

Derechos Humanos), no siempre, por no decir nunca, ha sido el impulso de nuestros juristas. Por esta razón recurren y han recurrido al establecimiento de reglas que recogen, de manera más o menos afortunada, lo que en este ámbito ya se encuentra asentado hace un buen tiempo. Así lo hizo España, con la ley N° 1 de 1982, que establece un sistema de responsabilidad civil de los medios de comunicación. Sin perjuicio de ello el objetivo de este artículo ha sido demostrarles que a través de las normas actualmente vigentes es posible hacer lecturas conforme a los derechos humanos, sin necesidad de pasar por una extensa discusión parlamentaria. Esto no escapa a la responsabilidad civil de los medios de comunicación, estatuto especial que podría dar el ejemplo a seguir.

## DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE USO FRAUDULENTO DE TARJETA DE CRÉDITO EN CASO DE SU EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO

Andrés Mariño López\*

La tarjeta de crédito es un medio de pago de obligaciones de dar suma de dinero cuyo funcionamiento requiere de un sistema conformado por los contratos de emisión (celebrado entre el emisor y el usuario) y de aceptación de tarjetas de crédito (celebrado por el emisor y los proveedores o establecimientos adheridos).

La conexión de los efectos surgidos de los mencionados contratos hace posible el pago de obligaciones dinerarias surgidas de los contratos de cambio celebrados entre los usuarios y los proveedores o establecimientos adheridos. En la operativa del sistema confluyen las obligaciones y derechos emergentes de los tres contratos indicados, los cuales, de dicha forma, se interrelacionan funcionalmente<sup>1</sup>.

La confianza necesaria para el funcionamiento de los sistemas de tarjeta de crédito requiere que el riesgo de una posible utilización ilegítima de ésta sea distribuido entre los sujetos participantes (entidades emisoras, establecimientos adheridos, usuarios) de forma racional y equitativa, conforme a criterios sólidos y transparentes.

La situación de riesgo de uso indebido de la tarjeta de crédito que se da con más frecuencia es la derivada de su pérdida o sustracción, con la consecuente apropiación por un tercero que la utiliza en forma fraudulenta.

Las diferentes obligaciones, a cargo de cada uno de los sujetos que han conformado el sistema de tarjetas de crédito, dirigidas a prevenir el señalado empleo indebido, permiten asignar la responsabilidad por éste a aquéllos que hayan incumplido dichas obligaciones.

\* Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Doctor en Derecho, magister en Derecho y Diploma de DESED por la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

<sup>1</sup> Sobre el sistema de tarjetas de crédito y su funcionamiento, *vid.* Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización indebida de tarjetas de crédito*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados. Daños y responsabilidad civil*, Madrid, Marcial Pons, 2006; Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, *El sistema de tarjeta de crédito*, Granada, Comares, 2006.

La referida distribución de responsabilidad presenta tres aspectos de relevancia.

En primer lugar, la regla general de asignación de responsabilidad que se establece sobre la base del cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada uno de los sujetos que participan en el sistema de tarjetas de crédito.

Un segundo punto es la existencia de límites a la responsabilidad del usuario de la tarjeta establecidos en el contrato de emisión.

Un tercer aspecto relevante lo configura el control del contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito en lo que respecta a las cláusulas que exoneran diferentes situaciones de responsabilidad a cargo de la entidad emisora.

#### I. REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR USO INDEBIDO EN CASO DE EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN

La pérdida o la sustracción de la tarjeta de crédito y su apropiación por un tercero que hace uso de ella, provocando un daño que debe ser asumido por uno de los sujetos del sistema de tarjeta de crédito, se encuentran previstas en las cláusulas de los contratos que componen éste. Se trata de situaciones factibles en el empleo normal de dicho documento de pago y, como consecuencia, están específicamente previstas en los referidos negocios jurídicos contractuales. Éstos establecen obligaciones a cargo de cada uno de los sujetos del sistema con la finalidad de prevenir el uso de la tarjeta de crédito por quien se ha apropiado ilegítimamente de ella.

De acuerdo con dichas previsiones contractuales, el titular de la tarjeta de crédito debe custodiarla en forma diligente y, en caso de extravío o sustracción, comunicar en forma inmediata dicho hecho a la entidad emisora; el establecimiento adherido debe verificar la regularidad del pago que se realiza por su medio; la entidad emisora debe bloquear su posible uso y comprobar la regularidad de la nota de cargo o cupón; el titular debe controlar el extracto de pagos enviados por el emisor<sup>2</sup>.

##### *A) Uso fraudulento posterior a la notificación del extravío o sustracción de la tarjeta de crédito*

En los contratos de emisión de tarjeta de crédito, se prevé como regla general que la transmisión del riesgo por el uso no autorizado de una tarjeta de crédito extraviada o sustraída se produce al comunicar el usuario a la entidad

<sup>2</sup> Cfr. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Las tarjetas de crédito. Relaciones contractuales y conflictividad*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 115.

emisora la situación de riesgo para la tarjeta y su voluntad de bloquear la operatividad de ésta.

Dicha comunicación actúa a modo de barrera temporal de tal forma que, tras realizarse, el usuario no responderá por los cargos derivados de la utilización de la tarjeta denunciada<sup>3</sup>. Si tales operaciones con la tarjeta de crédito se producen luego de la notificación, el titular no está obligado a reembolsar cantidad alguna a la entidad emisora ya que ésta debe asumir las consecuencias de la falta de diligencia por no haber operado el bloqueo del sistema que impida el uso indebido<sup>4</sup>.

En Chile, la ley N° 20.009, de limitación de la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o perdidas, regula la distribución del riesgo de uso fraudulento posterior a la notificación.

De acuerdo con el art. 4 de dicha ley, "el tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor (...)".

A su vez, el art. 2 de la mencionada ley N° 20.009 impone al emisor el bloqueo inmediato de la tarjeta de crédito cuyo titular ha "dado aviso de extravío, hurto o robo".

El art. 1 inc. 2 de la ley chilena referida establece la obligación para el emisor de proveer a los usuarios de "servicios de comunicación, de acceso gratuito y permanente, que permitan recibir y registrar los referidos avisos".

Como consecuencia, el usuario debe comunicar en forma inmediata la situación de riesgo de uso fraudulento de la tarjeta de crédito al extraviarse o sustraerse ésta. El emisor, quien se encuentra obligado a poner a disposición canales de comunicación adecuados y permanentes, debe bloquear el funcionamiento de la tarjeta de crédito en situación de riesgo.

Con respecto a las operaciones posteriores al aviso, el art. 4 de la ley en cita complementa la regulación anterior, estableciendo que: "corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente titular o los adicionales autorizados por éste".

<sup>3</sup> Cfr. Ignacio FARRANDO MIGUEL - Joaquim CASTAÑER CODINA, "Atribución y distribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 20, España, enero-marzo 2001, p. 89.

<sup>4</sup> Cfr. GETE-ALONSO y CALERA (n. 2), p. 116. Es la posición asumida por los tribunales españoles. Como ejemplo de los diversos pronunciamientos que trasladan el riesgo de uso indebido luego de la notificación de pérdida o sustracción a la entidad emisora pueden verse: SAP Oviedo (sección 5ª), 29 de octubre de 1993 (*Revista General de Derecho*, N° 594, Valencia, 1994, pp. 2726-2727); SAP Madrid (sección 12ª), 4 de julio de 1994 (*Aranzadi Civil* 1492/1994); SAP Barcelona (sección 11ª), 20 de octubre de 1995; SAP Barcelona (sección 16ª), 12 de septiembre de 1997 (*Revista General de Derecho*, N° 643, Valencia, 1997, p. 4.909); SAP Castellón (sección 1ª), 26 de octubre de 1998 (*Aranzadi Civil* 2131/1998).

