

## EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO EXAMINA LAS TARJETAS CONTACTLESS A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2015/2366 DE SERVICIOS DE PAGO (PSD2)\*

**Sheila Martínez Gómez**

Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** En respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Austria, el TJUE declara, en la sentencia de 11 de noviembre de 2020 (C-287/19), que la validez de la cláusula contractual que prevé la posibilidad de modificar las condiciones de un contrato marco de servicios de pago mediante el consentimiento tácito del usuario-consumidor debe efectuarse a la luz de la Directiva 93/13/CEE y no de los arts. 52 y 54 de la Directiva 2015/2366. Además, considera que la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada constituye un instrumento de pago anónimo y son los tribunales nacionales los que tienen que verificar que la tarjeta no permite su bloqueo.

**Palabras Clave:** Servicios de pago, función NFC, instrumento de pago, autorización de pago, titular de la tarjeta, consumidores.

**Abstract:** In answer to the questions for a preliminary ruling refer from the Supreme Court of Austria, the CJEU rules, in its judgment of 11 November 2020 (C-287/19), that the validity of contractual clause, which provides for possibility of changes the contractual conditions of a framework contract of payment services through tacit

---

\* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9855 financiado con 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 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 en el marco de 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.

consent of user-consumer, has to make under Directive 93/13/EEC and not under articles 52 and 54 of Directive 2015/2366. Furthermore, the CJEU considers that the NFC function of a personalised multifunctional bank card constitutes an anonymous payment instrument and it's national courts that have to verify the card doesn't allow its blocking.

**Key words:** Payment services, NFC function, payment instrument, payment authorization, cardholder, consumers.

**Sumario:** 1. Hechos y cuestiones prejudiciales planteadas. 2. Fallo del TJUE. 3. Conclusiones.

La STJUE (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020, caso DenizBank AG vs. Verein für Konsumenteninformation (C-287/19)<sup>1</sup>, da respuesta a cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), las cuales versan sobre la interpretación de varias disposiciones de la Directiva 2015/2366 de servicios de pago de 25 de noviembre de 2015<sup>2</sup> (en adelante, PSD2) en relación con las tarjetas bancarias multifunciones personalizadas dotadas de la función «pago sin contacto».

## 1. Hechos y cuestiones prejudiciales planteadas

DenizBank -entidad bancaria austriaca-, en sus relaciones con los clientes, aplica condiciones generales de contratación y formularios de contrato, en particular, para el uso de tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas dotadas de la función de campo cercado (*Near Field Communication*; en lo sucesivo, «función NFC»), comúnmente denominada función de «pago sin contacto».

Entre las condiciones generales que aplica DenizBank en sus contratos, se hallan las siguientes:

- *Cláusula 14. Modificación de las directrices de clientes.* Establece que las modificaciones de las condiciones generales de las tarjetas de débito se propondrán al cliente, a más tardar, dos meses antes de la fecha prevista para su entrada en vigor y que se considerará que el cliente ha aceptado dichas modificaciones a menos que se oponga expresamente antes de esa fecha. Además, al cliente que tenga la condición de consumidor se le puede ofrecer la posibilidad de rescindir libremente su contrato, posibilidad de la que debe ser informado en la propuesta de modificación remitida por DenizBank.
- *Cláusula 15. Falta de necesidad de acreditar la autorización.* Estipula que DenizBank no está obligado a acreditar que los pagos de escasa cuantía

---

<sup>1</sup> TJUE (Sala Primera), caso *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation* (C-287/19), sentencia de 1 de noviembre de 2020 (JUR 2020\319675; ECLI:EU:C:2020:897). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233543&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15302850>

<sup>2</sup> 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 («DOUE» núm. 337, de 23 de diciembre de 2015).

efectuados sin introducir el código personal, es decir, utilizando la función NFC, han sido autorizados ni que esas transacciones no se han visto afectadas por una deficiencia técnica o de otro tipo.

- *Cláusula 16. Ausencia de responsabilidad en caso de pagos no autorizados.* Exime a DenizBank de su responsabilidad y de cualquier obligación de reembolso del importe en caso de que las operaciones de pago no hayan sido autorizadas por el titular de la tarjeta.
- *Cláusula 17. Advertencia.* Estipula que el titular de la cuenta bancaria asume el riesgo de cualquier uso indebido de su tarjeta para pagos de escasa cuantía sin introducción de un código personal.
- *Cláusula 18. Imposibilidad de bloqueo de la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía en caso de extravío.* En caso de extravío de la tarjeta de débito, debido, por ejemplo, a su pérdida o robo, es técnicamente imposible bloquear la tarjeta para pagos de escasa cuantía y, además, incluso después de ser bloqueada, será posible seguir efectuando tales pagos hasta un importe de 75 euros, que no serán reembolsables por DenizBank.
- *Cláusula 19.* Prevé que las disposiciones relativas a los servicios de tarjeta también son aplicables, en principio, a los pagos de escasa cuantía.

