

 **JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLDANO***Magistrado*

ENUNCIADO

Cada día resulta más habitual, común e indiscutido, que el acceso de grandes sectores de consumidores al mercado de los servicios y pagos por medio del denominado «dinero de plástico» a través del uso frecuente de tarjetas de crédito resulta muy beneficioso en tanto que evita el porte de numerario, facilita las transacciones y compras y se utiliza como verdadera garantía de solvencia, hasta el punto de interesarse en la mayoría de los establecimientos hoteleros la exhibición de la tarjeta con la finalidad de garantizar el abono de consumos menores y hasta el mismo pago íntegro del alojamiento.

Nos referimos aquí a un caso que, derivado de la propia masificación y del uso habitual de las tarjetas de crédito, por desgracia, viene a ser más habitual de lo que se pudiera pensar en principio.

Es sabido que, además de la copia ilegal de las tarjetas que vienen realizando bandas especializadas de falsificadores, utilizando procedimientos ópticos que colocan en los propios cajeros exteriores de los bancos y entidades de crédito, con los que duplican las tarjetas y las usan para la obtención fraudulenta de crédito, también se produce la misma sustracción y pérdida de las tarjetas de crédito, viniendo el tercero que las sustrajo a su titular o el que se las apropió, si se habían perdido, a utilizarlas indebidamente en perjuicio de su titular.

Por medio de la correspondiente demanda, un ciudadano español que detectó la sustracción de su tarjeta de crédito cuando recibió el estadillo mensual contable de los cargos procedentes de su uso, y no antes, reclama a la Caja de Ahorros que la emitió a su favor el importe de los daños y perjuicios derivados de su uso fraudulento, al haberse negado la entidad financiera referida a estimar existente su responsabilidad por no haberle comunicado inmediatamente la pérdida o sustracción el cliente referido y perjudicado, y dentro del plazo breve pactado al efecto.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Resulta exigible al titular de la tarjeta de crédito que comunique de forma inmediata su pérdida o sustracción a la entidad emisora?
2. En relación con ello, ¿puede estimarse responsable de los cargos indebidos a la entidad emisora que no recibió inmediata comunicación del titular de la tarjeta perdida o sustraída?
3. Tratándose de dicho supuesto, ¿puede extenderse la responsabilidad reclamada a los comercios o establecimientos en los que se utilizó indebidamente por no haber comprobado la identidad y la firma del usuario, o sólo cabe repetir contra ellos por tal negligencia en la comprobación?

SOLUCIÓN

1. La ocurrida circunstancia de la pérdida o sustracción de la tarjeta de crédito en cuestión, por supuesto, suele llevar la obligación contractual de comunicar en el breve plazo que suele pactarse al efecto dicha circunstancia a la entidad de crédito o financiera que la emitió en su día a favor del cliente que la ha perdido o que ha visto cómo se le sustraía la misma.

La doctrina jurisprudencial tiene dicho, sobre dicho particular, que el hecho de no denunciar o poner en conocimiento de la entidad emisora de la tarjeta de crédito la pérdida o sustracción de la misma en un período de tiempo considerable no exime de responsabilidad a la emisora referida, ya que el sistema de verificación de la identidad del usuario no debería permitir su utilización fraudulenta por terceras personas, debiendo cumplir dicha comunicación pactada y obligatoria una función de precaución o cautela en los casos de pérdida o sustracción de la tarjeta, sin exonerar a la entidad emisora de su responsabilidad.

La jurisprudencia también ha procurado depurar determinadas cláusulas dudosas en orden a la responsabilidad por sustracción contenida en las tarjetas de crédito. Así, frente a una cláusula que establecía lo siguiente: «el contratante consiente el adeudo en la cuenta soporte de todas las operaciones que se realicen con la tarjeta sin perjuicio de los supuestos de limitación de responsabilidad que más adelante se exponen», se indicó que, puesto que la cláusula prevé el adeudo de las operaciones que se realicen con la tarjeta, los casos de clonación de ésta no están previstos, no debiendo responder su titular. Lo cierto es que la cláusula en sí no es clara, pues no parece que su objetivo sea responder únicamente a la finalidad económica del negocio, enumerando, por obvio, un deber general de consentimiento de adeudo por el contratante. Es precisamente esta obviedad la que introduce dudas sobre su utilización inadecuada en perjuicio del consumidor, ya que si sólo quedan exonerados los supuestos de sustracción o pérdida que se contemplan en la cláusula posterior, parece que en el caso de tarjetas clonadas podrá quedar convalidado el consentimiento del consumidor a todo tipo de adeudos en la