*B) Uso fraudulento anterior a la notificación de extravío o sustracción de la tarjeta de crédito*

El problema se plantea respecto del uso indebido que se produce antes de la comunicación del extravío o sustracción de la tarjeta de crédito por parte de su titular. Los pagos realizados con la tarjeta que se ha extraviado o sustraído suponen que han sido aceptados a pesar de que, en la contratación entre presentes, la identidad de quien la presenta no concuerda con la del titular y la firma puesta en la nota de cargo ha sido falsificada, mientras que, en la contratación a distancia (telefónica, telemática o por correo), quien detenta la tenencia de la tarjeta ha sustituido al titular de ésta.

Las cláusulas del contrato de emisión de tarjeta de crédito establecen, por lo general, que el titular debe asumir las consecuencias del uso indebido de la tarjeta efectuado en el espacio temporal transcurrido desde la ocurrencia de la pérdida o sustracción hasta el momento de la comunicación. Sin embargo, cabe preguntarse si esta asignación de responsabilidad es absoluta y está prevista para todas las situaciones.

a) Riesgo a cargo del usuario

Para un sector de la doctrina, el riesgo de uso indebido por un tercero de la tarjeta de crédito que se ha extraviado o ha sido sustraída recae siempre sobre su titular antes de que se produzca la notificación de haber acaecido dichos hechos y, en consecuencia, aun cuando el establecimiento adherido y la entidad emisora incumplan su obligación de verificar la regularidad del pago realizado con la tarjeta, el usuario debe reembolsar al emisor la suma que ha abonado al establecimiento adherido.

Se fundamenta esta posición en que la tarjeta de crédito se encuentra en la esfera de control de su titular, el cual, es quien debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para que no se produzca el extravío o sustracción de dicho instrumento de pago.

De acuerdo con ello, según Giorgio de Marchi, se debe aplicar en forma analógica la solución adoptada en Italia para los casos de pago por las entidades bancarias de cheques que han sido librados con firma falsificada a los casos en los cuales se ha pagado una orden de delegatoria que ha sido emitida en forma falsa<sup>5</sup>. En la misma línea, Paolo Spada sostiene que, a menos de existir una cláusula contractual que disponga lo contrario, el riesgo por el empleo ilegítimo de la tarjeta de crédito antes de la notificación recae sobre

<sup>5</sup> Giorgio DE MARCHI, "Carta di credito e carte bancarie", in *Banca Borsa e Titoli di credito*, Milano, julio-septiembre, 1970, pp. 338-339.

el titular hasta el límite constituido por la culpa grave o dolo del establecimiento adherido. Para que el titular de la tarjeta de crédito quede exonerado de responsabilidad por la utilización indebida posterior a la notificación a la entidad emisora o para limitar su responsabilidad en un monto determinado, es necesario que se pacte una estipulación específica a tal efecto<sup>6</sup>.

Esta misma perspectiva teórica sigue el *Código de buena conducta de la banca europea respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta* de tres federaciones bancarias europeas<sup>7</sup> (CBPB) que ha sido adoptado por las entidades de crédito españolas<sup>8</sup>. De acuerdo con su artículo 11, la entidad emisora será responsable por el uso indebido posterior a la notificación de la pérdida o sustracción<sup>9</sup>, mientras que, por el artículo 12, el titular de la tarjeta de crédito es responsable del empleo ilegítimo anterior a la comunicación hasta el monto de €150<sup>10</sup>. Según esta última norma, este límite no se aplica si antes de la notificación el titular de la tarjeta no ha cumplido las obligaciones referidas a la custodia de la tarjeta y el NIP o al conocimiento de cualquier irregularidad cometida con su tarjeta, o cuando, incluso, después de la comunicación referida, de acuerdo con el artículo 11, ha actuado de mala fe, conocimiento o negligencia grave respecto de cualquier transacción no autorizada o irregularmente ejecutada<sup>11</sup>.

Este conjunto normativo impone la responsabilidad del titular de la tarjeta en todos aquellos casos de uso indebido realizado por terceros no autorizados anteriores a la comunicación de la pérdida o sustracción, aun cuando establece un límite cuantitativo a dicha responsabilidad. Por otra parte, este límite cuantitativo de responsabilidad no se aplica al empleo ilegítimo de la

<sup>6</sup> Paolo SPADA, "Carta di credito: terza generazione dei mezzi di pagamento", in *Rivista di Diritto Civile*, I, Milano, 1976, pp. 494 y ss. Sobre los fundamentos de esta posición *vid.* también, A. RIZZIERI, "Carte di credito", in *Rivista di Diritto Civile*, II, Milano, 1995, pp. 235-237.

<sup>7</sup> Las tres federaciones europeas son: Confederación bancaria de la CEE, Grupos de Cajas de Ahorros de la CEE y Grupo de Bancos cooperativos de la CEE.

<sup>8</sup> Se hace referencia a todas las entidades de crédito integradas en las tres asociaciones profesionales españolas: Asociación Española de Banca, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito.

<sup>9</sup> Art. 11 CBPB: "El emisor deberá pagar la pérdida del importe resultante de una transacción no autorizada realizada con la tarjeta después de que el tenedor de la misma le haya notificado su pérdida, robo o copia, de acuerdo con los términos pertinentes (...)".

<sup>10</sup> Art. 12 CBPB: "El tenedor de la tarjeta pagará las pérdidas ocasionadas hasta el momento de la notificación del emisor de cualquier pérdida, robo o copia de la tarjeta. El tenedor pagará dichas pérdidas hasta un importe límite de 150 euros, excepto cuando haya actuado en forma fraudulenta, a sabiendas o haya cometido negligencia grave, o no haya cumplido con la cláusula 6 a), b) y c) del presente Código".

<sup>11</sup> Art. 11 CBPB: "(...) Si el tenedor de la tarjeta hubiere actuado de forma fraudulenta, a sabiendas o por negligencia grave, pagará el total de lo perdido por transacciones no autorizadas realizadas después de la notificación (...)".

tarjeta anterior a la comunicación referida si el titular no ha actuado en forma diligente en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, conservación y control de la regularidad de los pagos efectuados con su tarjeta.

b) Riesgo a cargo de quien ha incumplido obligaciones preventivas

Otro sector de la doctrina ha sostenido que, si bien notificada por el titular de la tarjeta su pérdida o sustracción el riesgo de uso indebido se traslada a la entidad emisora, ello no significa que necesariamente el riesgo del empleo ilegítimo realizado antes de dicha comunicación recaiga sobre el usuario de la tarjeta.

Quien se ha obligado como tenedor de dicho instrumento de pago a su custodia y conservación así como a notificar a la entidad emisora en forma inmediata responde del uso indebido previo al momento en el cual la entidad emisora conoce el hecho del extravío o hurto cuando incumple alguna de las obligaciones a su cargo. Si el establecimiento adherido, la entidad emisora o ambos no han controlado en forma diligente la operación de pago realizado con la tarjeta o han causado el uso ilegítimo por haber incumplido alguna de las obligaciones preventivas a su cargo, el titular de ésta no tiene por qué resultar afectado por dicho incumplimiento<sup>12</sup>.

