



JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO
Magistrado

ENUNCIADO

Viene siendo, desde hace tiempo, debatida la existencia de unas determinadas comisiones percibidas por la utilización en las compras con tarjetas de crédito, comisiones que son percibidas por los bancos del comercio y del cliente por el uso de dicho servicio de tarjeta de crédito por dichos clientes.

Una Asociación de Consumidores de la Banca plantea a su asesoría jurídica la procedencia de estimar que es contraria a la libre competencia la fijación indiscriminada, generalizada y actual de las referidas comisiones percibidas por el uso de las tarjetas de crédito en los comercios por los clientes, denominadas tasas de intercambio, y que perciben las entidades bancarias entre sí.

Varias son las cuestiones que se plantean los asesores jurídicos de la referida Asociación, aunque las dudas fundamentales se refieren al importe concreto percibido en concepto de comisiones.

A su vez, dado que algunos de los asociados han visto cómo por el impago por error de determinados importes de las tarjetas de crédito por ellos utilizadas en diversos establecimientos comerciales, se les incluyó en el Registro de Actividades Impagadas (RAI), se plantean las consecuencias jurídicas de dicha indebida inclusión así como el caso de pérdida o falsificación de la tarjeta así como su robo.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Resultan procedentes en todo caso las denominadas tasas de intercambio de las tarjetas de crédito cualquiera que sea su cuantía o, por el contrario, puede discutirse su cuantía en base a criterios objetivos?
2. ¿Además de la exclusión del listado RAI cabe alguna otra acción indemnizatoria por la indebida inclusión del consumidor o empresa en la lista de morosos?
3. ¿Qué responsabilidad le corresponde al usuario de tarjetas en los casos de uso indebido de su firma, de su tarjeta o la misma falsificación?

SOLUCIÓN

1. Con la finalidad de atender a numerosas reclamaciones que se estaban produciendo en el área de los consumidores de servicios financieros, especialmente en el aspecto de las denominadas tarjetas de crédito, se ha de estimar que las denominadas Tasas de Intercambio percibidas por los Bancos de Comercio respecto de sus clientes y por la prestación del servicio de tarjeta de crédito a los mismos han de ser establecidas por medio de una autorización singular de los órganos de vigilancia de la competencia, concretamente el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, siendo posible el planteamiento de reclamaciones judiciales alternativas y paralelas ante los órganos jurisdiccionales del orden civil, hoy mercantil.

La existencia o pendencia de dichas reclamaciones se ha de basar en la estimada imposibilidad de una fijación multilateral de dichas tasas de intercambio o comisiones específicas por los referidos servicios, sin la existencia de dicha autorización singular de los órganos de la competencia estatales ya que, en otro caso, se debe tener en cuenta que no se ha venido a acreditar su fijación de forma objetiva, en particular en lo relativo a las operaciones a las que se refieren, de tal manera que han de ser establecidas, necesariamente y previa la comprobación pública y oficial referida, a través del mecanismo de la autorización singular de competencia, sobre que cumplan con los requisitos referidos a que su cuantía o porcentaje responde al coste de la transacción y al elemento de riesgo inherente a la misma. Por lo tanto, incidiendo en la misma cuestión, resulta necesario que el sistema de clasificación para establecer los niveles de Tasa de Intercambio se acomode a criterios más objetivos de coste y riesgo, para lo cual es necesario tener en cuenta los diferentes tipos de transacciones que se realicen con tarjetas de crédito y no sólo el sector al que pertenecen los establecimientos comerciales con los que se realiza la operación.

Explicando de forma más detallada la cuestión planteada, o sea la referida al establecimiento de las tasas de intercambio o comisiones referidas, se ha de señalar que en las operaciones o fijación de las comisiones en cuestión intervienen los siguientes agentes interesados: Banco Emisor de la Tarjeta: es aquel que emite la tarjeta de pago a nombre de un titular en virtud de un contrato de tarjeta de pago, poniéndola en circulación y asumiendo el riesgo y costes inherentes a la misma. Titular: es aquella persona que recibe una tarjeta que le permite pagar bienes y servicios en establecimientos adheridos y obtener efectivo en cajeros automáticos, bajo condiciones pactadas entre el titular y el banco. Establecimiento o comercio adherido: persona física o jurídica que se adhiere a un sistema, comprometiéndose a aceptar el pago con tarjeta de los bienes que vende o de los servicios que presta. Banco del comerciante adherido o banco adquirente: entidad que recibe las remesas de facturas del comerciante (sistema manual) o procesa las transacciones (sistema electrónico) y se las abona en su cuenta menos una tasa de descuento. Sociedad de sistemas de medios de pago: es la sociedad que gestiona el centro de intercambio de autorizaciones de pago y los procesos de compensación y liquidación. Por el contrario, existen sistemas de carácter tripartito de pago, gestionados fundamentalmente por empresas conocidísimas norteamericanas, en los que no se diferencia entre el banco emisor de la tarjeta y el banco adquirente o del comerciante adherido.