cuenta soporte, imponiendo de este modo al consumidor la obligación de probar en estos casos que no ha consentido dichas operaciones, por lo que se estima que se trata, en conclusión, de una cláusula oscura y abusiva cuya nulidad viene contemplada al amparo de la disposición adicional primera, apartados 19 y 20, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2. En torno a la responsabilidad derivada de la falta de comunicación inmediata de la pérdida o sustracción que atañe al cliente titular de la tarjeta de crédito en cuestión, se ha de indicar que es clara la afirmación general jurisprudencial en el sentido de concluir que, como la tarjeta de crédito representa en general un beneficio para la entidad bancaria que la emite, ésta debe hacer frente a sus consecuencias gravosas derivadas de una utilización ilícita de dicho medio de pago.

Ello significa que, de acuerdo con lo que ya se ha anticipado en el apartado anterior, no cabe exonerar a la entidad emisora, sin más, de su obligación y responsabilidad por los pagos habidos o cargos indebidos en la cuenta de la tarjeta de crédito. Y ello es así aunque se hubiera pactado la exención de responsabilidad de la emisora para el caso de falta de comunicación de la pérdida o sustracción, ya que, se afirma de forma rotunda y taxativa, no puede jugar la cláusula de exención de responsabilidad pactada con un carácter absoluto salvo que se demuestre una conducta clara e indudable de imprudencia del usuario al respecto, sin que esta imprudencia clara del consumidor o usuario de la tarjeta pueda deducirse o inferirse sólo del simple retraso en la comunicación de la sustracción de la tarjeta de crédito que, en el caso planteado, sólo pudo tener al cerciorarse por los extractos de la propia entidad bancaria de ese uso fraudulento por terceros de su tarjeta de crédito.

Abundando en el sentido apuntado, debe añadirse que no se puede exigir al consumidor, usuario o titular de la tarjeta de crédito que haga o efectúe una comprobación constante y permanente de la posesión de la tarjeta en cuestión, de forma compulsiva o con una exigencia absoluta fuera de lugar, dado que su utilización no depende sólo de tal posesión sino de la debida comprobación de la identidad del usuario, y de los mecanismos que deba poner en funcionamiento la entidad de crédito o financiera para la exigida seguridad, entre los que se destaca la comunicación al titular de la tarjeta de su uso y del importe de los cargos correspondientes de la manera más inmediata posible para, precisamente, poder comprobar la corrección o excesividad de dichos cargos o apuntes indebidos.

Concretamente, en orden a la posible responsabilidad o negligencia del titular de la tarjeta de crédito, se ha estimado que no existe por dejarla en el interior de un vehículo que fue objeto de sustracción en cuanto a la documentación dejada por su titular en el mismo, entre la que estaba la tarjeta de crédito en cuestión. Se recuerda, a tal efecto, que tanto la Recomendación 87/598, de 8 de diciembre de 1987, de la Unión Europea sobre el Código de Buena Conducta en Materia de Pago Electrónico como la 97/489, de 30 de julio de 1997, que la revisa y actualiza, y que contemplan la responsabilidad del titular de la tarjeta durante el tiempo que media entre su pérdida o robo hasta la notificación de este hecho al emisor en sólo 150 euros, excepto cuando haya actuado de forma fraudulenta o negligentemente grave (en cuyo caso no se aplicará dicho límite), en el cumplimiento de sus obligaciones de uso y cuidado adecuados del instrumento electrónico, mantenimiento del secre-

to sobre su PIN o demora en la notificación al emisor de la pérdida, sustracción o falsificación del instrumento electrónico (art. 8.º 3 de la primera y 6.º de la segunda). Por su parte, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, a partir de 1991, comienza a informar como no ajustado a las buenas prácticas bancarias no aplicar al titular de la tarjeta el límite de responsabilidad referido (informes relativos a las reclamaciones 1334/91, 1514/91 y 25/92) y así es que, desde entonces, ha venido incorporándose a los contratos bancarios de tarjeta.