Sostienen Giuseppe Restuccia y Carlo di Nanni que, dada la conexión funcional existente entre los diferentes contratos que componen el sistema, la nulidad de la nota de cargo o cupón falsa puede ser opuesta por el titular de la tarjeta de crédito a la entidad emisora de ésta cuando ella pretenda el pago de lo que ha abonado al establecimiento adherido<sup>13</sup>. Para María del Carmen Gete-Alonso y Calera, el titular de la tarjeta de crédito que otro utiliza indebidamente no tiene por qué ser perjudicado por el incumplimiento de otro sujeto del sistema, por lo cual,

“incluso antes de que haya efectuado el aviso correspondiente a la entidad emisora y/o gestora, puede negarse a pagar la suma de la que otro dispuso, por ser indebida, si el establecimiento no comprobó la identidad del titular”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. GETE-ALONSO y CALERA (n. 2), p. 116.

<sup>13</sup> Giuseppe RESTUCCIA, *La carte di credito come nuovo mezzo di pagamento*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 124; Carlo DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, Nápoles, Casa editrice Eugenio Jovene, 1983, p. 453.

<sup>14</sup> GETE-ALONSO y CALERA (n. 2), p. 117. Lo mismo sostienen Ignacio Farrando Miguel-Joaquim Castañer Codina, para quienes la regla general que establece la responsabilidad del titular de la tarjeta por el uso indebido anterior a la notificación de cancelación tiene como

De acuerdo con el juego de las obligaciones recíprocas que emergen de los contratos conformadores del sistema, el titular debe conservar la tarjeta de crédito en forma adecuada y notificar diligentemente la sustracción o pérdida de la tarjeta. Si antes de dicha notificación, quien en forma ilegítima detenta la tenencia de la tarjeta hace uso de ella, el establecimiento adherido debe verificar la identidad y la suscripción de la nota de cargo (esto último si se trata de la hipótesis más común de un pago realizado entre presentes) en forma diligente. En caso de no cumplir esta obligación y el pago ser aceptado, la entidad emisora debe verificar la regularidad de éste y, antes de aceptar la orden delegatoria de pago, comunicar el cargo al titular de la tarjeta por medio del extracto o resumen. Este último debe oponerse a su pago y solicitar el control de la validez de la operación realizada con su tarjeta de crédito.

Si el titular de la tarjeta de crédito ha cumplido con las obligaciones a su cargo, no responderá por su uso indebido antes de la comunicación de cancelación. En dicho caso, se debe analizar qué sujeto del sistema ha incumplido las obligaciones a su cargo cuyo cumplimiento hubiera impedido la utilización ilegítima.

Puede suceder, además, que el titular no haya sido diligente en la conservación y custodia de la tarjeta de crédito, pero que, otro de los sujetos del sistema —establecimiento adherido, entidad emisora local como internacionalo ambos— haya incumplido alguna de las obligaciones a su cargo preventivas del uso indebido de la tarjeta por un tercero.

En esta última situación, existirá concurrencia de incumplimientos que han motivado el daño producido, por lo cual, se comparte la responsabilidad entre aquellos sujetos sistémicos que han incumplido las obligaciones que han asumido<sup>15</sup>. El daño es causado por el incumplimiento de diversas

excepción “cualitativa” la atribución de responsabilidad a otros sujetos del sistema de tarjetas por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, FARRANDO MIGUEL-CASTAÑER CODINA (n. 3), pp. 100-101.

<sup>15</sup> Ésta es la posición asumida por la mayoría de los tribunales españoles que, en un conjunto muy importante de pronunciamientos, ha sostenido que los establecimientos adheridos y la entidad emisora deben responder por el uso indebido anterior a la notificación de extravío o sustracción cuando han incumplido las obligaciones a su cargo. Como ejemplo de ello, entre otras muchas: SAP Bilbao, 19 de diciembre de 1986 (*La Ley*, 1987-2, p. 252); SAP Barcelona (sección 12ª), 14 de setiembre de 1990 (*Revista General de Derecho*, N° 558, Valencia, 1991, p. 1811); SAP Barcelona (sección 11ª), 20 de octubre de 1995 (*Revista General de Derecho*, N° 618, Valencia, p. 2613); SAP Valencia (sección 1ª), 13 de mayo de 1996; SAP Islas Baleares (sección 5ª), 26 de febrero de 1997 (*Actualidad Civil* 1997-3, p. 1.115); SAP Málaga (sección 4ª), 26 de noviembre de 1997 (*Actualidad Civil* 1998-2, p. 273); SAP Castellón (sección 1ª), 26 de octubre de 1998 (*Aranzadi Civil* 2131/1998); SAP Castellón (sección 1ª), 30 de diciembre 2004 (*Actualidad Civil* 2005/24).

obligaciones a cargo de diferentes sujetos del sistema, por lo cual, todos ellos son responsables en forma concurrente<sup>16</sup>.

La recomendación 88/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988, exige en el artículo 4.2 de su anexo que las cláusulas del contrato de emisión establezcan que el titular de la tarjeta no será responsable del uso indebido, siempre y cuando cumpla con las obligaciones que se le imponen de tomar las debidas precauciones (4.1.a), notificar sin excesiva demora el hurto o extravío (4.1.b) y no anotar en el instrumento de pago el número o código de identificación personal.

El artículo 8.2 del anexo de dicha recomendación indica que una vez que el titular haya notificado al emisor, el hurto, extravío o falsificación sin excesiva demora, el titular quedará exento de responsabilidad y que, no obstante lo anterior, la disposición no será de aplicación cuando el titular haya actuado con grave negligencia o fraudulentamente. Antes de esta notificación, la responsabilidad que le sea atribuida al titular de la tarjeta se encuentra limitada, pues, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.3, sólo será responsable por el uso indebido de la tarjeta en caso de pérdida o robo, hasta el momento de la notificación, hasta el equivalente de €150 en cada caso, excepto cuando haya actuado con grave negligencia o fraudulentamente.

Si bien la redacción de este último artículo es confusa y podría dar lugar a pensar que establece la responsabilidad del titular de la tarjeta de crédito por todo uso indebido anterior a la notificación, la existencia de un conjunto de obligaciones preventivas de la utilización indebida, las cuales, como se analizó, se encuentran a cargo de los diferentes sujetos del sistema y lo dispuesto por el artículo 4.2. del anexo antes citado (que dispone que el titular sólo será responsable en determinados supuestos), conducen a afirmar que el titular de la tarjeta que ha cumplido en forma debida sus obligaciones no responde por el uso indebido si se debe al incumplimiento de las obligaciones a cargo de otro de los sujetos del sistema.

<sup>16</sup> Sobre la concurrencia de responsabilidad: Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, tomo II, p. 599; Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 206-207; Boris STARK - Henri ROLAND - Laurent BOYER, *Droit Civil. Les Obligations*, Paris, Litec, 1998, tome 2, pp. 595-596. Se trata de una pluralidad de causas o concurrencia de concausas que provocan el daño. El daño se conecta con las conductas de los diferentes sujetos del sistema de tarjetas de crédito que comparten la responsabilidad. No se trata de concurrencia de culpas, sino de causas. Como indica Ramón Daniel Pizarro, "no es la índole del reproche subjetivo lo que debe, en principio, presidir el criterio de distribución, sino la incidencia causal que cada conducta haya tenido en la producción del resultado", Ramón Daniel PIZARRO, "Causalidad adecuada y factores extraños", en *Derecho de Daños. Homenaje a Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989, p. 272, citado por YZQUIERDO TOLSADA (n. 16), p. 207.

