidad de crédito pueden concertar con ésta el denominado contrato de comercio electrónico o de afiliación al comercio electrónico, por medio del cual el banco, mediante la instalación de un programa informático, proporciona al cliente un servicio a través del cual se pueden realizar pagos en operaciones de venta electrónica mediante una o varias tarjetas determinadas en el clausulado del contrato . Por tanto, desde la firma del contrato, cualquier persona conectada a Internet puede comprar a distancia, en cualquier momento, mediante el uso de un ordenador personal y un módem, los bienes o servicios ofrecidos comercialmente por el empresario en su tienda virtual, > en el Terminal de Punto de Venta Virtual (en adelante, TPVV) instalado por la entidad bancaria. Una vez que el consumidor decide adquirir el bien o servicio ofertado comercialmente a través de la red, el banco se encarga de la gestión del cobro derivado de dicha venta virtual y del ingreso en la cuenta correspondiente, re trayendo la comisión pactada con el vendedor.

## II

### **La anulación del cargo ante la utilización indebida o fraudulenta del número de una tarjeta de pago en una venta a distancia**

El pago mediante tarjeta en las ventas a distancia genera siempre cierta desconfianza, por lo que los compradores reclaman mayor seguridad en los pagos por Internet . El hecho de que el consumidor titular de la tarjeta tenga que comunicar su número a través de la red provoca cierto recelo ante la posible captación de esos datos por terceros, los cuales podrían utilizar aquéllos para la realización de actos fraudulentos, e incluso sin ser identificados. En las ventas a distancia electrónicas, la ausencia física simultánea de los contratantes impide la identificación tanto del titular de la tarjeta de pago como de la tarjeta misma, lo que impide conocer quién está

utilizando el correspondiente medio de pago en esa operación. Además, tampoco se obtiene un comprobante de la venta firmado por el titular de la tarjeta, pues, en la práctica, el empresario se limita a pedir al consumidor el número de tarjeta y la fecha de caducidad de ésta. En la actualidad, es bastante habitual (45' 5 %) que se exija el tecleo, junto con el número de la tarjeta, de un pin o número secreto al ejecutar la orden de pago, lo que permite garantizar, en mayor medida, la seguridad de la transacción.

Para evitar las consecuencias perjudiciales que al titular de la tarjeta le puede ocasionar una utilización de ésta en el comercio electrónico por terceros no autorizados, la técnica nos ofrece diversas medidas de seguridad y protocolos de pago electrónico que previenen ese uso indebido, aun cuando sin ofrecerse una seguridad total. En el supuesto de que esa seguridad ex ante no produzca los efectos deseados, nuestro legislador protege al titular de la tarjeta ex post frente a la utilización indebida o fraudulenta del número de ésta en las ventas a distancia.

En el ámbito penal, el [art. 248. 2 del Código Penal](#) (en adelante, CP) tipifica el delito de fraude informático, y considera "reos de estafa los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero". Este supuesto está pensado, entre otros, para la duplicación de tarjetas. Por tanto, es necesario que el conocimiento del número de tarjeta derive de una manipulación informática o algún artificio semejante. Si el tercero únicamente se limita a introducir los datos requeridos por el TPVV, no hay delito. Tampoco podemos entender que haya estafa, pues el [art. 248 CP](#) exige que haya engaño. Si el empresario no opta por comprobar la titularidad de esa tarjeta, no ha podido sentirse engañado.

En el ámbito civil, el [art. 106 TRLGDCU](#) regula el pago mediante tarjeta, que dice lo siguiente:

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

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación".

En esta norma, se parte del supuesto de hecho de que el pago de la venta a distancia se realiza mediante la utilización indebida o fraudulenta del número de una tarjeta de pago. Así, tanto el error en la utilización de ese número de la tarjeta como el uso fraudulento de dicho número encuentran protección legal en el [art. 106 TRLGDCU](#). La aplicación de esta disposición no requiere la manipulación de ningún sistema o programa informático para que el comprador online encuentre el amparo que ofrece dicho artículo, pues basta con el uso indebido o fraudulento por el tercero del número de la tarjeta de pago en las ventas electrónicas, como consecuencia del azar o del conocimiento de ese número por otros medios, para que éste reciba la protección de dicha norma. El titular de la tarjeta cuyo número ha sido utilizado indebidamente o fraudulentamente en la venta a distancia, es protegido por el legislador con independencia de

que éste sea o no consumidor .