El 9 de agosto de 2016, Verein für Konsumenteninformation (VKI) (Asociación para la Información del Consumidor austriaca) interpuso una acción de cesación contra DenizBank ante el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena, Austria), con la que pretendía lograr que se prohibiese a DenizBank aplicar las seis cláusulas antes mencionadas, puesto que, a su parecer, debían considerarse nulas.

Este Tribunal dictó sentencia el 28 de abril de 2007, en la que estimó la demanda de VKI y declaró que la Cláusula 14 era manifiestamente abusiva y que no se cumplían los requisitos para aplicar el régimen excepcional de los instrumentos de pago de escasa cuantía, ya que la tarjeta de referencia podía usarse también para otros pagos y, además, la función adicional del pago sin contacto y sin autenticación ni siquiera podría calificarse de instrumento de pago.

Recurrida la sentencia, el Oberlandesgericht (Tribunal Superior regional de Viena, Austria) dictó sentencia el 20 de noviembre de 2017 confirmando en parte la sentencia dictada en primera instancia y estimando, en particular, que el uso de la función NFC no supone el uso de un instrumento de pago, sino que ha de asimilarse a las operaciones con tarjeta de crédito efectuadas por correo o teléfono. A este respecto, señaló que la función NFC se activa automáticamente, a diferencia de lo que ocurre con un «monedero electrónico», y que la tarjeta dotada de esta función no es anónima, sino que está personalizada y protegida con un código personal.

VKI y DenizBank entablaron sendos recursos contra la sentencia de apelación ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), quien decidió suspender el procedimiento y plantear cuatro cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 52, apartado 6, letra a), en relación con el artículo 54, apartado 1 de la Directiva 2015/2366, con arreglo a los cuales se considera que el usuario de servicios de pago ha prestado su consentimiento a

una modificación de las condiciones del contrato marco si no notifica su rechazo al proveedor de servicios de pago con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor de las modificaciones, en el sentido de que es posible pactar, incluso en aquellos casos en los que el usuario sea un consumidor, una ficción de consentimiento para todas las cláusulas contractuales imaginables sin limitación alguna?

- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 4, punto 14 de la Directiva 2015/2366 en el sentido de que la función NFC de que está dotada una tarjeta bancaria multifuncional personalizada, con la cual se permite efectuar pagos de escasa cuantía con cargo a la cuenta asociada del cliente, constituye un «instrumento de pago»?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2, ¿debe interpretarse el artículo 63, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/2366, sobre la excepción para los pagos de escasa cuantía y el dinero electrónico, en el sentido de que un pago de escasa cuantía sin contacto mediante el uso de la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada debe considerarse un uso anónimo del instrumento de pago a efectos de dicha excepción?
- 4) ¿Debe interpretarse el artículo 63, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/2366 en el sentido de que un proveedor de servicios de pago solo puede invocar dicha excepción si se acredita que el instrumento de pago, conforme al estado objetivo de la técnica, no se puede bloquear o no se puede impedir que se siga utilizando?».

## 2. Fallo del TJUE

### ***El art. 52, apdo. 6, letra a) de la Directiva PSD2 no establece el contenido de las modificaciones de los contratos marco que pueden ser objeto de una aceptación tácita***

El artículo 52, apartado 6, letra a) de la Directiva 2015/2366 determina que los Estados miembros velarán por que el usuario de servicios de pago sea informado de que, si las partes en el contrato marco así lo han convenido, «... se considerará que el usuario (...) acepta modificaciones de las condiciones establecidas con arreglo al artículo 54, a menos que el usuario notifique lo contrario al proveedor de servicios de pago con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor de las modificaciones».

El mencionado precepto, en sí mismo considerado, prevé la posibilidad *excepcional* de modificar las condiciones contractuales del servicio de pago, mediante consentimiento tácito del usuario, cuando así se *haya convenido entre el proveedor y el usuario del servicio de pago*. Además, como señala el Tribunal de Luxemburgo, esta posibilidad de modificación debe interpretarse estrictamente, en el sentido de que solamente se refiere a «... cambios que no afecten a las condiciones del contrato marco de un modo tal que la propuesta modificativa realizada por el proveedor supondría, en realidad, la conclusión de un nuevo contrato, incumbiéndole a los órganos jurisdiccionales nacionales, que conocen de un litigio relativo a una aceptación tácita de estas características, comprobar si esta última exigencia se ha aplicado correctamente» (apdo. 47).

Por su parte, el artículo 54, apartado 1, párrafo primero de la Directiva 2015/2366 señala que el proveedor de servicios de pago «... deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones especificadas en el artículo 52, de modo idéntico al indicado en el artículo 51, apartado 1, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de aplicación propuesta. El usuario de servicios de pago podrá aceptar o rechazar las modificaciones antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor». Además, el párrafo segundo de dicho artículo, determina que «[c]uando proceda según el artículo 52, apartado 6, letra a), el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. El proveedor de servicios de pago informará también al usuario de servicios de pago de que, en caso de que el usuario de servicios de pago rechace las modificaciones, el usuario de servicios de pago tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación».