Esto se reafirma por lo establecido con el artículo 7.1 del anexo de dicha recomendación en cuanto expresa que: "sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 4 y 8, el emisor responderá (...) de las operaciones no autorizadas por el titular". La misma conclusión puede afirmarse respecto a lo establecido por la recomendación 97/489/CEE, de 30 de julio de 1997, puesto que, su artículo 5 a, b y c es similar al artículo 4.1. a, b, y c del anexo de la recomendación 88/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988<sup>17</sup>, al igual que las disposiciones de su artículo 6 respecto a las del artículo 8 del anexo de esta última<sup>18</sup>. Por su parte, el artículo 8 de la recomendación 97/489/CEE establece, al igual que el artículo 7.1 del anexo de la recomendación 88/590/CEE, que el emisor será responsable de las transacciones no autorizadas por el titular del instrumento de pago<sup>19</sup>.

La exoneración de responsabilidad del titular de la tarjeta de crédito por el uso ilegítimo de ésta, cuando ha actuado con diligencia y ha cumplido las obligaciones preventivas, ha sido sostenida, en España, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª), de 12 de febrero de 2000<sup>20</sup>.

En dicho pronunciamiento se indica:

"Desde una perspectiva económica ha de partirse, en el uso de las tarjetas de crédito, de una constatación innegable: existe un riesgo derivado de la emisión de tarjetas y su utilización. Riesgo de que la tarjeta se extravíe o sea robada o duplicada, utilizada fraudulentamente, en suma, y con ello, se obtenga un beneficio económico, bien la extracción de dinero en cajero automático, bien la 'adquisición' de bienes en comercios. Y de ello, indudablemente, deriva un perjuicio, que puede afectar al titular, al emisor, y al mismo propietario de la marca; puede ocurrir, también, que algún elemento de la relación

<sup>17</sup> Se diferencia en que se excluye el supuesto de falsificación de la tarjeta de pago como equiparable a los de pérdida o sustracción. También se establece que el titular deberá notificar los supuestos de extravío o pérdida de la tarjeta cuando tenga conocimiento de que se ha producido uno de dichos extremos, a diferencia de la recomendación anterior que disponía que debía hacerse "sin excesiva demora".

<sup>18</sup> El artículo 6.2 de la recomendación 97/849/CEE, a diferencia del artículo 8.2. del anexo de la recomendación 88/590/CEE, exceptúa la responsabilidad de la entidad emisora a partir de la notificación de cancelación sólo cuando el titular ha actuado fraudulentamente, excluyendo el supuesto de grave negligencia que establecía la última de las nombradas.

<sup>19</sup> Un estudio comparado de ambas recomendaciones europeas es realizado por Carles BARUTEL MANAUT, "La recomendación 97/489 de la Comisión de la Unión Europea (UE). Novedades que incorpora", en *Revista General de Derecho*, N° 666, Valencia, marzo 2000, p. 1903-1918.

<sup>20</sup> *Actualidad Civil* 2000/753.

contractual, ciertamente compleja –a tres/cuatro bandas, valga la expresión– ya sea personal, ya sea mecánico del sistema, no actúe o lo haga defectuosamente: *es claro, a la luz de la más elemental consideración jurídica, que dicho riesgo no debe recaer en la parte más débil, es decir, el titular de la tarjeta, usuario o consumidor*”.

La sentencia referida señala a continuación:

“El titular de la tarjeta no asume el riesgo en casos de pérdida o extravío, y la propia legislación, tanto a nivel europeo, como nacional, contempla la exención de su responsabilidad, siempre que cumpla unos mínimos deberes de diligencia; está generalizada, como enseña la experiencia, la contratación de seguros que cubran el período de responsabilidad del titular, siempre que éste no participe en el uso delictivo de la tarjeta. En nuestros días, es claro que, vistos los riesgos de una utilización ‘inadecuada’, el titular de una tarjeta prescindiría de ella, si el sistema no incentivara la actividad de usarla (...)”.

El mismo criterio ha adoptado la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5ª) de 25 de junio de 1999<sup>21</sup>, en la cual, se resuelve un caso donde el titular de la tarjeta demora cinco días en la notificación de la sustracción y se produce el empleo ilegítimo de la tarjeta de crédito. No obstante, la Audiencia considera que el titular de la tarjeta no ha incumplido sus obligaciones y que el uso indebido debe ser asumido por la entidad emisora que ha incumplido su obligación de verificar la regularidad de la operación efectuada con tarjeta de crédito.

Expresa dicha sentencia:

“La juzgadora de primera instancia declaró la responsabilidad del accionado porque consideró que había actuado culposamente al demorarse cinco días en comunicar la sustracción o extravío de la tarjeta de crédito, pero esta Sala no comparte tal criterio, porque –con independencia de que el aviso no se diera a los cinco días, sino dentro del cuarto día desde aquel en que el titular efectuó la última operación con ella– no se aprecia negligencia alguna en el demandado. En efecto, en el contrato de tarjeta de crédito concluido en su día entre los ahora litigantes, se incluyó una condición general (...) que imponía al titular de la tarjeta la obligación de ‘tomar las precauciones necesarias a fin de

*evitar la sustracción, falsificación o pérdida de la tarjeta. En tales supuestos u otros de conocimiento del NIP por otras personas contra su voluntad, notificar inmediatamente el hecho a La Caixa*’ deber este último que no fue incumplido por el señor M.R., según el criterio mantenido por este Tribunal en un supuesto análogo, resuelto mediante sentencia de 26 de febrero de 1997”.

Finalmente, el tribunal señala que:

“Al concluirse que el titular de la tarjeta demandado no inobservó ninguna de sus obligaciones contractuales, ni dolosa ni negligentemente, no cabe exigirle responsabilidad alguna y, en concreto, no resuelta de aplicación la previsión contenida en la condición general relativa a ‘responsabilidades’, pues *sólo puede ser declarado responsable el contratante que incumple alguna de las obligaciones que le incumben*”.

También ha seguido el criterio aquí expuesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 5ª), de 10 de marzo de 2002<sup>22</sup>, la cual, cita extensamente la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª), de 12 de febrero de 2000. En el caso planteado, se pone en conocimiento de la entidad emisora la situación de riesgo provocada por el fallecimiento de la titular de la tarjeta de crédito. La notificación es realizada por los familiares de ésta en forma diligente, no obstante lo cual, se realizan pagos ilegítimos con la tarjeta de crédito de la fallecida. La Audiencia citada considera que el usuario no asumió el riesgo en caso de extravío o sustracción si ha cumplido con las obligaciones a su cargo referidas al empleo ilícito de la tarjeta de crédito, por lo cual, declara que no es responsable por los daños que dicho uso ilegítimo ha provocado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5ª), de 20 de marzo de 2003, sigue la línea señalada. Allí se indica que, aun cuando el titular de la tarjeta de crédito no ha actuado con la diligencia debida, al comunicar su sustracción treinta y dos días después de producido, y han existido empleos ilegítimos anteriores a la notificación, la entidad emisora debe responder en relación con estos últimos, tanto por el incumplimiento de los establecimientos adheridos en su obligación de comprobar la firma y la identidad como por el suyo propio, puesto que debe desarrollar “un control mínimo sobre los justificantes que le son entregados”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> *Actualidad Civil* 1999/8828.

<sup>22</sup> *Actualidad Civil* 2002/604.

<sup>23</sup> *Jurisprudencia Aranzadi* 2003/199769.

## 2. LÍMITE CUANTITATIVO DE DISPONIBILIDAD:

TOPE DE LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO POR EL USO INDEBIDO ANTERIOR  
A LA NOTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA O SUSTRACCIÓN

En el sistema de tarjetas de crédito existe un límite cuantitativo que tiene por finalidad proteger al titular en caso de su utilización indebida por un tercero no autorizado. Este mecanismo de protección que ha creado el sistema es el límite cuantitativo de disponibilidad. Se establece, como protección al usuario, un límite cuantitativo diario, semanal o mensual más allá del cual no se podrá utilizar la tarjeta de crédito. Dicho límite presenta una relevancia singular en la distribución del riesgo por su uso indebido entre los sujetos que participan en el sistema.