Por diversas razones, es el banco titular del programa informático suministrado al empresario virtual, que puede ser también el emisor de la misma el destinatario lógico de esa declaración de anulación del cargo derivada de esa utilización incorrecta del número de la tarjeta de pago en el comercio electrónico a distancia, sin perjuicio de que se pacte en el contrato que sea el empresario quien reciba dicha comunicación. El hecho de que sea la entidad de crédito la que proceda a la ejecución de las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del titular de la tarjeta, como gestor de ese sistema electrónico de pago, junto con las facilidades que esta solución proporciona al titular, despreocupándose así tener que contactar con el empresario, son argumentos más que suficientes para defender esta decisión . El titular, desde el momento que el banco le comunica la existencia de uno o varios cargos efectuados sobre su cuenta asociada a la tarjeta, puede solicitarle la inmediata anulación de aquéllos que considere realizados fraudulentamente o indebidamente por un tercero en la adquisición de esos bienes o servicios. Ante dicha solicitud de anulación del cargo por parte del titular de la tarjeta, en relación a ese uso indebido o fraudulento del número de la tarjeta en una venta POR Internet, el empresario soporta el riesgo de la operación comercial, sin que pueda entrar a valorar si, efectivamente, el número de la tarjeta se ha utilizado correctamente por su titular o indebidamente o fraudulentamente por un tercero. De este modo, el titular de la tarjeta recibe una protección rápida y eficaz. La entidad de crédito debe proceder, a la mayor brevedad, a la realización de los correspondientes asientos contables en las respectivas cuentas del titular de la tarjeta y del empresario. Por analogía con lo dispuesto en el [art. 104 TRLGDCU](#), ese plazo no debe superar los treinta días . La demora en la ejecución de esas anotaciones contables puede provocar la imposición de una sanción administrativa al banco titular de ese sistema o programa informático que permite los pagos mediante tarjeta en la red, según la redacción de los [arts. 49. 2. b\), 50. 2 y 51. b\) TRLGDCU](#) , junto con la posible rescisión del contrato de emisión de la tarjeta y el resarcimiento de los daños producidos al titular con dicha actuación negligente, si fuese además el emisor de dicho medio de pago. No obstante, cuando el titular de la tarjeta se debiera dirigir al empresario para solicitar anotaciones de adeudo y reabono en las correspondientes cuentas, la responsabilidad debe recaer sobre éste y no sobre la entidad de crédito.

La anulación del cargo por el titular de la tarjeta no es consecuencia del derecho de desistimiento previsto en el [art. 101 TRLGDCU](#) . El derecho a desistir del contrato en las ventas a distancia es la manifestación más extrema de la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda a los consumidores y usuarios . Esta facultad representa una excepción al principio de pacta sunt servanda, pues, salvo que exista algún defecto en la prestación del consentimiento, la perfección del contrato se produce con la coincidencia de la oferta y la aceptación, obligando éste a las partes definitivamente. En cambio, en el supuesto contemplado en el [art. 106. 1 TRLGDCU](#), la venta a distancia no se ha perfeccionado, puesto que el titular de la tarjeta de pago no ha manifestado su conformidad con la propuesta comercial del empresario . En este caso, es un tercero no autorizado quien introduce el número de una tarjeta ajena. El emisor de la tarjeta entrega al titular un número de identificación personal y secreto (en adelante, NIP), el cual añade mayor seguridad en la adquisición de los bienes y servicios on line . En las ventas electrónicas, la introducción del NIP supone la identificación del titular, que es necesaria para que el sistema de pago electrónico funcione correctamente. Con el NIP, el banco acepta la venta electrónica si el titular de esa clave tiene fondos y la tarjeta sigue en vigor. Sin embargo, el NIP

puede ser utilizado indebidamente o fraudulentamente por una persona ajena a su titular. En este caso, el NIP no ofrece una seguridad total a los pagos mediante tarjeta en las ventas electrónicas, porque cualquiera que conozca ese código puede emplearlo en Internet para comprar bienes y servicios. Lógicamente, la tarjeta de pago es un título de legitimación personal e intransferible, por lo que la utilización correcta de la tarjeta supone el respeto del carácter confidencial del NIP. El incumplimiento de esta carga supondrá un incumplimiento del titular de la tarjeta. Aún en el caso de que el titular hubiese actuado negligentemente, comunicado a un tercero el NIP, o no habiendo puesto en conocimiento del emisor de la tarjeta su extravío o sustracción, podría aquél anular el cargo, aunque posteriormente el empresario y el emisor de la tarjeta puedan reclamarle los daños y perjuicios ocasionados con su conducta .

