

**65° ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

San Isidro, 11 y 12 de Mayo de 2017.

AUTOR: Dr. Eduardo Marsala
Instituto de Derecho Comercial del
Colegio de abogados de Lomas de Zamora
“Dr. Angel M. Mazzetti”

COMISION 2º: DERECHO BANCARIO

**TEMA: LA RESPONSABILIDAD POR LA PERDIDA, HURTO O EXTRAVIO
DE LA TARJETA DE CREDITO. DIFERENTES SUPUESTOS
JURISPRUDENCIALES.**

PONENCIA: La entidad bancaria, la emisora de la tarjeta de crédito y en algunos casos especiales, el comercio en donde se realizó la venta, pueden resultar solidariamente responsables, cuando han actuado con negligencia ante la denuncia en legal término por parte del usuario de la denuncia por pérdida o hurto de la tarjeta de crédito:

I.- INTRODUCCION:

La temática de la responsabilidad bancaria ha tenido en los últimos años cambios fundamentales, basado en diversos aspectos, por un lado, a partir de la crisis del 2001 se fue perdiendo el mito que a los bancos no se les podía iniciar reclamo alguno, por el otro, un mayor contralor por parte del Estado y las normativas, y finalmente la sanción de la ley de derechos del consumidor, ha ido produciendo un gran caudal de doctrina y jurisprudencia que marca la responsabilidad de los bancos y entidades financieras, en diferentes aspectos. Aquellos fallos que eximían de responsabilidad en casos realmente irrisorios basándose en cualquier fundamento alejado del derecho, son felizmente un recuerdo.

Sin embargo, nos encontramos en algunos casos, en los cuales aun no se ha avanzado, y uno de tales casos es el que se presenta “*en la responsabilidad por la pérdida, hurto y extravío de la tarjeta de crédito*”, en los cuales se continua responsabilizando únicamente al portador, el cual continuamos encontrando doctrina y jurisprudencia en tal sentido.

Si bien, deberá estarse a cada caso particular y a la prueba que se realice al respecto, me permito disentir con grandes doctrinarios en algunos aspectos.

II.- PRINCIPIO BASICO:

Como un principio básico y rector en la materia, vamos a comenzar con cual es la obligación del usuario de tarjeta de crédito ante la eventualidad de la pérdida, robo, hurto o extravío de la misma, que consiste en dar inmediata denuncia ante el Banco emisor y ante la tarjeta por dicha eventualidad.

Mientras el usuario no realice esta denuncia, recaerá bajo su responsabilidad el uso indebido de la tarjeta perdida, extraviada o robada.

III.- SUJETOS PASIVOS ANTE LA DENUNCIA DEL USUARIO:

Como exprese en el punto precedente, considero que el usuario debe denunciar el extravío de la tarjeta tanto al banco emisor, como a la tarjeta, y si tiene la obligación de realizar dicha denuncia ante ambas entidades, es porque sostengo que ambas serán responsables por el uso indebido de la misma.

Así, se ha pronunciado la jurisprudencia al rechazar los planteos de falta de legitimación efectuada por el banco emisor: “*debe rechazarse el planteo de falta de legitimación pasiva formulado por el banco emisor de una tarjeta de crédito, durante el trámite de apelación de la resolución administrativa que le atribuyó haber violado el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, por omitir brindar información al usuario del plástico sobre el cargo telefonía , incluido en los resúmenes de cuenta y reiteradamente desconocido por este último, si se adujo que es el administrador del sistema de tarjetas de crédito quien determina si corresponde o no cada débito, ya que, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2º, Inc. a) y 8º de la Ley de Tarjeta de Crédito 25065, el banco emisor debe supervisar y controlar constantemente el funcionamiento*

del sistema, interviniendo directamente en las relaciones jurídicas que se generan en torno de la emisión y uso de las tarjetas, pues no puede ser equiparado a un mero fabricante o distribuidor de plásticos en tanto debe prever las contingencias que se susciten en su funcionamiento y adoptar las prevenciones pertinentes, obrando con lealtad y con la diligencia debidas al prestar un servicio en forma profesional “ (1) (7)

“Ante un conflicto entre el usuario y el emisor, en aquellos casos -la mayoría- en que este a su vez tiene una relación contractual con una empresa de administración de tarjetas de crédito, el emisor pretende deslindarse de responsabilidad esgrimiendo que no contrata directamente con los usuarios y que por tal motivo en ningún caso reviste la calidad de sujeto pasivo en estos conflictos, entonces en estos casos, como podría ser la imputación de cargos indebidos o la no-emisión del resumen con este argumento, no podría denunciar a esta empresa y tampoco iniciar el usuario acciones judiciales”