El contrato de emisión celebrado entre la entidad emisora y el titular establece, por lo general, un límite de disponibilidad económica diario, semanal y, en la mayoría de las ocasiones, también mensual. De acuerdo con esto, el titular puede hacer uso de ella hasta una específica suma de dinero en un lapso de tiempo determinado, por lo cual, el límite referido opera a modo de frontera económica, estableciendo la cantidad máxima de la que puede disponer el usuario en los periodos mencionados<sup>24</sup>.

En su funcionamiento, el límite de disponibilidad actúa como una garantía para los usuarios de tarjetas de crédito, puesto que le asegura que durante cada uno de esos periodos no podrán realizarse cargos por encima de la cantidad pactada.

El SRBE ha expresado en reiteradas ocasiones que la adopción de un límite de disponibilidad diario que no puede ser rebasado para el uso de la tarjeta de crédito constituye una práctica bancaria consolidada que se ha introducido con el fin de "limitar el evidente riesgo que comporta para el cliente bancario la pérdida de la posesión de su tarjeta" y ha contribuido en forma decisiva en la generalización masiva del uso de estos medios de pago<sup>25</sup>.

En aquellos casos donde la entidad emisora ha omitido fijar en forma expresa en el contrato de emisión de tarjeta que ella predispone el límite máximo de disponibilidad en periodos determinados de tiempo, el Servicio ha estimado que la actuación de la entidad emisora no se ajustó a las exigencias de las buenas prácticas bancarias, pues

"la indeterminación de aquella condición es incongruente con la política de transparencia que inspira la normativa en vigor, en orden a que la clientela de las entidades de crédito conozca con exactitud las condiciones de las operaciones que conciertan con ellas"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. FARRANDO MIGUEL-CASTAÑAR CODINA (n. 3), p. 99.

<sup>25</sup> Memoria del SRBE año 1995, p. 89; Memoria del SRBE año 1996, p. 84.

<sup>26</sup> Memoria del SRBE año 1990, p. 48. En la Memoria SRBE del año 1996 se expresa que esta generalizada la introducción de limitaciones "que reducen la disponibilidad de fondos

Al respecto, indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª), de 14 de septiembre de 1990, que el límite de disponibilidad cumple la función de "medio de control de la cantidad disponible por parte del titular (...) en cuanto asegura la indisponibilidad por cantidad superior"<sup>27</sup>.

La ausencia de diligencia del usuario de la tarjeta de crédito nada tiene que ver con el límite cuantitativo de disponibilidad, el cual constituye un máximo que opera en cualquier caso tanto para disposiciones autorizadas como para las ilícitas.

La Audiencia Provincial de Barcelona sección 16ª), en la antes referida sentencia de 14 de septiembre de 1990, ha expresado que las disposiciones por encima del límite de disponibilidad, aun mediando un retraso injustificado del cliente de más de un mes en comunicar la sustracción de la tarjeta de crédito, son de cargo de la entidad emisora, puesto que el mencionado límite obliga a esta última a

"extremar las cautelas e impedir si no es con una mayor segurización, una disposición que excede del tope pactado, por lo cual sin duda alguna en los casos en que los cargos se han realizado por un tercero indebidamente, es aquella la obligada a responder de los mismos".

También para la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), de 16 de octubre de 2000<sup>28</sup>, la responsabilidad de la entidad emisora por el uso indebido de la tarjeta de crédito por encima del límite de disponibilidad pactado. Señala el mencionado tribunal que:

"Teniendo la tarjeta en cuestión una limitación de 50.000 ptas. diarias, permitieron la extracción diaria de cantidades mucho mayores que luego devolvieron ante la reclamación de la titular de la tarjeta".

Por ello, debe considerarse que la entidad emisora ha incumplido la obligación que al respecto tiene a su cargo y que debe responder por esa infracción a las reglas contractuales. La misma solución es adoptada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (sección 1ª), de 31 de octubre de 2003<sup>29</sup>.

El límite cuantitativo de disponibilidad es un mecanismo de suma importancia para dotar de seguridad al sistema, puesto que, su funcionamiento correcto impide daños mayores a la suma en que se haya fijado dicho límite.

hasta un máximo diario que no puede ser rebasado" y que, en los casos que allí se analizan, las entidades no aplicaron "los límites de disponibilidad convencionales", p. 84.

<sup>27</sup> *Revista General de Derecho*, N° 558, Valencia, 1991, p. 1.811.

<sup>28</sup> *Actualidad Civil* 2000/2539.

<sup>29</sup> *Jurisprudencia Aranzadi* 2004/42398.



### 3: CLÁUSULAS QUE REGULAN LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN

Las condiciones generales de los contratos de emisión de tarjetas de crédito incluyen cláusulas donde se prevén en forma específica los supuestos de sustracción o extravío de la tarjeta y la utilización ilegítima que con ella puede realizar un tercero que se ha apropiado indebidamente de ella. La mayoría de ellas establecen la obligación del titular de la tarjeta de crédito de notificar a la entidad emisora el extravío o la sustracción y que dicho sujeto será responsable del uso no autorizado de la tarjeta que se produzca con anterioridad a la referida notificación, mientras que, luego de realizada la indicada notificación, el responsable por la utilización ilegítima de la tarjeta será la entidad emisora, excepto en aquellos casos en los cuales el titular de la tarjeta hubiera actuado con negligencia grave o dolo. No obstante, cuando se produce el uso indebido de la tarjeta de crédito antes de la notificación, el titular de la tarjeta no responde si ha cumplido con las obligaciones preventivas del uso ilegítimo a su cargo. El responsable será el sujeto partícipe del sistema que hubiere incumplido obligaciones a su cargo que permitieran esa utilización ilegítima. Si varios sujetos sistémicos han incumplido, responderán todos en forma concurrente.

Las disposiciones contractuales indicadas se complementan por lo general, como se expresó *ut supra*, con cláusulas que limitan cuantitativamente la responsabilidad del titular en los casos de uso indebido de la tarjeta antes de la notificación del extravío o sustracción, y establecen que dicho límite de responsabilidad no es aplicable si el titular de la tarjeta ha actuado con negligencia grave o dolo. Se trata de una cláusula favorable al titular de la tarjeta predispuesta por la entidad emisora a los efectos de tornar más atractivo el sistema de tarjetas de crédito y dar mayor confianza en su funcionamiento a los usuarios que, actuando de buena fe, se verán protegidos.

De acuerdo con lo expresado antes en este capítulo, esta cláusula, cuando no se ha incluido en forma expresa en el contrato de emisión, debe considerarse incluida en forma implícita, puesto que, como se ha expresado antes, integra el CBPB que las entidades de crédito españolas se han auto impuesto y, además, por constituir un uso mercantil consolidado que amerita su inclusión en el referido contrato de emisión.

Estas estipulaciones contractuales a que se ha hecho mención conforman la regla general básica de distribución de la responsabilidad entre los sujetos que participan del sistema de tarjetas de crédito. Pero, además de estas estipulaciones, las referidas condiciones generales de los contratos de emisión de tarjeta de crédito suelen incluir cláusulas que refieren expresamente a la responsabilidad que asumen los sujetos del sistema en los casos de uso

indebido por sustracción o extravío de la tarjeta, y que disponen variaciones al régimen de la regla general de distribución de responsabilidad antes expuesto. Se hace necesario, en consecuencia, analizar dichas cláusulas y, específicamente, su validez.

