



**CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-
BORDONA DE 30 DE ABRIL DE 2020 EN EL ASUNTO C-287/19 DENIZBANK
AG CONTRA VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION, SOBRE LA
INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 2015/2366 (PSD2) EN RELACIÓN CON
LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE LOS SERVICIOS DE PAGO
INCLUIDOS EN LAS TARJETAS BANCARIAS MULTIFUNCIONALES
PERSONALIZADAS (TARJETAS CONTACTLESS)***

*M^a del Carmen González Carrasco***
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 07 de mayo de 2020

I.- SUPUESTO DE HECHO

La entidad Denizbank incluye en las tarjetas de pago del usuario, sin consentimiento expreso de éste, la funcionalidad FNC, consistente en poder pagar por el método contactless, esto es, aproximando la tarjeta al datáfono ubicado en el comercio en lugar de introducirla en el mismo con necesidad de lectura de banda magnética de la tarjeta y marcado de PIN; con la consecuencia de que la tarjeta queda expuesta a la aplicación de las reglas especiales que excepcionan a los servicios de pago anónimos de baja cuantía

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

**ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6452-2911>



del régimen de responsabilidad para caso de utilización por tercero no autorizado previstas en la PSD2.

II.- CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el asunto de referencia, el tribunal que reenvía la cuestión prejudicial desea saber si el artículo 52, número 6, letra a), en relación con el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2015/2366 (PSD2) ha de ser interpretado en el sentido de que el usuario consiente la modificación de las obligaciones contractuales propuesta por el proveedor de servicios de pago cuando no la rechaza; ello para determinar si la entidad puede acogerse, al utilizarse por el usuario en esta nueva funcionalidad añadida, al art. 63 1ª), letras a y b, de la PSD2, que excluyen a las entidades prestadoras de estos servicios de pago anónimo y de escasa cuantía de las reglas de responsabilidad de la entidad ante disposiciones no autorizadas.

III.- POSICIÓN DE LA ENTIDAD EMISORA

Según DenizBank, la aceptación tácita que permite el artículo 52, apartado 6, letra a), de la Directiva 2015/2366, se extiende a todo tipo de modificaciones contractuales (por lo tanto, también a la de inclusión de la funcionalidad NFC). En su opinión, no parece realista y es muy difícil conseguir que los usuarios de servicios de pago admitan expresamente las modificaciones de un contrato como el que regula el régimen jurídico de la tarjeta bancaria multifuncional personalizada. La aceptación tácita de las modificaciones representaría, según DenizBank, un mecanismo indispensable del modelo de negocio bancario. Y que la funcionalidad NFC incorporada “por consentimiento tácito” a las tarjetas de pago ordinarias no es lesivo para los intereses de los consumidores, ya que les consiente acceder con mayor facilidad y rapidez a mejoras de sus instrumentos de pago o al disfrute de nuevos avances tecnológicos.

IV.- OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

1.- DUALIDAD DE INSTRUMENTOS DE PAGO EN UN SOLO SOPORTE FÍSICO

LAS TARJETAS de pago multifuncionales personalizadas habilitadas para NFC (contactless) comprenden dos instrumentos de pago distintos (uno personalizado y otro anónimo) que están sujetos a regímenes jurídicos diferentes, aunque tengan el mismo soporte físico. La inclusión en una tarjeta de pago multifuncional personalizada de la función «comunicación de campo cercano» NFC para pagos sin contacto de escasa cuantía “*agrega a aquella tarjeta un nuevo instrumento de pago.*”



Se trata, pues, en esa misma medida, o bien de un servicio nuevo, que debería ser objeto de un nuevo contrato añadido, o bien de una modificación esencial de las condiciones del contrato marco anterior (el que regía las relaciones entre la entidad emisora de la tarjeta y el consumidor)”.

2.- RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA ROBO, APROPIACIÓN INDEBIDA O USO NO AUTORIZADO DE TARJETAS CONTACTLESS

El Abogado General entiende: a) que las entidades bancarias que emitan una tarjeta de pago multifuncional personalizada a la que se haya *añadido* la funcionalidad NFC podrán acogerse a la excepción prevista en el artículo 63, apartado 1a) de PSD2 (esto es, que no se apliquen el artículo 69, apartado 1, letra b), el artículo 70, apartado 1, letras c) y d), ni el artículo 74, apartado 3, que establecen la responsabilidad de la entidad por disposiciones en caso de utilización ilegítima por tercero), si el instrumento de pago no permite su bloqueo ni impedir futuras utilizaciones, únicamente si puede demostrar que no es técnicamente viable bloquear dicha tarjeta o impedir su uso ulterior en caso de pérdida, robo, apropiación indebida o uso no autorizado. Y b) que la realización de pagos sin contacto de bajo valor utilizando la funcionalidad NFC de una tarjeta de pago multifuncional personalizada constituye un caso de utilización anónima de dicha tarjeta en el sentido del artículo 63, apartado 1, letra b), de PSD2 (que exceptúa a la entidad en este caso de la aplicación de las reglas de carga de la prueba sobre la utilización fraudulenta o negligente del usuario contempladas los arts. 72, 73 ni el artículo 74, apartados 1 y 3).

3.- IMPOSIBILIDAD DE INTRODUCIR CAMBIOS TÁCITOS EN LAS CONDICIONES ESENCIALES DE UN CONTRATO MARCO DE SERVICIOS DE PAGO CON TARJETA

Según el Abogado General, la posibilidad de modificar las condiciones contractuales del servicio de pago mediante consentimiento tácito del usuario (permitida excepcionalmente en virtud del artículo 52, apartado 6, letra a) de la Directiva “de haberse convenido así” entre el prestador y el usuario del servicio de pago) debe interpretarse estrictamente. No podrá aplicarse a los cambios de los elementos esenciales de dicho contrato marco, *como los relativos a la adición de la funcionalidad NFC o contactless a una tarjeta de pago.*



V.- CONCLUSIÓN CESCO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

En el caso de que la funcionalidad NFC se haya incluido en el soporte físico de un servicio de pago sin consentimiento expreso del usuario, la entidad asumirá la responsabilidad por disposiciones no autorizadas sin posibilidad de acogerse al régimen excepcional del art. 63 1ª, a) y b) de la Directiva 2015/2366 (PSD2), por tratarse de un nuevo servicio de pago incorporado al soporte físico único sin el respaldo del consentimiento contractual del usuario, que ha de ser expreso en función del carácter esencial que le concede la opinión del Abogado General.