A pesar de la regulación ofrecida por nuestro legislador sobre el pago mediante tarjeta en las ventas a distancia, donde el riesgo de la venta electrónica lo soporta el empresario, el desconocimiento de los protocolos de pago utilizados por el contrato de afiliación al comercio electrónico provoca resoluciones judiciales poco afortunadas. Concretamente, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 195/2004 (núm. 7), de Donostia-San Sebastián, de 13 de octubre de 2004 , el empresario defendía en su demanda que los pagos realizados y anotados en cuenta por el banco ya tenían una comprobación inicial de que eran válidos porque se abonaban por tarjeta y, por ello, una vez recibido el dinero, el vendedor enviaba mediante mensajero el producto encargado al comprador. Así, la existencia de medios a disposición del banco para la verificación del riesgo de la operación y para advertir al cliente de que la venta electrónica no es viable fundamentan la remuneración de esa operación bancaria neutra. Según el Fundamento Tercero, lo "que quiere demostrar el Banco es que, sin ninguna comprobación sobre la liquidez del comprador, sino a partir de un simple número de tarjeta, sin realizar ninguna gestión respecto del banco emisor de la misma, ni ninguna otra tarea de ningún tipo, siendo un mero intermediario, casi un tercero sin ninguna participación en esta relación comercial, cobra una comisión él mismo, y otra comisión el Banco emisor de la tarjeta, comisión que no garantiza ninguna gestión, ni remunera ninguna actividad, sino que vendría a remunerar exclusivamente el adelanto de dinero que realiza. ¿Entonces en razón de qué cobra el Banco emisor de la tarjeta, si no se realiza ninguna gestión respecto del mismo? No se ha acreditado si en este caso, el Banco hoy demandante y el Banco emisor de las tarjetas cobraron su comisión, y en este caso ¿en concepto de qué?". Con estos argumentos, se determina la responsabilidad de la entidad de crédito ante el uso indebido o fraudulento de la tarjeta utilizada para realizar esas compras por Internet, pues el banco ofrece al empresario un sistema de telepago seguro al cliente y, si no es así, su obligación es informarle previamente de los riesgos de determinadas operaciones comerciales, como los pagos realizados mediante tarjeta en la red. Concretamente, en el Fundamento Cuarto de la sentencia citada el Juzgador realiza la siguiente afirmación: "[s]e deduce de ello que cuando se trata de una operación de las que se califican como «a buen fin» el cliente debe conocer esta situación antes de realizar la operación de venta, debiendo conocer dicha situación para salvaguardar sus intereses. Se entiende que si, en estos casos y excepcionalmente, es el cliente el que asume el riesgo de impago, en el resto de casos es el Banco el que lo asume: Efectivamente, el Banco tiene acceso a información de otros bancos, celebra acuerdos con ellos, puede comprobar el saldo o la realidad de una tarjeta que se utiliza para el pago, etc., es decir, tiene medios para verificar el riesgo de la operación, y para advertir al cliente de que esa operación no es viable, debiendo ser dicha reacción automática. Si no fuera así, ¿para qué cobra el Banco la comisión?".

Por su parte, la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 327/ 2004](#) (Sección 11ª), de 23 de abril de 2004, fundamenta la responsabilidad del banco en las distintas comisiones aplicadas en los pagos mediante tarjeta sobre el establecimiento vendedor, siendo la aplicada a las ventas a distancia el doble de la que recae sobre las ventas presenciales . En este caso, y ante la distinta remuneración de ese servicio bancario cuando el pago mediante tarjeta recae sobre una operación comercial a distancia, el riesgo sobre la utilización indebida o fraudulenta por una persona distinta de su titular no puede revertir sobre el vendedor, pues al establecimiento comercial "no se le puede exigir mayor diligencia en su gestión, teniendo en cuenta las circunstancias de sus operaciones, las cuales quedan conectadas con la entidad emisora de la tarjeta, a fin de obtener su previa conformidad de la operación de venta por teléfono, de un surtido de productos ofrecidos mediante catálogo tangible, o por Internet, y abonar la correspondiente comisión además del ya citado pago en cuenta, que comporta el beneficio para la Caja, todo ello dentro de lo que se denomina contrato de afiliación de la tarjeta".