#### A) Cláusulas que exoneran de responsabilidad a la entidad emisora por el uso indebido anterior a la notificación

Las condiciones generales del contrato de emisión presentan, en ocasiones, disposiciones contractuales por las cuales la entidad emisora no asume responsabilidad alguna por la utilización indebida antes de la notificación de la pérdida o sustracción, incluso en aquellos casos en que haya incumplido alguna de las obligaciones preventivas del uso indebido a su cargo.

Por ello, tratándose estas cláusulas de condiciones generales predispuestas por la entidad emisora a las cuales se adhieren los usuarios de tarjetas de crédito, se ha planteado por éstos la invalidez de dichas cláusulas por contravenir las normas que las leyes reguladoras de las relaciones de consumo disponen.

En España, la LGDCU, 26/1984, de 19 de julio, prevé el control judicial del contenido del contrato con condiciones generales impuesto al consumidor, al declarar nulas las cláusulas abusivas, esto es, aquéllas que en contra de la buena fe produzcan un desequilibrio injustificado entre las prestaciones de las partes, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10.1 c y art. 10 bis 1 y 2 de la ley citada. Como consecuencia, el titular de la tarjeta de crédito, en su calidad de consumidor, puede pretender la declaración de nulidad de una cláusula abusiva incluida en las condiciones generales del contrato de adhesión.

En Chile, el art. 16 literal f) de la ley N° 19.494, de protección de los derechos de los consumidores, dispone: "no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones" que:

"en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato".

En primer término, corresponde considerar válida la cláusula que impone la obligación al titular de la tarjeta de crédito de comunicar rápidamente la sustracción o el extravío de la tarjeta y su responsabilidad con anterioridad a la notificación. Ello no significa la exoneración absoluta de responsabilidad para la entidad emisora por el uso indebido anterior a la notificación. Si el titular



cumple con su obligación de conservar la tarjeta y de notificar a la brevedad, en caso que exista un uso indebido anterior a la comunicación, ocasionado por el incumplimiento de obligaciones a cargo de otros sujetos del sistema, no responderá de ese empleo ilegítimo de la tarjeta de crédito.

En un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª) donde el contrato de emisión contiene una cláusula similar a la expuesta, el titular de la tarjeta de crédito pretende que sea declarada abusiva la cláusula que lo obliga a comunicar el extravío o la sustracción a la brevedad, pues ello significaría la exoneración absoluta de responsabilidad para la entidad emisora. En efecto, la sentencia de 14 de mayo de 1993 de dicho tribunal expresa:

“En el caso de autos la condición séptima de la tarjeta de crédito emitida por la entidad accionante establece, que, *en caso de extravío de la tarjeta de compra, se comunicará por escrito, con la mayor brevedad posible, al centro emisor, respondiendo del uso indebido de la misma que pudiera derivarse hasta tanto no haya sido recibida la notificación.* Tal cláusula, acordada de conformidad a la libertad de pactos emanados de la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1255 del CC, es perfectamente eficaz en derecho, al no contravenir la ley, la moral ni el orden público. La indicada condición general no implica una cláusula exonerativa de la responsabilidad del establecimiento emisor, sino liberativa del riesgo derivada de la pérdida o sustracción de la tarjeta que podría surgir del uso indebido del título crediticio para el titular del mismo, por la simple comunicación al centro emisor de dichas contingencias”.

La sentencia considera que la cláusula en cuestión no es exoneratoria de responsabilidad para la entidad emisora, sino, por el contrario, afirma que trata de una cláusula en beneficio del usuario de la tarjeta que podrá hacer cesar su responsabilidad por la notificación a la entidad emisora. Por tanto, siendo en beneficio del consumidor, no puede considerarse a la cláusula como abusiva y, en consecuencia, nula. El titular de la tarjeta de crédito se encuentra obligado a comunicar la sustracción o el extravío y si no lo hace sobre él recaerá el riesgo de uso indebido de su tarjeta. Sin embargo, ello no significa que si la entidad emisora ha incumplido sus obligaciones preventivas del empleo ilegítimo de la tarjeta, no deba responder en forma absoluta por éste<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> No obstante lo anterior, debe cuestionarse la validez de la cláusula en cuanto a exigir que la notificación deba hacerse *por escrito*. Es cierto que esto le permitiría al titular de la tarjeta poseer una prueba que acredite la realización de la notificación pero, también, que se trata de una exigencia que hace más dificultosa dicha comunicación. Estas dificultades, que puede ocasionar la necesidad que la notificación se haga por escrito, pueden demorar su realización,

La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 1ª), de 26 de octubre de 1998, considera, al igual que la sentencia antes analizada, que no es cláusula abusiva la que obliga al titular de la tarjeta a comunicar urgentemente al banco la sustracción o el extravío, pero sí, en cambio, la que *exonera totalmente de responsabilidad a la entidad emisora* por los cargos realizados con la tarjeta sustraída antes de tener el emisor conocimiento de dicha circunstancia.

Luego de considerar como válida la cláusula que exige al titular de la tarjeta la comunicación rápida al emisor de la sustracción o extravío de la tarjeta, la sentencia citada expresa que:

“no es tan seguro que lo mismo pueda afirmarse, sin más respecto de la exoneración total de responsabilidad del banco ‘por el uso que pueda hacerse de las tarjetas perdidas o sustraídas mientras no reciba la pertinente notificación’ (...) Aquí sí podría entrarse a valorar si no constituye en cierta medida una cláusula abusiva, por imponer un desequilibrio importante en perjuicio del cliente, por ejemplo, cuando habiendo sido sustraída, inmediatamente se efectúan cargos antes de que al cliente le sea materialmente posible detectar el hecho de la sustracción”.

Más adelante, indica que las cláusulas contenidas en condiciones generales pueden ser declaradas nulas por resultar abusivas:

“Entre tales han de entenderse incluidas aquellas que establecen exoneraciones completas de responsabilidad, incluso antes de que se hubiera incorporado a nuestro ordenamiento la referida Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (...) No sería aventurado mantener que probablemente sean abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad en todo caso (es decir, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto) a la entidad bancaria por los cargos realizados con tarjetas sustraídas antes de tener el banco conocimiento de dicha circunstancia”.

con el consecuente retardo en la liberación de responsabilidad del titular de la tarjeta. Por ello, esta cláusula, si pretende excluir otros medios de notificación de mayor celeridad, debe considerarse nula, puesto que produce un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que surgen del contrato en perjuicio del usuario-consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe. Cfr. GETE-ALONSO y CALERA (n. 2), p. 163.

En el caso a resolver por del tribunal referido, existió un pago con tarjeta en forma indebida antes de la notificación de la sustracción de la tarjeta, pero también se comprobó un incumplimiento en la verificación de la identidad de la persona. La Audiencia declara inoperante la cláusula que exonera al emisor de responsabilidad con anterioridad a la notificación de la sustracción o pérdida y declara responsable a la entidad emisora por el incumplimiento de la obligación de comprobar la identidad del titular de la tarjeta<sup>31</sup>.

En el Derecho español, la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad emisora *en forma absoluta* por los daños producidos por el uso indebido por parte de terceros cuando la tarjeta de crédito ha sido sustraída o extraviada, es también contraria a la prohibición establecida por la disposición adicional primera, II, 10, de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>32</sup>, que establece el carácter de abusivas de las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél. Se contempla en esta norma el supuesto de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual del profesional por daños al consumidor –tanto morales como patrimoniales– y se declara su nulidad, al considerarlas abusivas de acuerdo con el artículo 10 bis de la mencionada ley. La disposición protege uno de los derechos básicos de éste que no pueden excluirse ni limitarse como es el derecho al resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios causados por el profesional como consecuencia de dicho incumplimiento<sup>33</sup>.