El banco que emite una tarjeta de crédito no es un mero distribuidor de credenciales plásticas para compras, es su obligación también supervisar y controlar constantemente el funcionamiento del sistema, interviniendo directamente en las relaciones jurídicas que se generan en torno de su emisión y uso, previendo las contingencias que se susciten en su funcionamiento, adoptando las prevenciones pertinentes obrando con lealtad y con la diligencia debidas al prestar un servicio en forma profesional (2)

IV. DIFERENTES SUPUESTOS DE USO INDEBIDO DE LA TARJETA:

1.- Uso indebido de la tarjeta desde el momento del extravío hasta la denuncia del usuario:

En este supuesto nos encontramos ante un usuario que ha cumplido con su obligación, pero que la tarjeta es igualmente usada en forma indebida, durante ese periodo de tiempo.

Conforme el contrato de adhesión de las tarjetas de crédito, el usuario responde por el uso de la misma hasta la 0 hora del día que realiza la denuncia.

No comparto los fallos jurisprudenciales que validan estas cláusulas, que van en contra del derecho del consumidor. El periodo de tiempo entre la denuncia puede resultar excesivamente extenso, pensemos simplemente la cantidad de uso que le puede dar un tercero a esa tarjeta de crédito, en pocas horas. Es mas, el tercero que hace uso de la tarjeta en forma indebida en la practica lo realiza en muy poco tiempo, con lo cual el daño al usuario puede resultar de gran gravedad.

Analicemos, las dos posibilidades de uso de tarjeta:

- a) En la compra directa en el comercio, el comerciante debe exigir la tarjeta de crédito, el documento de identidad del usuario y la firma de este. O sea que el usuario se tiene ver protegido por los tres requisitos.
- b) En la compra por Internet, se efectúa indicando el número de tarjeta y la clave.

Los supuestos a los que no referiremos en este artículo son las compras efectuadas en forma directa en los comercios.

Las comercios más responsables, incluso por medio informático o por llamada telefónica, proceden a comunicarse con la entidad emisora de la tarjeta, por medio del cual se le pregunta al poseedor de la tarjeta alguna otra información sobre su persona, a fin de ratificar que se encuentra frente al poseedor legítimo de la misma.

Sin embargo, algunos fallos han sido impiadosos para el usuario, la responsabilidad directa del usuario por el uso indebido de la tarjeta durante este periodo de tiempo, exigiendo incluso la prueba demoníaca al usuario, como es la presentación de los cupones de los comercios. Justamente el usuario no es quien puede tener en su poder dichos cupones, sino que es el comercio y la entidad emisora de la tarjeta quienes deberían aportar dicha prueba en virtud del principio de la prueba dinámica.

Así, me permito no compartir dichos fallos, como los que se citan a continuación:

“...el hecho de que el actor no haya suscripto los cupones dubitados, no lo exime de afrontar los gastos generados por el mal uso que un tercero hizo de su tarjeta antes de denunciarse su extravío.”

“El incumplimiento de las obligaciones de identificación del portador de la tarjeta endilgado a los comerciantes carece de relevancia frente al banco emisor y a la administradora del sistema...”

“Dado que no obran en autos los cupones que generaron los débitos por ciertas operaciones realizadas luego del extravío de la tarjeta del actor, pero antes que éste realizara el aviso pertinente, cabe concluir que tal carencia documental impide apreciar si los establecimientos comerciales intervinientes han incurrido en una conducta negligente en las obligaciones que atañen a la identificación del portador de la tarjeta y al cotejo de la firma estampada en el comprobante”.

“A los fines de determinar la existencia de una conducta negligente por parte de un establecimiento comercial en las obligaciones que atañen a la identificación del portador de una tarjeta y al cotejo de la firma estampada en el comprobante, cabe tener presente que no puede exigirse al comerciante

vendedor más experiencia en el examen de la firma que la que pueda tener el común de las personas” (3)

2.- La acreditación la falsedad de su firma en los cupones:

En aquellos supuestos en los cuales se han agregado al juicio, los cupones emitidos por los comerciantes, en los cuales la pericial caligráfica realizada sobre la firma de los usuarios, exime de toda responsabilidad a estos por dichas deudas. En este supuesto, a diferencia del anterior, el usuario ha tenido la posibilidad de obtener tales cupones, ya sea porque el los ha adjuntado como prueba o porque en virtud de la prueba dinámica, los ha tenido que adjuntar en el expediente ya sea el comerciante o la entidad emisora.