Sin embargo, en ambos fallos judiciales no se toma en consideración que el sistema de pago electrónico ofrecido por el banco no asegura que el usuario de la tarjeta en Internet sea el titular de la misma. Consecuentemente, una vez que la entidad de crédito comprueba que los datos de la tarjeta son correctos, acepta la operación virtual y la carga en la cuenta del comprador. Si, en un momento posterior, el comprador ordena a su banco la retrocesión de ese cargo, el banco queda facultado para anular la factura original y efectuar el reabono, detrayendo los fondos de la cuenta del vendedor. Por tanto, si la tarjeta de pago está en vigor y los datos introducidos en la TPVV son válidos, el banco no debe ser responsable de la utilización indebida o fraudulenta del número de la tarjeta en las ventas electrónicas . Por tanto, el buen fin de la venta electrónica realizada por un tercero ajeno al titular de la tarjeta lo soporta el establecimiento vendedor, independientemente de que el contrato de afiliación a un programa de tarjeta de crédito para operaciones de comercio electrónico prevea o no expresamente la aplicación a las ventas electrónicas de una cláusula de buen fin . Cualquier interpretación a contrario no tiene sentido y es contraria al [art. 106 TRLGDCU](#). El pacto de buen fin previsto en los contratos de afiliación al comercio electrónico es válido, y se ajusta a la regulación prevista para el pago mediante tarjeta en las ventas a distancia.

Con esta regulación legal, y debiendo distinguirse entre la responsabilidad derivada de la garantía ofrecida por el banco sobre la integridad y confidencialidad de los datos aportados por el usuario ilegítimo o legítimo en el pago mediante tarjeta, y la exoneración del banco frente a la falta de autenticidad de esos datos, no entendemos que la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), en su Sentencia de 28 de enero de 2004 , determine la responsabilidad de la entidad bancaria, fundamentando la Audiencia su decisión en que el empresario no ha suscrito el > en su modalidad de >, cuya condición 8ª reconoce la obligación del vendedor a devolver al banco el importe de la venta a distancia electrónica, cuando el comprador la devuelva por cualquier motivo. Por tanto, no sólo se reconoce la validez de las cláusulas de buen fin en el pago mediante tarjeta en el comercio electrónico, sino que se olvida de la existencia del [art. 46 LOCM](#).

Sí comprendemos que el banco emisor de la tarjeta de pago sea responsable de los cargos efectuados en la cuenta de su titular, cuando éste, a pesar de haber suscrito el contrato de emisión de la tarjeta, no ha recibido la misma en su domicilio. En este supuesto, el uso ilegítimo de la tarjeta por un tercero en el comercio electrónico a distancia no puede repercutir nunca