En el Derecho chileno, el art. 16 literal e) de la ley N° 19.496, de protección de los derechos de los consumidores, declara sin efectos las cláusulas de los contratos de adhesión que:

“contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de un derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad del producto o servicio”.

<sup>31</sup> En su resolución, la sentencia estima que hubo concurrencia de culpas (*rectius*: de incumplimientos), pues, el titular de la tarjeta incumplió su obligación de comunicar a la brevedad la sustracción, al hacerlo recién cuando recibe el extracto de pagos. Este último artículo se analiza más adelante.

<sup>32</sup> Redacción dada por la disposición adicional primera de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>33</sup> Cfr. Susana QUICIOS MOLINA, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 1.007-1.017; M. Eulalia AMAT LLARI, en Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 376-379.

La cláusula exoneratoria de responsabilidad de la entidad emisora de todo empleo ilegítimo de la tarjeta de crédito antes de la notificación de su extravío o sustracción es contraria también a lo establecido por la disposición adicional 1ª, V, 21, de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>34</sup>, que declara como abusivas –y por tanto nulas– las cláusulas que establecen “la transmisión al consumidor de las consecuencias de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”.

En Chile, una norma similar contiene el art. 16 literal c) de la ley N° 19.496, de protección de los derechos de los consumidores: son de ningún efecto las cláusulas de los contratos de adhesión que “pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables”.

Las referidas normas contemplan un supuesto de desplazamiento de riesgos donde el suministrador tanto de bienes como de servicios conoce que se producen errores de gestión y puede cuantificarlos, por lo cual, por medio de las condiciones generales, consigue que los errores de gestión graven solamente al consumidor y obtiene, de ese modo, una reducción de sus costes. Esto produce un desequilibrio injusto entre las prestaciones de los contratantes y es contrario a una conducta de buena fe, puesto que el consumidor no puede asumir los riesgos propios de la actividad empresarial que son contemplados al fijar el precio del producto<sup>35</sup>.

El profesional –en este caso la entidad emisora– debe desplegar determinadas actuaciones de gestión o administración para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y en el desarrollo de éstas puede cometer un error que provoque el incumplimiento de las mencionadas obligaciones<sup>36</sup>. En el caso que la entidad emisora cometiera en las actividades a que está obligada para prevenir el uso indebido de la tarjeta de crédito, aun con anterioridad a la notificación, la cláusula que exonere de responsabilidad por dicho supuesto es abusiva y, por tanto, nula de acuerdo con la norma referida<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Redacción dada por la disposición adicional primera de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>35</sup> Cfr. María YSAS SOLANES, en Ignacio ARROYO MARTÍNEZ Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 424-427.

<sup>36</sup> Cfr. Rafael SÁNCHEZ ARISTI, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Aranzadi, 1999, p. 1.161.

<sup>37</sup> Cfr. SÁNCHEZ ARISTI (n. 36), pp. 1.157-1.169. Indica este autor, comentando esta norma que: “en la actualidad, un enorme número de las gestiones relativas al pago de obligaciones son canalizadas a través de las entidades bancarias. En consecuencia, la prohibición de la cláusula que es objeto de este comentario, hallará probablemente su mayor virtualidad en el contexto de aquellas relaciones contractuales que, trabadas entre una entidad bancaria y un

La cláusula será válida en cuanto beneficie al titular de la tarjeta, es decir, en tanto lo exonera de responsabilidad por los usos ilegítimos producidos con posterioridad a su denuncia. En cambio, será nula si pretende exonerar en forma absoluta de responsabilidad a la entidad emisora por el uso indebido anterior a la notificación del usuario. Si, por ejemplo, la entidad emisora incumplió su obligación de verificar la regularidad de la aceptación de la tarjeta por el establecimiento adherido, deberá responder por los perjuicios que su obrar no diligente ocasione. Este planteo ubica la situación a que da lugar este tipo de cláusulas en términos adecuados a la legislación vigente reguladora de la contratación masiva con consumidores, optando por una solución que distribuye en forma equilibrada los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

En la misma línea, dentro de la jurisprudencia española, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17ª), de 27 de febrero de 2004, analiza una condición general, según la cual, la responsabilidad del usuario por el empleo ilegítimo queda limitada a la suma de €120, sólo por las operaciones fraudulentas realizadas durante las veinticuatro horas anteriores a la notificación de la situación de riesgo<sup>38</sup>. A su respecto, considera dicho tribunal que:

“la recta interpretación de la cláusula no permite que se utilice la demora en la comunicación como fundamento de la exención de responsabilidad de la entidad bancaria, cuando dicha demora resultó irrelevante, y no fue la causa de que se produjeran más disposiciones fraudulentas”.

*B) Cláusulas que excluyen la responsabilidad de la entidad emisora posterior a la notificación en caso de falta de diligencia del titular*

En algunos contratos se incluye una cláusula, por la cual la exoneración de responsabilidad del titular de la tarjeta luego de la notificación de la pérdida o extravío sólo se aplica cuando el titular de la tarjeta ha actuado con diligencia en su conservación y custodia antes de la sustracción o extravío.

consumidor, obliguen a la entidad a atender pagos ordenados por el cliente (...) No es difícil atisbar los muchos errores que se pueden deslizar en la redacción o manipulación de alguno de esos documentos o en el envío de tales comunicaciones, ni tampoco comprender que las entidades bancarias pretendan eximirse de cualquier responsabilidad al respecto. Sin embargo, esa pretensión será abusiva siempre que el error no sea imputable al propio consumidor”, *op. cit.*, pp. 1.161-1.162.

<sup>38</sup> *Jurisprudencia Aranzadi* 2004/118690.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de enero de 1995, declara la validez de una cláusula que obliga a los titulares de la tarjeta

“al cumplimiento de su deber de diligencia en la custodia y uso de las tarjetas y de su deber de notificación a la acreedora en caso de robo, destrucción o extravío”,

y su responsabilidad por el uso indebido anterior a la notificación, si ha incumplido dichas obligaciones. Expresa el referido Tribunal que estas cláusulas

“no benefician exclusivamente a la entidad concedente, con un pretendido abuso en el ejercicio de sus derechos, sino que, de acuerdo con las normas interpretativas contenidas en los arts. 1281 y ss. del CC, están pensadas para proteger a los usuarios de los posibles riesgos que tales tarjetas, como títulos al portador pueden generar por su robo o extravío; de ahí el deber de diligencia y de notificación que imponen dichas cláusulas a los usuarios”.

Continuando con el desarrollo de los fundamentos indica:

“Hay que estimar pues que la guarda y custodia de tales tarjetas, para evitar su posible y probable pérdida, deterioro, o robo o extravío, entrañan una carga que debe asumir el titular o titulares, y que puesto que están establecidas en su beneficio y no en su perjuicio, no pueden reputarse en modo alguno abusivas ni desproporcionadas”.

Por la validez de este tipo de cláusulas se expide también la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª), de 21 de julio de 1997.

Es compatible que la cláusula, por la cual se establece el deber de notificar sin demora la sustracción o extravío, no es abusiva, puesto que es beneficiosa para el titular de la tarjeta. No obstante, es necesario profundizar sobre la obligación de conservación y custodia de la tarjeta de crédito. Es cierto que el titular está sujeto a desarrollar una conducta tendiente a custodiar en forma debida la tarjeta que se le entrega, pero esto no puede ser un obstáculo para la exoneración de su responsabilidad una vez realizada la notificación de la sustracción o extravío. Producida esta comunicación, la responsabilidad por el uso indebido de la tarjeta debe trasladarse a la entidad emisora, puesto que ella es quien tiene los medios adecuados para impedir la utilización indebida de la tarjeta. El límite temporal de responsabilidad que determina la producción de la notificación puede estar sujeto a la excepción de negligencia grave

o dolo del titular luego de constatado el hecho que denuncia, pero no, a que antes de la notificación el titular no haya actuado con la conducta debida en la custodia de la tarjeta.