Además, el sistema de pago funciona de la siguiente y resumida manera. Hay que señalar que consiste en una secuencia de operaciones que comienzan cuando el titular de las Tarjetas realiza una determinada adquisición de mercancías o servicios, al objeto de poner unos fondos a disposición del vende-

dor de dichas mercancías o prestador de dichos servicios. Los sistemas informáticos, a través de los que se llevan a cabo dichas operaciones, se ponen en funcionamiento cuando el comerciante introduce los datos de la transacción en el TPV. Esta información se transfiere a través de la línea telefónica al host o nodo de Sistema. El ordenador central o host de Sistema procesa la información efectuando las correspondientes comprobaciones con objeto de autorizar o denegar las transacciones (proceso de autorización). Una vez efectuadas estas comprobaciones y a la vista de la información del titular de las Tarjetas (estado de su línea de crédito -en el caso de las tarjetas de crédito- o disponibilidad de fondos suficientes -en el caso de las tarjetas de débito-), bien sea mediante el centro de autorización de operaciones interno de Sistema, o bien directamente a través de la información recibida del banco emisor, se procede a autorizar o denegar las transacciones. Naturalmente, la información circula otra vez de forma inversa hasta llegar al TPV del comerciante. Con posterioridad, y una vez efectuada la autorización se lleva a cabo el proceso de compensación y liquidación de la transacción mediante el correspondiente cargo en la cuenta del titular de la tarjeta o en la línea de crédito del titular de la tarjeta, abonándose al mismo tiempo en la cuenta del comerciante el importe de la venta menos una tasa de descuento variable que el comerciante, con anterioridad, ha negociado libremente con el banco adquirente. El banco adquirente abonará a su vez al banco emisor la tasa de intercambio correspondiente, calculada sobre la base de los costes en que haya incurrido el banco emisor al prestar el servicio. La determinación de la cantidad procedente ha de partir del contenido de la Decisión de la Comisión Europea del 24 de julio de 2002 ya que, aunque se refiere a transacciones transfronterizas, la razón de la disposición es la misma que la de las transacciones nacionales, sin que se pueda justificar una diferencia muy elevada existente en la realidad con respecto a transacciones internacionales, que serían de un coste superior a las nacionales y sin que se justifique la existencia de tasas de intercambio muy superiores a las que se pagan en el resto de los Estados de la Unión Europea al momento actual. La Comisión Europea cita en la Decisión sobre el asunto de Visa Internacional que «a pesar de haber realizado un estudio de costes el Consejo ha gozado de total libertad para fijar el nivel de la Tasa de Intercambio independientemente de los servicios concretos que los bancos emisores prestasen en beneficio de los bancos adquirentes. Y es precisamente este hecho junto con el nivel excesivamente alto lo que decide en un primer estadio a emitir un pliego de cargos rechazando la solicitud de exención al sistema Visa Internacional». Todo estudio de costes que pretenda otorgar cierto grado de objetividad queda sin fundamento si el sistema de pagos a través de sus órganos de decisión ostenta discrecionalidad para determinar en última instancia el nivel de las Tasas de Intercambio. Éste es el caso de Sistema que delega en la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración la fijación o modificación de las Tasas de Intercambio, lo que resulta incompatible con cualquier calificación de objetividad dicho Sistema.

Las comisiones referidas, en conclusión, para ser autorizadas y no ser contrarias a la libre competencia establecida en nuestras leyes y en la legislación comunitaria han de fijarse, y luego ser aprobadas, mediante criterios que atiendan exclusivamente al coste de la transacción fijo y al elemento de riesgo inherente a ella, que resulta variable. El elemento fijo se corresponderá con el coste «Autorización y Procesamiento de las transacciones». Debe tener un valor fijo por transacción, independientemente del valor monetario de la misma. El valor de ese elemento sí ha de depender, sin embargo, de si el pago tiene lugar con tarjeta de débito o de crédito. En cuanto a la remuneración del elemento de riesgo, se corresponde con el coste «Riesgo de fraude». Es preciso que su valor dependa del montante de la operación, puesto que obviamente, el riesgo asumido depende de la cantidad de dinero implicada en el pago. La forma más natural de establecer esa dependencia es cuantificando este coste como un porcentaje del volumen de la operación. Esta categoría sólo procede incluirla a efectos de Tasa de Intercambio

en las transacciones a crédito, puesto que en los pagos a débito, el riesgo de fraude es prácticamente inexistente en los casos en que se requiere el uso del PIN al consumidor. En lo referente a las compras por correo o teléfono en las que no existe garantía de pago en la transacción, no procede incluir este elemento en las Tasas de Intercambio.