Resulta indudable la diferencia que existe entre este fallo y el anteriormente citado, respecto a la responsabilidad del comerciante en el contralor de la tarjeta y su firma, teniendo como fundamento que el mismo al trabajar habitualmente con tarjetas de crédito, debe tener la diligencia adecuada para evitar el riesgo del uso de la misma por poseedores ilegítimos.

En esos supuestos la jurisprudencia ha ratificado esta postura:

“Resulta improcedente la acción deducida por una entidad emisora de una tarjeta de crédito contra el titular de la misma, por la cual persigue el cobro de ciertos gastos originados en su uso, cuando -como el caso- se verifica que no obstante haberse debitado en la cuenta del accionado ciertas operaciones que son anteriores a la denuncia de extravío, de la pericia caligráfica realizada, surge que las firmas insertas en los cupones no le pertenecen al reclamado. Es decir, que está fehacientemente acreditada la falsedad de las rúbricas atribuidas a la defensa. En tal sentido, es de ponderar que el pretensor, es un comerciante profesional especializado en el negocio de tarjetas de crédito; eso le responsabiliza de manera especial e implica su superioridad técnica y el deber de obrar más que con sólo prudencia en la gestión de su operatoria, en virtud del pleno conocimiento de su metier” (Código Civil artículos 512 , 902 , 909 y concordantes). Por ende, tiene la obligación de exhibir una diligencia adecuada con su objeto hacendal y su organización debió ser la ajustada para ejercer su giro mercantil correctamente.

Consecuentemente, tanto la administradora como el banco, por tratarse de empresas cuyo objeto consiste en la implementación, organización y administración de sistema de tarjeta de compra y crédito, deben organizar un sistema capaz de asegurar los intereses propios a los de los usuarios, adecuando su desempeño al mandato del artículo 902 del C. Civ.. Por cuanto la emisora, no podrá perseguir la deuda reclamada en autos que tenga como

base los cupones falsos, es decir, solo prosperará la originada conforme la prueba pericial caligráfica aportada.

La entidad emisora de tarjetas de crédito ...no puede equiparársela a un mero fabricante distribuidor de plásticos", sino que debe prever las contingencias que suscita su utilización y adoptar los recaudos pertinentes, obrando con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Constituye práctica notoria que una vez que el comerciante obtuvo la autorización del sistema para aceptar la tarjeta, suele desentenderse de la identificación del portador, pues presume que si la operación fue autorizada, no pesa sobre esa tarjeta denuncia alguna sobre pérdida ni se encuentra inhabilitada. Sin embargo, la autorización no dispensa, ni suple la obligación del comerciante de identificar al portador. (4)

3.- Demora de la entidad financiera en dar de baja a la tarjeta desde la denuncia.

Este es un caso muy habitual, y radica en la demora de la entidad emisora en dar de baja a la tarjeta desde el momento que la denuncia es efectuada por el usuario.

Esta negligencia ocasiona grandes problemas al usuario, que básicamente son:

- a) El daño pecuniario por la gran pérdida que se le provoca al usuario por el abusivo uso de la tarjeta
- b) La denuncia ante el B.C.R.A. y por consiguiente la aparición del usuario en el Veraz y otros sistemas semejantes.
- c) El daño moral que se le ocasiona.

La jurisprudencia ha actuado correctamente en este supuesto al eximir de responsabilidad al usuario y hacer recaer la misma en el emisor de la tarjeta que negligentemente demora la baja de la misma.

"1.-Corresponde hacer lugar a la demanda de daños por los perjuicios que ha ocasionado al actor la entidad financiera demandada por no haber gestionado la baja de la tarjeta de crédito, pese a los innumerables reclamos efectuados; siendo que como consecuencia de ello la reclamante figuraba en situación 5 , es decir como morosa irre recuperable, en la Central de deudores del Sistema Financiero. "

"2.-Si bien el registro en la Central de Deudores del Sistema Financiero como irre recuperable por el período denunciado se debió a una deuda formalmente contabilizada por la entidad financiera, la misma se había generado por el actuar poco diligente de esa misma entidad, al no dar de baja oportunamente la tarjeta de crédito de la actora."