La razón, al decir de la doctrina, descansa sobre estas premisas: el sistema para funcionamiento de las tarjetas lo dispone el emisor o un tercero con el que el emisor contrata su uso en beneficio propio y el sistema operativo de las tarjetas electrónicas no es completamente seguro; en el estado actual no se puede garantizar una seguridad absoluta y quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es el emisor que ha puesto en marcha el sistema y de ahí su responsabilidad por circunstancias relativas al funcionamiento del sistema cuyos riesgos y limitaciones él conoce y que no deben ser imputados al usuario; y de ahí, también, que sea de su cargo la prueba de la mala fe o negligencia grave del usuario o titular de la tarjeta. Nuestros Tribunales han recogido este criterio de establecer como de cargo del emisor la prueba de la culpa grave del usuario o titular (en este sentido, SSAP de Toledo de 1 de julio de 1999 o Madrid de 6 de octubre de 2004).

De otro lado, también se ha entendido que esa diligencia exigible es aquella que contempla el artículo 1.104 del Código Civil (SSAP de Baleares de 25 de junio de 1999, Salamanca de 1 de junio de 2004 o Castellón de 5 de noviembre de 2004), destacándose por la doctrina que la exigencia de una diligencia mayor y más específica pudiera tener sentido si, paralelamente a la experiencia acumulada por el emisor, se diesen por éste al titular o usuario instrucciones más precisas sobre el cuidado de la tarjeta y no limitándose, como ocurre en el supuesto de autos, a reproducir las directrices de las Recomendaciones citadas y del Código de Buena Práctica de la Banca Europea aprobado el 14 de noviembre de 1990 (y que reproduce el contenido de dichas Recomendaciones). Como expresa la SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1986, no puede considerarse que dejar la tarjeta dentro de un vehículo cerrado suponga infracción grave del deber de custodia por su titular y menos aún si se tiene en cuenta que este hecho debe necesariamente ponerse en relación con las demás circunstancias que rodearon la sustracción como son que los terceros que se apoderaron de ellas accedieron al vehículo por la puerta del copiloto sin que conste que dejaran huellas externas que avisaran de su forzamiento y que sustituyeron las tarjetas sustraídas por otras provocando, hábilmente, una apariencia de normalidad al punto de que, para mejor conseguir este efecto, no se apropiaron de dinero en metálico no dejando huella de haber manipulado la cartera.

3. Nos recuerda la doctrina jurisprudencial que, por lo que se refiere a la, a veces, sostenida corresponsabilidad de los comercios o establecimientos en los que se hizo uso de la tarjeta de crédito perdida o sustraída, por falta de comprobación adecuada de la identidad y firma del usuario de la misma, no se puede desentender la entidad bancaria o crediticia de su posible utilización indebida por terceros de forma fraudulenta, y ello con independencia de su facultad de repetición respecto de aquellos comercios o establecimientos que hayan actuado de forma negligente en la identificación de la identidad del titular de la tarjeta de crédito y firma del mismo por medio de la solicitud

de su carnet de identidad o pasaporte, como documentos más habituales para efectuar dichas comprobaciones.

Pero, además de ello, se destaca con claridad que, en casos como el aquí contemplado, no se puede repercutir en el usuario o consumidor de la tarjeta de crédito el reseñado uso indebido y el perjuicio derivado por la actividad de los comercios así como el derivado pago indebido efectuado por la entidad de crédito o financiera.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 1.104.
- Ley 26/1984 (LGDCU), disp. adic. primera.
- SSAP de Asturias de 15 de febrero (Sección 7.^a), Zaragoza de 12 de abril (Sección 2.^a) y Madrid de 3 de octubre de 2005 (Sección 19.^a).