Este precepto, tal y como se desprende de su tenor literal, determina la forma en la que el proveedor de servicios de pago debe suministrar información precontractual al usuario de los servicios, remitiéndose para ello al propio art. 51 de la Directiva PSD2, titulado «Información general previa» («el proveedor de servicios de pago ha de facilitar la información y las condiciones contenidas en el artículo 52 de esta en un soporte duradero y de forma clara y legible, con suficiente antelación a la fecha en que el usuario de los servicios de pago quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta... »), así como el contenido de la información, para lo cual se remite expresamente a la información y condiciones previstas en el art. 52. Además, el art. 54.1 establece que cuando se esté ante el supuesto concreto que regula el artículo 52, apartado 6, letra a), el proveedor de servicios de pago deberá informar al usuario de que (i) cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor; y que (ii) en caso de que el usuario rechace las modificaciones, este tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación.

En efecto, de la lectura del art. 52.6.a) de la Directiva 2015/2366, en relación con el art. 54.1 de la misma norma, se desprende que el primer artículo únicamente tiene por objeto determinar los requisitos en lo que concierne a la información previa que ha de suministrarse al usuario de servicios de pago en el caso de modificaciones contractuales tácitas a fin de permitir al usuario realizar una elección con pleno conocimiento de causa, tal y como se desprende del considerando 54 de dicha Directiva, y no de establecer el contenido de las modificaciones de los contratos marco que pueden ser objeto de una aceptación tácita, «... toda vez que estas disposiciones se limitan a reconocer la posibilidad de proceder a tales modificaciones y a exigir plena transparencia en lo que a ellas se refiere, sin definir su contenido» (apdo. 50).

Clara muestra de ello es el resultado que arroja una interpretación contextual de los arts. 52 y 54 de la Directiva 2015/2366. Estos dos preceptos, titulados «Información y condiciones» y «Modificación de las condiciones del contrato marco»

respectivamente, figuran en el Capítulo III, relativo a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, el cual se haya, a su vez, dentro del Título III, que lleva por rúbrica «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago». De ello se extrae que los referidos preceptos regulan únicamente, en palabras del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona<sup>3</sup>, «*las condiciones y la información detallada y precisa que los proveedores de servicios de pago han de suministrar a los usuarios de sus servicios*» y no definen el contenido de los compromisos recíprocos que estos pueden contraer contractualmente, contenido que se rige por las disposiciones del Título IV de esa Directiva, titulado «Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago».

Además, el artículo 42 de la Directiva PSD2, que lleva por rúbrica «Excepciones a los requisitos de información aplicables a los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico», que también figura en el Título III de esa Directiva, indica claramente que los artículos 52 y 54 se refieren a la información relativa a los servicios de pago que, salvo autorización expresa, debe ser facilitada por el proveedor de tales servicios.

Por último, de la lectura del art. 52.6.a) de la Directiva PSD2, en relación con el art. 54.1 de la misma, el TJUE concluye que el primer precepto es de aplicación tanto a los usuarios de servicios de pago que tienen la condición de consumidores como a aquellos que no la tienen, y esto porque como la condición de consumidor, en el sentido del artículo 4.20 de la Directiva, constituye un elemento determinante, la disposición que sea de aplicación exclusivamente al consumidor lo precisará expresamente, tal y como sucede, en particular, con el artículo 38.

Visto que los arts. 52 y 54 regulan la información precontractual que debe suministrarse a los usuarios de servicios de pago, ¿puede someterse al control de abusividad la cláusula contractual relativa a la modificación tácita del contrato marco celebrado con consumidores?

La respuesta a esta pregunta se puede encontrar en el Considerando 55 de la Directiva 2015/2366, según el cual la aplicación de la misma no impide que puedan seguir siendo aplicables otros textos del Derecho de la Unión Europea relativos a la protección del consumidor, tales como la Directiva 2005/29/CE<sup>4</sup>, así como en las

---

<sup>3</sup> Conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona presentadas el 30 de abril de 2020 en el Asunto C-287/19, *DenizBank AG vs. Verein für Konsumenteninformation* [Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo civil y penal, Austria)]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225999&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15302850>

<sup>4</sup> Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («DOUE» núm. 149, de 11 de junio de 2005).