En consecuencia y conclusión, sólo resultaría aceptable la aplicación de dos Tasas de Intercambio en función de si la transacción se efectúa con tarjeta de débito o crédito. Adicionalmente, cabría distinguir entre las compras por correo o teléfono si cabe demostrar que comportan diferencias significativas que hagan procedente cobrar un diferente coste fijo de transacción para esos tipos de transacciones. Algo similar sería procedente en el caso de las transacciones cobradas mediante procesamiento manual, así como en el de las efectuadas vía Internet.

2. La referida actuación del Banco o entidad financiera respecto de una inexistente deuda que conllevó la también inadecuada inclusión del consumidor o empresario en el RAI ha sido objeto de una copiosa jurisprudencia que, en lo esencial, ha venido a señalar que resulta procedente, además de la exclusión referida, la indemnización de daños y perjuicios en el caso que se hayan producido los mismos y se acredite su existencia.

La doctrina jurisprudencial establecida por las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) y de las diversas Audiencias españolas destacan (STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 2004) y se preocupan, especialmente, del RAI en cuanto a su consideración como medio de prueba en los procesos civiles en lo que atañe a la existencia de morosidad e impagos de las empresas y particulares, al tiempo que (SSTS, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1988, 6 de julio de 1989, 20 de diciembre de 1991 y 10 de diciembre de 2002) resuelven las reclamaciones por indebida inclusión en dicho registro a consecuencia de la actividad negligente de las entidades bancarias y crediticias, supuesto este que tiene lugar si se da dicha culpabilidad civil y, además, se acredita la derivada existencia de daños y perjuicios, ya que, en otro caso, la negligencia resulta inocua en todos los sentidos. Por eso mismo, aunque se acredite la existencia de un cierto grado de negligencia en la Caja que procedió a devolver las letras sin atenderlas debidamente, habiéndose procedido a la cancelación de la mención en el registro repetido antes de la reclamación judicial formulada, la inexistencia de daños acreditados en la imagen del actor elimina la responsabilidad reclamada.

También en el ámbito de la jurisdicción civil se señala [Sentencias de las Audiencias Provinciales (SSAP) de Cáceres, Secc. 1.ª, de 4 de noviembre de 2002 y de Salamanca de 1 de octubre de 2001] que, en las reclamaciones de responsabilidad de los Administradores, las certificaciones e informes emitidos por el RAI sirven para acreditar la posible insolvencia o concurrencia de causa de disolución de la sociedad en cuestión y la falta de acuerdo obligado de aquéllos que dé lugar a la referida responsabilidad deducida, o la (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 4.ª, de 7 de octubre de 2002) posible responsabilidad por intromisión en el honor ante la indebida inclusión en el registro de morosos derivado del impago de una letra de cambio, siempre que deba imputarse dicha conducta a la entidad bancaria demandada y no cuando la inclusión indebida se haya producido por la actividad desplegada por una tercera entidad no demandada en el juicio respectivo, o si la inclusión en el RAI fue indebida por obedecer a un error informático de la Caja la devolución producida de forma anticipada (SSAP de Valencia, Secc. 8.ª, de 21 de julio de 2001 y de Valladolid, Secc. 1.ª, de 16 de julio de 2001) al estimarse que en los ámbitos

mercantiles e industriales la circunstancia de que alguien aparezca en el RAI implica un descrédito para el mismo, siendo evidente que su mera inclusión es ya descalificadora de quien aparece en él, sobre todo si la inclusión fue debida a la acreditada anulación de la letra que fue realizada pese a conocer la Caja la falta de débito efectivo del demandante.