sobre el verdadero titular, que puede exigir al banco emisor que proceda a efectuar el correspondiente asiento de abono en la cuenta. En consecuencia, el empresario no tiene que soportar esta actuación negligente del banco emisor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 160/ 2006 (Sección 3ª), de 6 de abril de 2006, señala la responsabilidad del banco emisor de la tarjeta de pago, pues "[a]ún admitiendo que dichas tarjetas fueron enviadas al domicilio de las demandantes, lo que no consta más que a través de la manifestación de la demandada, ello no sería suficiente para entender probado que fuesen recibidas y posteriormente utilizadas por aquellas, pues bien pudieron ir a parar a una tercera persona. No se ha acreditado a quién ni cuándo se hizo entrega de las tarjetas, pues no se ha aportado ningún recibo o resguardo acreditativo de que se entregaran las mismas a las titulares de las cuentas. Al faltar dicha fundamental prueba por parte de la entidad bancaria demandada, es a dicha entidad a la que hay que atribuir la responsabilidad de las extracciones que se realizaron, pues ella era la que tenía obligación de cuidado de las cantidades depositadas por las demandantes, no pudiendo autorizar extracciones que no estuvieran autorizadas con la firma de las demandantes, firma que no ha podido exhibir, o cubiertas con el uso por las demandantes de sus tarjetas de crédito una vez que, puestas a su disposición, circunstancia que no se ha acreditado que se produjera, asumieran dichas demandantes el deber de conservarlas bajo su disposición y de avisar al banco de su extravío o sustracción. Si el Banco no ha podido acreditar la entrega de la tarjeta al titular de la cuenta, de cualquier mal uso de esa tarjeta es responsable la entidad bancaria porque su obligación es la de cuidar en cuanto de ella dependa que solo los legítimos propietarios de sus fondos puedan manejar sus circuitos dispositivos; su exoneración ante una extracción irregular o indebida habría de basarse en la prueba de que utilizó todos los medios a su alcance para el correcto funcionamiento del mecanismo concatenado fondos-cajero-tarjeta de crédito-titular de los fondos, y esa prueba, le incumbía a ella por ser la creadora del referido mecanismo y porque los actos iniciales del correcto funcionamiento del mismo eran actos que ella misma debía realizar, es decir, actos propios en los que la prueba natural es carga de su autos; al no haberse producido en absoluto en los autos dicha prueba, la citada entidad no puede justificar las entregas de fondos que cargó a su cliente ni puede impedir la prosperidad de la petición de las demandantes". Este incumplimiento contractual no se deriva de la venta a distancia electrónica, sino de un contrato distinto, como es el de emisión de la tarjeta de pago, al cual permanece ajeno el empresario virtual que ha proporcionado los bienes o servicios a los terceros que ilegítimamente han utilizado la tarjeta de pago. En cambio, si el pago ilegítimo se hubiese realizado tras el conocimiento del número de la tarjeta de pago como consecuencia del extravío o sustracción de la tarjeta, y el titular de la tarjeta no hubiera comunicado al banco tales hechos, esa actitud negligente le haría responsable de los daños ocasionados. No obstante, aun en este supuesto, la anulación del cargo la soportaría, en primer lugar, el empresario, quien después tendría que exigirle la correspondiente responsabilidad al titular. En este caso, se suelen pactar en los contratos de emisión de la tarjeta una cláusula que limita la responsabilidad del titular hasta una cantidad determinada por extravío o sustracción de la tarjeta hasta el momento de la comunicación de estas circunstancias al banco.

En nuestra jurisprudencia, existen diversas sentencias que atribuyen al empresario la responsabilidad derivada del uso indebido o fraudulento del número de la tarjeta en las ventas electrónicas, tomándose como referencia la cláusula de buen fin de la operación. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 997/ 2004 (Sección 2ª), de 14 de mayo de 2004 y de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 500/ 2004 (Sección 19ª), de 27 de octubre de 2004 resuelven la cuestión con el contenido del propio contrato de afiliación suscrito

por las partes. Si bien no se toma en consideración el [art. 46 LOCM](#), se considera válida y no abusiva la cláusula que imputa al empresario los riesgos derivados de estas operaciones comerciales por Internet.

La [sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 906/ 2004](#) (Sección 1ª), de 22 de diciembre de 2004 , si conjuga la cláusula de buen fin prevista en el contrato de afiliación y el [art. 46 LOCM](#), afirmándose que la intervención del banco no altera ni excluye la aplicación de las normas propias del comercio electrónico, ni desplaza al banco los riesgos de la operación, "pues aunque es cierto que es el Banco el que autoriza la misma, tal autorización se efectúa de forma automática; tras la mera comprobación de que la tarjeta no está caducada y no se ha excedido del límite de crédito concedido, pero sin que ello pueda comportar la asunción del buen fin de la operación" .