Directivas 2000/31/CE<sup>5</sup>, 2002/65/CE<sup>6</sup>, 2008/48/CE<sup>7</sup>, 2011/83/UE<sup>8</sup> y 2014/92/UE<sup>9</sup>. Así, cuando el usuario de servicios de pago tenga la condición de consumidor en el sentido del art. 2 de la Directiva 93/13, esta será de aplicación, junto con la Directiva 2015/2366, al clausulado del contrato de servicios de pago, sin perjuicio de las medidas adoptadas por los Estados miembros para transponer aquella directiva, que, en el ámbito que regula, se limita a efectuar una armonización mínima y autoriza, pues, la adopción o el mantenimiento de medidas nacionales más estrictas, siempre que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección (art. 8 de la Directiva 93/13).

En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente considera que la Cláusula 14 de las condiciones generales objeto del procedimiento principal (*vid supra* 1) puede dar lugar, en la práctica, a una modificación unilateral del contrato marco debido a la presunción de aceptación que contiene, ya que, a su parecer, los usuarios de servicios de pago no analizarán suficientemente las implicaciones de tales cláusulas.

Esto significaría que la Cláusula 14 tendría carácter abusivo de conformidad con el art. 3.3 de la Directiva 93/13/CEE, el cual se remite al Anexo de esta Directiva, donde se contiene una lista indicativa de este tipo de cláusulas, entre las que figuran, en el punto 1, letra j), las «cláusulas que tengan por objeto o por efecto (...) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo», y, por tanto, no vincularía al consumidor -en las condiciones estipuladas por el Derecho nacional aplicable-, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

En este sentido, el TJUE se limita a determinar que el examen del carácter abusivo o no de la Cláusula 14 de las condiciones generales, relativa a la modificación tácita del contrato marco celebrado con consumidores, es competencia del órgano jurisdiccional remitente, quien, en su caso, deberá extraer las consecuencias que se deriven de la ilegalidad de dicha cláusula a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13 y no del art. 52.6.a) leído en relación con el art. 54.1 de la Directiva PSD2.

No obstante, el TJUE recuerda que, en lo que respecta a las cláusulas tipo que permiten la modificación unilateral de los contratos, estas deben satisfacer las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone la Directiva 93/13<sup>10</sup>.

De todo lo expuesto, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el artículo 52, punto 6, letra a), de la Directiva 2015/2366, leído en relación con el artículo 54, apartado

---

<sup>5</sup> Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («DOCE» núm. 178, de 17 de julio de 2000).

<sup>6</sup> Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores («DOCE» núm. 271, de 9 de octubre de 2002).

<sup>7</sup> Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo («DOUE» núm. 133, de 22 de mayo de 2008).

<sup>8</sup> Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE («DOUE» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011).

<sup>9</sup> Directiva 2014/92/UE de 23 de julio de 2014 sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas («DOUE» núm. 257, de 28 de agosto de 2014).

<sup>10</sup> Con cita a la STJUE (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb AG contra Westfalen eV, C-92/11 (TJCE 2013\93; EU:C:2013:180).

1 de esta, debe interpretarse en el sentido de que regula *la información y las condiciones que deberán ser proporcionadas por los proveedores de servicios de pago que deseen acordar, con el usuario de sus servicios, una presunción de aceptación en lo que concierne a la modificación, con arreglo a las modalidades previstas en esas disposiciones, del contrato marco celebrado entre ellos, pero no establece limitación alguna en lo que concierne a la condición del usuario o al tipo de cláusulas contractuales que pueden ser objeto de tal acuerdo, sin perjuicio, no obstante, de que, cuando el usuario tenga la condición de consumidor, se proceda a un eventual control del carácter abusivo de tales cláusulas a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13.*

#### **La función NFC constituye un «instrumento de pago» a los efectos del art. 4, apdo. 14 de la Directiva PSD2**

El artículo 4, apartado 14 de la Directiva 2015/2366 define el concepto de instrumento de pago como *«cualquier dispositivo personalizado y/o conjunto de procedimientos acordados entre el usuario de servicios de pago y el proveedor de servicios de pago y utilizados para iniciar una orden de pago».*

Su antecesor, el artículo 4, apartado 23 de la Directiva 2007/64/CE (PSD1) - redactado en términos equivalentes al actual art. 4.14 de la Directiva PSD2<sup>11</sup>-, fue sometido a diversas versiones lingüísticas, generándose cierta divergencia entre ellas: mientras en unas el epíteto «personalizados» no caracterizaba el sintagma «conjunto de procedimientos» (versión francesa, italiana, portuguesa, rumana y española), en la versión alemana el adjetivo «personalizados» se utilizaba para aludir tanto al dispositivo como al conjunto de procedimientos.