Asimismo, se ha dicho por la jurisdicción civil (SAP de Badajoz, Secc. 1.^a, de 11 de junio de 2001) que, en materia de declaración de quiebra al amparo de la precedente legislación concursal, uno de los datos relevantes que acreditan el presupuesto básico del sobreseimiento o cese en los pagos de la quiebra se infiere, aparte de otros enumerados detalladamente, de la certificación emitida por el RAI, infiriéndose así el importante pasivo existente. El impago de efectos o el que resulten éstos fallidos en vez de ser atendidos de forma regular, se dice (SAP de Guadalajara de 14 de junio de 2000), da lugar, necesariamente, a una serie de apuntes, adeudos, coberturas y notificaciones al cliente sobre el motivo del impago y al RAI, representando las comisiones discutidas la retribución de los servicios prestados por la entidad bancaria cuando los documentos presentados al cobro no son atendidos, por lo que se rechaza la demanda que pretendía la devolución de las cantidades percibidas en un quinquenio por la entidad bancaria que, por otro lado, no fueron discutidas al girarse al demandante en su día.

3. Respecto a cuales sean las posibles responsabilidades ante los hechos que se plantean en la cuestión, ha de recordarse que se ha establecido al respecto que, de acuerdo con las indicaciones derivadas de la normativa comunitaria en la materia, ha de estimarse que existe responsabilidad del titular de la tarjeta durante el tiempo que media entre su pérdida o robo hasta la comunicación de éste hecho al emisor de la misma en sólo una cantidad mínima de 150 euros, excepto cuando haya actuado el titular referido de forma fraudulenta o negligentemente grave en el cumplimiento de sus obligaciones de uso y cuidado, mantenimiento del secreto del PIN o demora en la notificación al emisor de la pérdida, sustracción o falsificación del instrumento electrónico. La referida interpretación hace que no pueda entenderse que dejar la tarjeta en el vehículo propio cerrado suponga dicha infracción grave del deber de custodia por su titular, si hubo varias operaciones de reintegro efectuadas por los tenedores ilegítimos de dicha tarjeta, siendo el límite de los 150 euros por cada operación de reintegro. Tal interpretación, referida a un caso real conocido por los Tribunales civiles, hace que deba traerse a colación la Recomendación 87/598, del 8 de diciembre de 1987, de la Unión Europea referida al Código de buena conducta en materia de pago electrónico, así como la posterior Recomendación 97/489, del 30 de julio de 1997, que revisa y actualiza la anterior. Dichas Resoluciones contemplan la responsabilidad del titular de la tarjeta durante el lapso de tiempo que va entre su pérdida o robo hasta que se notifican tales hechos al emisor en el límite sólo de 150 euros, con las excepciones antes mencionadas (arts. 8.º 3 de la primera y 6.º de la segunda de las Recomendaciones mencionadas). Desde el año 1991 el Banco de España también recomendó atenerse a dichas prácticas en la redacción de los contratos de tarjeta, estimándose contrario a las buenas prácticas bancarias una conducta diferente de las entidades emisoras de las tarjetas.

La doctrina mercantil ha destacado que dicho mecanismo de responsabilidad está basado en que 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 limita-

ciones 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.

Por lo tanto, es 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 de Madrid de 6 de octubre de 2004). 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; de Salamanca de 1 de junio de 2004 o de 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 las 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 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. Respecto al referido límite de los 150 euros, la Recomendación de la Unión Europea de 1988 habla de 150 euros «en cada caso»; la de 1997 se limita a señalar el límite de 150 euros pero en una y otra el supuesto que se contempla es de pérdida, robo o falsificación del instrumento electrónico y el presupuesto del que se parte es el expuesto, esto es, que es el emisor de la tarjeta quien debe asumir los fallos del sistema porque éste no es infalible y porque él es quien lo pone en marcha y oferta al usuario integrando tal conducta en su política de explotación del negocio propio y como parte de él. Luego la consecuencia lógica es entender que el límite de 150 euros es para toda suma de dinero extraída en el tiempo que media entre la sustracción, pérdida o robo o falsificación de la tarjeta y la comunicación de este hecho por el titular al emisor siempre que el primero haya procedido diligentemente, salvo que exista pacto en contrario sobre dicho particular y no se apreciara que la cláusula puede ser abusiva en relación con la legislación de consumidores y usuarios.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1988, 6 de julio de 1989, 20 de diciembre de 1991, 10 de diciembre de 2002 y 17 de febrero de 2004.
- SSAP de Guadalajara de 14 de junio de 2000; de Badajoz (Secc. 1.^a), de 11 de junio de 2001; de Valladolid (Secc. 1.^a), de 16 de julio de 2001; de Valencia (Secc. 8.^a), de 21 de julio de 2001; de Salamanca de 1 de octubre de 2001; de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4.^a), de 7 de octubre de 2002; de Cáceres (Secc. 1.^a), de 4 de noviembre de 2002 y de Asturias (Secc. 7.^a), de 15 de febrero de 2005.
- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de abril de 2005.