También la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 92/2005](#) (Sección 6ª), de 14 de marzo de 2005 resuelve esta situación a favor del banco proveedor del sistema de pago electrónico. Frente a la pretensión del proveedor virtual de los bienes, que, a lo largo del recurso, manifiesta que la responsabilidad debe ser de la entidad financiera, puesto que no sólo ha generado la creencia en que la previa anotación de pago era definitiva e inamovible, no advirtiendo al vendedor de los riesgos de utilización del sistema, sino que también ha cobrado comisiones por cada operación electrónica, lo que sólo se justificaría, a su juicio, por esa garantía de seguridad que ofrece el sistema contratado, la Audiencia, en el Fundamento de Derecho Quinto, aplica analógicamente, a las ventas a distancia electrónicas realizadas por el vendedor, una cláusula del contrato de afiliación suscrito que determina la falta de responsabilidad del banco ante el supuesto riesgo derivado de las ventas realizadas por correo, teléfono, suscripción periódica y teletienda, pues el uso de medios electrónicos de comunicación es un supuesto que encaja en la definición de venta a distancia . Después, se afirma en la sentencia, en el mismo Fundamento de Derecho, que "los pactos de imputación de responsabilidad al comerciante que utiliza este sistema de cobro vienen justificados por la propia mecánica de este tipo de operaciones caracterizada porque el abono en cuenta del importe inicial de la factura se hace, según así se establece en la citada estipulación 10ª del contrato de afiliación al sistema tele pago 4B, «de manera automática a partir de los datos introducidos en el TPV», esto es sin otra comprobación que el limite de crédito de la tarjeta y su fecha de caducidad, y por ello sin necesidad de aportar la «factura de venta que pudiera haber extendido de forma manual». Pactos de asunción previa de responsabilidad del buen fin de la operación por el comerciante o proveedor que además son conformes con la regulación legal de la denominada contratación a distancia en la que, precisamente con el objeto de facilitar al comprador el derecho a examinar las características del bien adquirido, se le concede el de desistir libremente de su contratación dentro de un determinado plazo, tal y como así resulta de lo dispuesto, entre otros, en el [art. 44](#) de la [LOCM](#) , modificada por la [Ley 47/2002, de 19 de diciembre](#), de reforma de la [Ley 7/96, de 15 de enero](#), de Ordenación del Comercio Minorista, para su adaptación al derecho comunitario, concretamente para la introducción de la Directiva 97/7 de ventas a distancia, estableciendo la misma [LOCM](#), en su [art. 47](#), cuando el pago se ha efectuado por medio de tarjeta de crédito «sin que esta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente», la posibilidad de anulación inmediata del cargo, obligando en tal caso a que «las correspondientes anotaciones de adeudo y de abono en las cuentas del proveedor y del titular» se efectuó «a la mayor brevedad», sin perjuicio de reconocer caso de que «la compra hubiese sido efectivamente realizada por el

titular de la tarjeta» la obligación del citado frente al «vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación». Por consiguiente, la cláusula de buen fin introducida en el contrato de afiliación al sistema de pago mediante tarjeta, que atribuye al empresario la responsabilidad por la utilización indebida o fraudulenta del número de la tarjeta, se ajusta a la redacción del [art. 106 TRLGDCU](#), que no sólo exonera al titular de la tarjeta en este supuesto, sino que declara responsable al empresario. Es el vendedor, por tanto, quien tendrá que tomar las precauciones oportunas para evitar la utilización indebida o fraudulenta en las ventas a distancia electrónicas como, por ejemplo, comprobando que la mercancía se entrega al titular del número de la tarjeta utilizado en el pago realizado en Internet.

### III

## El resarcimiento de daños y perjuicios a favor del vendedor ante la utilización abusiva del número de la tarjeta de pago por el titular

Como complemento a la defensa del titular de la tarjeta ante el uso indebido o fraudulento de ésta en la contratación electrónica a distancia por un tercero, el [apartado segundo](#) del art. [106 TRLGDCU](#) impone el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al empresario por parte del titular del medio de pago, "si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución". La redacción es lógica si tenemos en cuenta que la parte del contrato de venta a distancia electrónico que sufre los efectos perjudiciales del pago con tarjeta tras una utilización indebida o fraudulenta del número de ésta es el empresario virtual. Así lo expone la mencionada Sentencia de 22 de diciembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona: "[d]e la situación descrita no cabe deducir el efecto pretendido por la entidad actora sino el contrario pues si la venta es susceptible de resolución (si se hace dentro de plazo) y además, si la transacción se efectuó con tarjeta, su titular tiene el derecho de anulación explicado, ello supone que el riesgo de la operación es asumido por el vendedor, conclusión que refuerza lo preceptuado en el [párrafo segundo](#) del art. [47](#) de la citada [Ley de Ordenación del Comercio Minorista](#), que reconoce al vendedor el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados si posteriormente se demostrara que quien realizó la compra fue el titular de la tarjeta, y que no hubo por tanto la utilización ilegítima alegada que había determinado la anulación del abono, efecto que sólo tiene sentido si se considera que el perjudicado por la anulación del abono es el vendedor". El titular, de esta manera, no tiene que soportar la carga de la prueba cuando ejercite el derecho de anulación de los correspondientes cargos efectuados en su cuenta, pues, si no se hubiera previsto esta posibilidad, el titular de la tarjeta de pago tendría que probar la utilización indebida o fraudulenta de la misma.