Estas dudas fueron despejadas por el TJUE en el caso *T Mobile Austria*<sup>12</sup>, donde sostuvo que *«... para calificarlo de personalizado, un instrumento de pago debe permitir al proveedor de servicios de pago comprobar que la orden de pago ha sido iniciada por un usuario habilitado para hacerlo»* (apdo. 33). Seguidamente, en el apdo. 34, señaló que *«... determinados instrumentos de pago a los que hacer referencia expresamente el art. 53 de la Directiva 2007/64 (actual art. 63 de la Directiva PSD2) no son instrumentos personalizados. Así, por ejemplo, del artículo 53, apartado 1, letra b) de la Directiva PSD1 (actual art. 63.1.b de la Directiva PSD2) se desprende que ciertos instrumentos de pago se utilizan de forma anónima; en tal caso, los proveedores de servicios de pago no están obligados a aportar prueba de la autenticación de la operación considerada en el supuesto contemplado en el artículo 59 de la referida Directiva».* Por lo tanto, *«[d]e la existencia de tales instrumentos de pago no personalizados, resulta necesariamente que el concepto de instrumento de pago definido en el artículo 4, número 23, de la referida Directiva puede incluir un conjunto de procedimientos no personalizados acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario y utilizado por el usuario para iniciar una orden de pago»* (apdo. 35).

---

<sup>11</sup> Definía el concepto de instrumento de pago como *«cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, y/o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago y utilizado por el usuario del servicio de pago para iniciar una orden de pago».*

<sup>12</sup> TJUE (Sala Quinta), caso *T Mobile Austria GmbH contra. Verein für Konsumenteninformation* (C-616/11), sentencia de 9 de abril de 2014 (TJCE 2014\145; EU:C:2014:242).

La función NFC de una tarjeta multifuncional asociada a una cuenta bancaria individual («personalizada») permite efectuar pagos de escasa cuantía -de hasta 25 euros por unidad- acercando esa tarjeta a un terminal de venta, sin necesidad de insertar la tarjeta de débito o crédito en el lector y sin tener que introducir un número de identificación personal («código PIN»), pues la comunicación inalámbrica entre la tarjeta con función NFC y el terminal de venta basta para validar la transacción.

Así, conforme a la jurisprudencia expuesta, la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada no constituye un «dispositivo personalizado» en el sentido del primer supuesto contemplado en el artículo 4.14 de la Directiva 2015/2366, ya que el uso de esa función, como tal, no permite al proveedor de servicios de pago verificar que la orden de pago fue iniciada por un usuario autorizado para ello, a diferencia de las demás funciones de esa tarjeta, que requieren la utilización de credenciales de seguridad personalizadas, como un código PIN o una firma. En otras palabras, no es posible verificar si un pago realizado mediante la función NFC fue autorizado por el titular de la tarjeta, ya que *cualquiera* que posea (lícita o ilícitamente) la tarjeta puede realizar un pago.

Ahora bien, ¿la utilización de la función NFC puede constituir, como tal, un «conjunto de procedimientos» no personalizados en el sentido del segundo supuesto contemplado en el art. 4.14 de la Directiva 2015/2366?

La función NFC, tras ser activada por el titular de la cuenta bancaria asociada a la tarjeta dotada de esa funcionalidad, puede ser utilizada, en virtud del contrato celebrado entre el proveedor de servicios de pago y el titular-usuario, por cualquier persona que se halle en posesión de la tarjeta para pagar pequeñas cantidades -que se cargan en aquella cuenta- dentro del límite máximo autorizado por ese contrato, sin tener que hacer uso de las credenciales de seguridad personalizadas específicas del titular de la cuenta en cuestión a efectos de la «autenticación», o incluso de la «autenticación reforzada», de la orden de pago, en el sentido del artículo 4, puntos 29 a 31 de la Directiva 2015/2366.

Además, el Tribunal de Luxemburgo precisa que, dadas sus características específicas, la función NFC es jurídicamente dissociable de las demás funciones de que está dotada la tarjeta bancaria que le sirve de soporte, las cuales requieren el uso de credenciales de seguridad personalizadas, en particular, para pagar cantidades que superen el límite máximo establecido para el uso de la función NFC. En efecto, tal y como señala el Abogado General en las conclusiones presentadas el 30 de abril de 2020, las tarjetas bancarias multifuncionales con función NFC, ya sea de crédito o débito, tienen doble naturaleza o funcionalidad. Por una parte, están vinculadas a un cliente específico y claramente identificable, de manera que cabe utilizarlas como instrumentos de pago personalizados, cuando el cliente de la entidad bancaria autoriza a esta a pagar al destinatario con la introducción de un código PIN o con una firma. Y, por otra parte, pueden tener una funcionalidad adicional, la correspondiente a la NFC -ya se ha señalado en qué consiste-.

Por lo tanto, tal y como afirma el apdo. 75 de la STJUE de 11 de noviembre de 2020, la utilización de la función NFC de una tarjeta bancaria, asociada a una cuenta bancaria individual, representa un conjunto de procedimientos no personalizados que debe haber sido acordado entre el usuario y el proveedor de servicios de pago y que se utiliza para iniciar una orden de pago, de modo que esta función, considerada de

manera aislada, constituye un «instrumento de pago» (*despersonalizado o anónimo*), en el sentido del artículo 4, punto 14, segundo supuesto de la Directiva 2015/2366.