La entidad emisora asume, luego de la notificación, la obligación de bloquear el sistema para hacer inoperante la tarjeta denunciada. Si la entidad emisora incumple esta obligación, podrá compartir su responsabilidad con el titular de la tarjeta, si éste incumplió, a su vez, la obligación de custodia y conservación de la tarjeta, pero, de ningún modo, la excluye en forma absoluta. La cláusula que exonera totalmente de responsabilidad a la entidad emisora, luego de realizada la notificación, por el hecho de que el titular de la tarjeta haya incumplido su obligación de custodia de la tarjeta, debe ser considerada *abusiva*, pues, produce un injustificado desequilibrio de las obligaciones recíprocas de las partes de un contrato predispuesto al cual se adhiere un consumidor, en este caso, el titular de tarjeta de crédito (arts. 10.1 c y 10 bis LGDCU).

No sólo contaría la prohibición de la cláusula general de control de contenido antes indicada sino, también, las cláusulas prohibitivas específicas a que antes se ha hecho referencia y que declaran abusivas las que excluyen o limitan la responsabilidad contractual del profesional por daños cometidos al consumidor (disposición adicional 1ª, II, 10) y las que desplacen al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (disposición adicional 1ª, V, 21).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª), de 28 de noviembre de 2003, declara abusiva y, por consiguiente, nula la cláusula que limita la responsabilidad del usuario por la utilización ilegítima de la tarjeta, sólo si realiza la notificación dentro de las veinticuatro horas de haberse producido la pérdida o sustracción de ésta<sup>39</sup>.

En el Derecho chileno, el art. 3 inc. 2 de la ley N° 20.009, de limitación de la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o perdidas, establece:

“Las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el tarjetahabiente, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, se tendrán por no puestas”.

A su vez, el art. 4 de dicha ley exonera de responsabilidad al usuario por usos fraudulentos posteriores a la notificación.

Como consecuencia, el emisor no puede excluir su responsabilidad por el uso indebido posterior al aviso, aun cuando el usuario haya actuado con falta de diligencia en el período previo a dicha notificación.

<sup>39</sup> *Jurisprudencia Aranzadi* 2004/89327.

### C) Cláusula que extiende la responsabilidad del usuario más allá de la notificación

Las cláusulas a que se hace referencia establecen la responsabilidad del titular de la tarjeta de crédito, por un período de tiempo determinado, luego de notificado el extravío o la sustracción.

Una cláusula donde se estipulaba que el titular de la tarjeta respondía por los suministros y servicios que pudieran obtenerse con la tarjeta durante los veinte días siguientes a la recepción por la entidad emisora de la notificación de pérdida o sustracción, fue declarada nula por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (sección 5ª), de 29 de octubre de 1993<sup>40</sup>. El titular de la tarjeta de crédito extraviada o sustraída, pone en conocimiento a la entidad emisora dicho hecho. No obstante ello, el emisor imputó a su cuenta los suministros y servicios que con cargo a la tarjeta se habían efectuado en los veinte días posteriores a la notificación mencionada sobre la base de lo dispuesto por la cláusula 5ª del contrato de emisión de tarjeta que establece

“en caso de pérdida o sustracción el titular lo comunicará de forma fehaciente e inmediata a C. En todo caso y dado el tiempo que se hace necesario para poner en conocimiento de toda la cadena la anterior circunstancia, el titular responde de los suministros y servicios que puedan obtenerse con dicha tarjeta durante los veinte días siguientes a la recepción por C. de la notificación de pérdida o sustracción”.

La Sala considera que se trata de una cláusula abusiva contraria a la buena fe y que produce un desequilibrio injustificado de las prestaciones de las partes del contrato

“ya que la existencia de avanzados medios tecnológicos de comunicación hacen irrazonable por desproporcionada la previsión exonerativa que se contiene en el contrato, no ofreciendo la justificación expuesta en el mismo un fundamento plausible para la desviación que tal condición opera respecto a los tipos legales positivos y la teoría de las obligaciones a ellos ligadas, suponiendo en definitiva su posición, lo que la doctrina denomina ventaja injustificada, lo que a su vez conlleva la vulneración del principio de la regulación equilibrada de los contratos (...)”.

<sup>40</sup> *Revista General de Derecho*, N° 594, Valencia, 1994, pp. 2.726 y 2.727. *Vide* al respecto María del Mar ANDREU MARTÍ, *La protección del cliente bancario*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 92.

En Chile, el art. 1 inc. 1 de la ley N° 20.009, de limitación de la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o perdidas, señala que los usuarios “podrán limitar su responsabilidad (...) en caso de hurto, robo o extravío, dando aviso pertinente al organismo emisor”. Dicha disposición se complementa con el ya citado art. 4 de la mencionada ley, que excluye al usuario de toda responsabilidad por usos fraudulentos posteriores a la notificación de extravío o sustracción.

## RESPONSABILIDADES ESPECIALES. ¿DEBIERA HABER EN EL DERECHO MATRIMONIAL MECANISMOS REPARATORIOS?\*

Aránzazu Novales Alquézar\*\*

### I. EL INICIO DE UNA DISCUSIÓN

Las transformaciones que se han llevado a cabo en el Derecho Civil Matrimonial de los países de occidente que comparten una misma tradición jurídica, y que René David incluyó en el bloque del Derecho Continental, han estado dirigidas a facilitar cada vez más, y por mecanismos diversos, la ruptura del vínculo matrimonial.

En algunos países tales como España este tema se ha desquiciado, pues, en la misma ley de 2005 por la que se eliminan las causas de separación y de divorcio<sup>1</sup>, se crean nuevos deberes matrimoniales<sup>2</sup> cuyo incumplimiento, a decir verdad, nadie sabe hoy a ciencia cierta que efectos producen<sup>3</sup>. Otros países, muchos, no muestran un panorama tan insólito, pero permiten el divorcio unilateral que algunos autores denominan divorcio-repudio. Así, en

---

\* Este artículo se ha escrito en el marco del proyecto de investigación “Análisis de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia Comparado. Las relaciones personales entre los cónyuges” del grupo de investigación número 319 “Derecho Privado y Europeo” de la Universidad Pública de Navarra, cuya responsable es la Dra. Elsa Sabater Bayle.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora posdoctoral de la Universidad Pública de Navarra

<sup>1</sup> Aunque evidentemente continúan tales causas como motivos particulares en el fondo de los procesos. En efecto, la ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el *Código Civil* y la *Ley de Enjuiciamiento Civil* en materia de separación y divorcio, permite su solicitud transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 86) instaurando así un “divorcio-*express*” y, más aún, un “divorcio por sorpresa”.

<sup>2</sup> Es éste el nuevo deber de corresponsabilidad del art. 68, que agrega a los deberes recíprocos de convivencia, fidelidad y socorro el nuevo deber de corresponsabilidad que, a mi juicio, comprende dos deberes diferenciados; por una parte, el deber de compartir las responsabilidades domésticas y, por otra, el de “cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. *Vid.* Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Zaragoza, Comares, 2008, p. 369 y ss.

<sup>3</sup> *Vid.* comentario de O’CALLAGHAN, *Compendio. Familia*, 2006, p. 100, que piensa el deber de corresponsabilidad en los casos de normalidad y de crisis matrimonial.