El derecho de anulación previsto en el [art. 106. 2 TRLGDCU](#) tiene como objeto los cargos realizados en la cuenta del titular de la tarjeta de pago, derivados de la utilización correcta del número de la tarjeta por dicho titular, siempre que no se hubiera ejercido el derecho de desistimiento previsto en el art. 101, ni el derecho de resolución por incumplimiento del contrato

de venta a distancia electrónica por el empresario. En nuestro supuesto, los cargos derivados de la operación electrónica satisfecha mediante tarjeta por su titular son anulados fuera del plazo establecido en el [art. 71 TRLGDCU](#) para el desistimiento de la venta a distancia, y cumpliendo el vendedor con sus obligaciones contractuales. Así, se contempla un ejercicio abusivo del derecho de anulación previsto en el [art. 106 TRLGDCU](#), ante el cual el empresario tiene derecho a exigir no sólo el cumplimiento de la operación comercial celebrada, sino también "al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación". Nos encontramos ante un incumplimiento contractual doloso del titular de la tarjeta de pago, aplicándose los arts. [1101](#), [1106](#), [párrafo 2º 1107](#) y [1124 CC](#), pudiendo el empresario exigir, en todo caso, una indemnización por daños y perjuicios y, si no se resuelve el contrato, el precio de esa venta a distancia electrónica. En este caso, serán tres las circunstancias que debe probar el empresario virtual: a) la utilización correcta del titular del número de la tarjeta de pago en esa venta a distancia electrónica; b) el transcurso del plazo establecido para ejercitar el derecho de desistimiento, sin que el titular haya hecho uso del mismo, y c) el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato a favor del titular. La ausencia de alguna de ellas determinará la responsabilidad del empresario.

## IV

### Conclusiones

Tras el análisis del [art. 106 TRLGDCU](#), podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el titular de la tarjeta cuyo número ha sido utilizado indebidamente o fraudulentamente por un tercero tiene derecho a anular el cargo efectuado por la entidad de crédito, debiéndose efectuar, en un plazo no superior a treinta días desde la comunicación de la solicitud de anulación, las respectivas anotaciones de adeudo y de reabono en las cuentas del comprador y del empresario, sin que el banco pueda dilucidar, en ese momento, si el pago mediante tarjeta de esa venta a distancia electrónica se ha realizado o no por un tercero. Esta solución se consigue también por la aplicación de las cláusulas a buen fin pactadas en el contrato de afiliación al comercio electrónico.

En segundo lugar, una vez producidas las anotaciones contables en las respectivas cuentas del consumidor y usuario titular de la tarjeta y del empresario vendedor de los bienes o servicios adquiridos en Internet, es el empresario quien tendrá que probar que el número de la tarjeta utilizada para pagar esas compras electrónicas a distancia ha sido introducido por el titular legítimo, pudiendo en ese caso exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la anulación abusiva del cargo, junto con la resolución de esa operación comercial o el cumplimiento de lo pactado, según le convenga.

En tercer lugar, que el banco emisor de la tarjeta sólo es responsable de la utilización indebida o fraudulenta del número de la tarjeta de pago si incumple el contrato de emisión suscrito con el titular: por ejemplo, por haber facilitado el conocimiento de los datos personales e intransferibles del verdadero titular de la tarjeta de pago a un tercero.

En cuarto lugar, que la actuación negligente del titular de la tarjeta de pago le hace responsable

---

frente al empresario y frente al banco emisor, de los daños y perjuicios ocasionados (por ejemplo, por haber comunicado a un tercero el número de la tarjeta o por no haber puesto en conocimiento del banco emisor de la tarjeta su extravío o sustracción), correspondiéndole al titular de la tarjeta la carga de la prueba.