Por consiguiente, *el artículo 4, punto 14 de la Directiva 2015/2366 debe interpretarse en el sentido de que la función NFC de que está dotada una tarjeta bancaria multifuncional personalizada, que permite efectuar pagos de escasa cuantía con cargo a la cuenta bancaria asociada a dicha tarjeta, constituye un «instrumento de pago, tal como se define en dicha disposición. En palabras de GONZÁLEZ CARRASCO<sup>13</sup>, se trataría de una «dualidad de instrumentos de pago en un solo soporte físico».*

Visto que la función NFC constituye un instrumento de pago a los efectos de la Directiva PSD2, conviene hacer una precisión sobre aquella cláusula contractual que prevé la posibilidad de modificar las condiciones de un contrato marco de servicios de pago con el consentimiento tácito del usuario.

En el análisis de la primera cuestión prejudicial planteada, el TJUE sostiene la posibilidad de aceptación tácita de modificaciones, pero solo cuando los cambios se efectúen sobre condiciones no esenciales del contrato marco de servicios de pago (*vid supra*), no entrando a analizar si la inclusión de la función NFC en una tarjeta bancaria multifuncional personalizada constituye una modificación esencial o no de las condiciones del contrato marco -pues es competencia de los tribunales nacionales-.

No obstante, los tribunales nacionales podrían tener presentes los puntos 88 y 89 de las conclusiones del Abogado General, donde se señala que *«... la inclusión en una tarjeta de pago multifuncional personalizada de la función 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). En ambos supuestos (contrato nuevo o novación objetiva de un elemento esencial del contrato precedente), el consumidor, una vez informado de las ventajas y de los riesgos que conlleva la funcionalidad NFC de su tarjeta, deberá prestar su aquiescencia explícita, de modo inequívoco, a este instrumento de pago, lo que no se compadece con la aceptación tácita».* De conformidad con el texto transcrito, no podrá aplicarse el consentimiento tácito a los cambios de elementos esenciales, *como pueden ser los relativos a la adición de la función NFC de una tarjeta de pago.*

***El pago de escasa cuantía realizado mediante la función NFC constituye una utilización anónima del instrumento de pago a efectos del art. 63, apdo. 1, letra b) de la Directiva PSD2***

---

<sup>13</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: «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)», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, mayo de 2020. Disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones del Abogado General de 30 de abril de 2020 en el Asunto C287\\_19.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones del Abogado General de 30 de abril de 2020 en el Asunto C287_19.pdf)

El artículo 63 de la Directiva 2015/2366 establece un régimen *excepcional* aplicable a instrumentos de pago de escasa cuantía «y pagos sin contacto en el punto de venta» (Considerando 96 de la Directiva), en virtual del cual no se aplican ciertos derechos y obligaciones derivados de la prestación y utilización de servicios de pago previstos en el Título IV de la Directiva. Más concretamente, el artículo 63, apartado 1, letra b) establece que en caso de instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, solo afecten a operaciones de pagos individuales no superiores a 30 EUR, los proveedores de servicios de pago «... *podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago en que (...) no se apliquen los artículos 72, 73 ni el artículo 74, apartados 1 y 3, si el instrumento de pago se utiliza de forma anónima o el proveedor de servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, de demostrar que la operación de pago ha sido autorizada*».

El citado precepto instaura un régimen de responsabilidad atenuada del proveedor de servicios de pago -de manera similar al art. 63, apdo.1, letra a), como se verá (*vid infra*)- cuando el instrumento de pago se emplee de forma anónima o de cualquier otra manera que *el proveedor sea objetivamente incapaz de demostrar que la operación de pago ha sido debidamente autorizada por el titular de la tarjeta*. Si ello fuera así, los proveedores de servicios de pago y los usuarios de sus servicios pueden establecer, por vía convencional, la inaplicación del artículo 72 de esta Directiva, que exige que el proveedor demuestre la autenticación y la ejecución de las operaciones de pago; en segundo lugar, del artículo 73 de la misma, que establece el principio de la responsabilidad del proveedor en caso de operaciones de pago no autorizadas, y, en tercer lugar, del artículo 74, apartados 1 y 3, de la referida Directiva, que establece una excepción parcial a dicho principio al establecer en qué medida el ordenante puede verse obligado a soportar, hasta un máximo de 50 euros, las pérdidas derivadas de tales operaciones, salvo en caso de que se haya notificado al proveedor del servicio el extravío, el robo o la apropiación indebida del instrumento de pago.

Ya determinó la STJUE de 9 de abril de 2014 (caso T Mobile Austria, *vid supra*) que del artículo 53, apartado 1, letra b) de la Directiva 2007/64 (PSD1) -actual artículo 63, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/2366 (PSD2)- «... *se desprende que ciertos instrumentos de pago se utilizan de forma anónima; en tal caso, los proveedores de servicios de pago no están obligados a aportar prueba de la autenticación de la operación considerada en el supuesto contemplado en el artículo 59 de la referida Directiva*» (apdo. 34).