“3.-Las entidades financieras, que generalmente son muy estrictas en los recaudos que exigen a sus clientes que pretenden operar con tarjetas de crédito, como así también imponen intereses muy gravosos ante cualquier incumplimiento, deben proceder con la misma dedicación para no ocasionar daños a aquéllos.” (5)

4. Entidad emisora que niega recepción de la denuncia:

Un supuesto muy particular. Las denuncias por pérdida de la tarjeta de crédito se efectúan en un 90 % telefónicamente, pero en este fallo, nos encontramos ante una entidad emisora que niega haber recibido dicha denuncia.

Nos encontramos ante un supuesto en el cual, además de la negligencia de la entidad, existe una mala fe procesal que debería ser sancionada, e implica contradecir sus propios actos y por ende, pasible de la responsabilidad que se le imputa.

El fallo, resulta ejemplificador en tal sentido:

La circunstancia de que la demandada niegue la existencia de la denuncia de robo efectuada por la actora respecto de su tarjeta de crédito, debite los cargos desconocidos por la actora, cancele y retire la tarjeta y remita información como deudor incobrable al B.C.R.A para ser cargado en la base de deudores, implica contradecir sus propios actos y por ende, pasible de la responsabilidad que se le imputa. Pues si consideró que no se efectuó denuncia alguna, no se advierte justificado el asiento practicado en el resumen de cuenta con posterioridad, donde se descontaron los saldos impugnados. Nadie puede contrariar sus propios actos, ya que de lo contrario importaría restar trascendencia a conductas jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, siendo una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe, la necesidad de un comportamiento coherente. Consecuentemente, debe ser desestimado el pedido de falta de responsabilidad que plantea la demandada.

Entiende la sala en el recurso en examen que el hecho generador de la responsabilidad consistente en la errónea comunicación del banco respecto de la información cursada al B.C.R.A entre 1997 y 2001 que llevaron al actor a figurar en la ‘Central de deudores del Sistema Financiero’ desde la situación 3 a la 5 (irrecuperable) , no configura un incumplimiento contractual, sino un obrar antijurídico ajeno al contrato de tarjeta de crédito referido por el a quo”. En esta inteligencia, corresponde encuadrar la actuación del banco dentro del ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cabe aplicar entonces la doctrina elaborada en torno al art. 1078 del Cód. Civ que remite al Art. 1109 final del primer párrafo , según el cual, la sola realización del hecho dañoso lleva a presumir la existencia de la lesión de los sentimientos del damnificado, y su reparación indemnizatoria tanto material como moral, según lo dispuesto en los artículos citados precedentemente y lo previsto en los arts. 903 y 904 de dicho cuerpo legal . Máxime cuando transcurrió más de un año desde que fuera requerida la rectificación correspondiente, imposibilitado el uso de la tarjeta de crédito y trastocado todo su funcionamiento comercial y crediticio. (5)

Para el supuesto de robo de la tarjeta de crédito debe el titular y/o usuarios adicionales comunicar el hecho a la entidad reguladora (en términos más habituales, a la administradora del sistema, es decir en el caso a Mastercard y Visa). Desde tal perspectiva conceptual, el argumento del banco según el cual no le fue comunicada la denuncia del hecho delictivo carece de virtualidad para receptor su agravio. Es que, detentaba aquél una posición comercial privilegiada, pues reunía toda la información que se generaba en punto a los movimientos bancarios ejecutados por el actor en todos los servicios del "paquete" contratado (caja de ahorro, cuenta corriente, tarjeta de crédito, entre otros). En tal orden de ideas y de acuerdo a las facultades que ostentaba la entidad bancaria, así como realizó el débito en la cuenta corriente -frente a la falta de pago de la tarjeta-, debió revertirlo de inmediato generando el crédito respectivo cuando al mes siguiente las operaciones objeto de impugnación y sujetas a investigación por las administradoras se neutralizaron. Tal era la conducta exigible al Banco demandado. Y ello no solo en virtud de aquella cláusula inserta en el contrato de tarjeta de crédito que le imponía aceptar aquello que informare o decidiera la entidad reguladora, sino, además, por consecuencia de la privilegiada posición en que se encontraba. (8)

5. Entidad emisora reconoce consumos no efectuados por el usuario pero niega responsabilidad

En este caso, la entidad emisora, o sea el banco, tuvo una actitud dubitativa y errática, que configura indudablemente una negligencia pasible de responsabilidad, ya que por un lado reconoció que los consumos fueron efectuados por un poseedor de mala fe, y que no fueron realizados por el usuario legitimado, sin embargo luego de ese reconocimiento, no acepto hacerse cargo del pago de los mismos, lo que obligo al cliente a hincar el juicio por responsabilidad.