En lo que concierne a la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada, el TJUE sostiene que es importante distinguir entre la identificación del titular de la cuenta a la que se cargan los pagos realizados -con o sin utilización de la función NFC-, que resulta directamente de la personalización de la tarjeta en cuestión -de ahí que se denomine «tarjeta personalizada»-, y la autorización de pago eventualmente dada por dicho titular, que no puede demostrarse por el mero uso de la tarjeta cuando el pago en cuestión se realiza mediante la función NFC, pues puede suceder que el poseedor no sea su verdadero titular en casos de extravío, robo, pirateo o apropiación indebida. Así, la autorización de pago mediante la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada -una vez haya sido activada por el cliente-, solo requiere la posesión de esta tarjeta (autenticación simple) y no la autenticación mediante el uso de credenciales de seguridad personales, como, por

ejemplo, un código PIN o una firma manuscrita del titular de la tarjeta (autenticación reforzada).

De esta última circunstancia se deriva que *cualquier persona*, con acceso a una tarjeta dotada de esa función -asociada a la cuenta bancaria de un cliente concreto-, puede efectuar un pago de tales características dentro del límite autorizado, incluso sin el consentimiento del titular de la cuenta, en caso de extravío, robo o apropiación indebida, por lo que la mera posesión física de la tarjeta dotada de esta función no permite inferir que el titular haya consentido dicho pago.

Por consiguiente, *el empleo de la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada para realizar pagos de escasa cuantía constituye una utilización «anónima» del instrumento de pago en el sentido del artículo 63, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/2366*, pues el proveedor de servicios de pago es objetivamente incapaz de identificar a la persona que ha pagado por este medio y, por lo tanto, de verificar, o incluso probar, que la transacción ha sido debidamente autorizada por el titular de la cuenta. En otras palabras, no puede demostrar si el pago ha sido autorizado por el titular de la tarjeta, en vez de un tercero que la haya robado, pirateado o usado indebidamente.

***El proveedor de servicios de pago tiene que probar que no es técnicamente factible bloquear la tarjeta con función NFC o impedir su utilización futura para trasladar al titular de la tarjeta los riesgos derivados de los pagos no autorizados***

Continuando con las excepciones del artículo 63 de la Directiva 2015/2366 aplicables a instrumentos de pago de escasa cuantía, su apdo. 1, letra a) señala que los proveedores de servicios de pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago en 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, si el instrumento de pago no permite su bloqueo ni [permite] impedir futuras utilizaciones [de ese instrumento]».

Este precepto instaura -de manera similar al art. 63, apdo.1, letra b), antes visto (*vid supra*)- un régimen de responsabilidad atenuada del proveedor de servicios de pago cuando se acredite la imposibilidad de bloquear o impedir futuras utilizaciones del instrumento de pago, pudiendo aquel y el usuario de los servicios de pago prever, por vía convencional, excepciones a la aplicación de las obligaciones derivadas, en primer lugar, del artículo 69, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, que obliga al usuario a informar sin demora al proveedor del extravío, robo o apropiación indebida del instrumento de pago o de la utilización no autorizada del instrumento de pago en cuestión; en segundo lugar, del artículo 70, apartado 1, letras c) y d), de dicha Directiva, que impone al proveedor la obligación de poner a disposición del usuario medios que permitan a este efectuar gratuitamente tal notificación o solicitar el bloqueo de dicho instrumento, y, en tercer lugar, del artículo 74, apartado 3, de la citada Directiva, que libera al ordenante, salvo en caso de actuación fraudulenta por su parte, de las consecuencias económicas de la utilización del instrumento extraviado, robado u objeto de apropiación indebida, acaecida después de que se haya procedido a la notificación así prevista.

El artículo 63.1.a) de la Directiva 2015/2366, puesto que introduce excepciones al régimen general de obligaciones derivadas de un contrato de servicios de pago a

favor del proveedor de servicios de pago y limita, a su vez, los derechos del usuario, debe ser interpretado de manera estricta, de modo que el proveedor que desee hacer uso de la facultad ofrecida por el art. 63.1.a) no puede limitarse a mencionar en el contrato marco, relativo al instrumento de pago de que se trate, que no puede bloquear dicho instrumento ni impedir futuras utilizaciones para eludir sus propias obligaciones, sino que debe demostrar, incumbiéndole la carga de la prueba en caso de litigio, que ese instrumento no permite en modo alguno, por razones técnicas, que se proceda a su bloqueo o que se impida su futura utilización.

De lo contrario, tal como señala el Abogado General en los puntos 60 y 61 de sus conclusiones -puntos a los que se remite el apdo. 104 de la STJUE que se está analizado-, si un proveedor de servicios de pago pudiera eludir su responsabilidad alegando, simplemente, que se halla en la imposibilidad de bloquear el instrumento de pago o de impedir su futura utilización, podría fácilmente, proponiendo una oferta técnicamente mediocre, hacer recaer sobre el usuario de sus servicios los riesgos derivados de los pagos no autorizados. Además, esa transferencia de los riesgos y sus consecuencias adversas no sería conforme ni con el objetivo de proteger a los usuarios de los servicios de pago, y, más concretamente, a los consumidores (Considerandos 6, 53 y 63 de la Directiva 2015/2366), ni con la regla según la cual los proveedores de servicios de pago asumen la responsabilidad de adoptar las medidas de seguridad adecuadas<sup>14</sup> (Considerando 91 de la Directiva 2015/2366).

La imposibilidad de bloqueo o de impedir que se siga utilizando la tarjeta tiene que valorarse, en palabras del TJUE, *a la luz del estado objetivo de los conocimientos técnicos disponibles*, por lo que si el órgano jurisdiccional que conoce del caso considera que era materialmente posible llevar a cabo dicho bloqueo o impedir tal utilización, habida cuenta del estado objetivo de los conocimientos técnicos disponibles, pero el proveedor no recurrió a tales conocimientos, no podrá aplicarse, en beneficio de este último, el artículo 63, apartado 1, letra a).

En el caso de tarjetas de pago personalizadas dotadas de la funcionalidad NFC, el Abogado General señala que «todo apunta a que el estado de la técnica propicia que una entidad bancaria pueda bloquear una tarjeta de estas características, pues no parece que la incorporación a esas tarjetas de la funcionalidad NFC impida su bloqueo». Si ello fuera así, la cláusula de un contrato marco que afirmara que técnicamente no es posible bloquear la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía, como así lo hace la Cláusula 18 predispuesta por DenizBank (*vid supra* 1), estaría infringiendo el art. 63.1.a) la Directiva 2015/2366.

En consecuencia, el artículo 63, apartado 1, letra a) de la Directiva 2015/2366 debe interpretarse en el sentido de que un proveedor de servicios de pago que pretenda acogerse a la excepción prevista en dicha disposición *no puede limitarse a afirmar que resulta imposible bloquear el instrumento de pago en cuestión o impedir que se siga utilizando, siendo así que, habida cuenta del estado objetivo de los conocimientos técnicos disponibles, no puede demostrarse tal imposibilidad*.

---

<sup>14</sup> Con cita a la STJUE (Sala Tercera) de 25 de enero de 2017, caso *BAWAG PSK Bank contra VFK*, C-375/15 (TJCE 2017\32; EU:C:2017:38) y a la STJUE (Sala Novena) de 2 de abril de 2020, caso *PrivatBank As contra Finanšu un kapitāla tirgus komisija*, C-480/18 (TJCE 2020\73; EU:C:2020:274).

### 3. Conclusiones

En primer lugar, el artículo 52, apartado 6, letra a) de la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior, leído en relación con el artículo 54, apartado 1 de esta misma Directiva, regula la información y las condiciones que deberán ser proporcionadas por los proveedores de servicios de pago que deseen acordar, con el usuario de sus servicios, una presunción de aceptación en lo que concierne a la modificación del contrato marco celebrado entre ellos, pero no establece limitación alguna en lo que concierne a la condición del usuario o al tipo de cláusulas contractuales que pueden ser objeto de tal acuerdo.

En segundo lugar, cuando el usuario de los servicios de pago tenga la condición de «consumidor», la cláusula contractual que prevea la posibilidad de modificar las condiciones del contrato marco de servicios de pago con el consentimiento tácito del usuario-consumidor podrá ser sometida a un eventual control del abusividad a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE.

En tercer lugar, la función de comunicación de campo cercano (*Near Field Communication*, NFC) de que está dotada una tarjeta bancaria multifuncional personalizada, que permite efectuar pagos de escasa cuantía con cargo a la cuenta bancaria asociada a dicha tarjeta, constituye un «instrumento de pago» a los efectos del artículo 4, apartado 14 de la Directiva 2015/2366.

En cuarto lugar, el pago realizado mediante la función NFC de una tarjeta bancaria personalizada constituye una utilización «anónima» de ese instrumento de pago, de conformidad con la excepción prevista en el artículo 63, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/2366.

En quinto y último lugar, el proveedor de servicios de pago que pretenda acogerse a la excepción prevista en el artículo 63, apartado 1, letra a) de la Directiva 2015/2366, no puede limitarse a afirmar que resulta imposible bloquear el instrumento de pago de escasa cuantía en cuestión o impedir que se siga utilizando, sino que debe probar, a la luz del estado objetivo de los conocimientos técnicos disponibles, que el instrumento de pago no permite su bloqueo.