Indudablemente los actos de la entidad resultan contrarios a la buena praxis, su reconocimiento previo y su negativa posterior no solo va en contra de la buena fe que debe existir, sino que violenta la normativa vigente respecto de los derechos del consumidor.

Por ello, resulta sumamente importante y la comparto plenamente la sentencia recaída en este caso.

Puesto que, a pesar de lo acotado en el contrato de adhesión, en ningún momento el banco accionado opuso como argumento absolutorio de su responsabilidad que el actor debía hacerse cargo de los gastos hechos con su tarjeta hasta el momento de la denuncia de robo, sino que tuvo una conducta permeable a reconocer todos los gastos no efectuados por aquél, cabe concluir que su posterior negativa de hacerse cargo de los consumos reconocidamente no efectuados por el demandante por el hecho de ser anteriores a la denuncia,

resulta contraria a la doctrina de los propios actos y al principio de buena fe; máxime tratándose de un comerciante profesional especializado en su negocio, que tiene el deber de obrar con la mayor prudencia en la gestión de su operatoria. 2- La negativa del banco accionado de hacerse cargo de los consumos reconocidamente no efectuados por el demandante por el hecho de ser anteriores a la denuncia de robo de su tarjeta, resulta inadmisibles, no sólo porque contraría su anterior conducta permeable a reconocer todos los gastos no efectuados por aquél, sino porque mediante su publicidad, dicha entidad hizo entrever que no era un problema que debiera asumir el cliente si se perdía su tarjeta o si era hurtada, lo que debe tenerse incorporado al contrato, de acuerdo con la ley de defensa del consumidor (art. 8º, ley 24.240)” (7)

7. Nulidad de la cláusula que dispone que el usuario responderá hasta la Cero hora del día que denuncia el extravío.

Ya hemos comentado sobre esta cláusula, y nuestra opinión en contra de la misma, y lo fundamentos. La jurisprudencia se ha expedido sobre dicha nulidad hace ya décadas aunque dicha cláusula se continúa utilizando.

La cláusula de un contrato de tarjeta de crédito que establece que el usuario reconoce que será responsable por todos los gastos que se realicen mediante el uso de las tarjetas extraviadas o robadas hasta las cero horas del día que formalice la correspondiente denuncia ante la sociedad emisora, resulta abusiva y debe tenerse por no convenida, ya que la misma, desnaturaliza la naturaleza de la obligación emergente del seguro contratado para proteger, precisamente, al usuario de los gastos efectuados con la tarjeta robada o perdida. (9)

V.- CONCLUSION:

Como conclusión al análisis jurisprudencial efectuado, indudablemente en un camino en el cual queda mucho para avanzar y colocarnos a la altura de los países desarrollados, se ha ido mejorando mucho, tanto en el aspecto legislativo con la ley de consumidor, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, las nuevas normativas del B.C.R.A., el Código de Practicas Bancaria y el evidente avance de la jurisprudencia, tanto nacional como provincial.

En consecuencia, sostengo que la entidad bancaria, la emisora de la tarjeta de crédito y en algunos casos especiales, el comercio en donde se realizo la venta, pueden resultar solidariamente responsables, cuando han actuado con

negligencia ante la denuncia en legal termino por parte del usuario de la denuncia por perdida o hurto de la tarjeta de crédito:

- (1) "Citibank NA c/ GCBA s/ otras causas". Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **Sala:** II, del 13-may-2004
- (2) Tarjetas de crédito (desde la óptica del derecho del consumo), **Autor:** Centanaro, Ivana
- (3) Dalton, Edgardo Omar c. Argencard S.A. y otros s/ ordinario, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, **Sala:** E, del 7-abr-2004
- (4) Schpak de Siculer Dora y otro c/ Diners Club Argentina S.A.C. y de T. s/ sumario, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, del 23-ago-2001
- (5) Badariotti Patricia E. c/ Standard Bank Argentina S. A. s/ indemnización por daños y perjuicios, Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, Juzgado: 5ta nom., del 22-mar-2013
- (6) Rodríguez Armando c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ sumarísimo incidente de apelación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, del 22-oct-2004
- (7) Cottiz, Pedro Armando y otro c. Banco del Buen Ayre S.A. s/ ordinario, **Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, **Sala:** A, del 17-sep-2004
- (8) Fedunkiwi, Andres Gabriel C/ Banco Itau Buen Ayre Sa S/ Ordinario.. C.A.C.C. Sala: F.
- (9) Valentini, Patricia E. c. Banca Nazionale del Lavoro s/ acción de amparo. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, del 30-dic-1999