

Secretaría General

Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones

Informe del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en relación con la reclamación presentada por XXXX, en fecha XX de XXX de XXXX contra las entidades ENTIDAD PROPIETARIA DEL CAJERO (en adelante ENTIDAD C) y ENTIDAD EMISORA DE LA TARJETA (en adelante ENTIDAD E).

I. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

El reclamante interpuso en tiempo y forma reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad reclamada, mostrando su disconformidad porque sufrió la sustracción de su tarjeta de crédito de ENTIDAD E en su propia casa, por persona a la que, según consta en la denuncia, había facilitado el acceso, circunstancia que aprovechó para apropiarse de su cartera, y eventualmente, del número secreto, aunque es posible que también se percatara de éste cuando realizó una extracción de 50 € minutos antes.

Dicha persona posteriormente extrajo, mediante diferentes disposiciones, de un total de 500 € de un cajero de ENTIDAD C, hasta agotar el disponible diario de la tarjeta.

A pesar de haber bloqueado la tarjeta y presentado denuncia, las entidades no se hacen cargo de las operaciones fraudulentas, por haberse realizado con el PIN correcto, lo cual manifiestan éstas que denota falta de diligencia en la custodia.

Damos por reproducido el escrito de reclamación, por ser conocido por ambas partes.

II. ALEGACIONES DE LAS ENTIDADES RECLAMADAS

La **ENTIDAD C** presentó las mismas mediante escrito de fecha XX de XXX de XXXX, manifestando en síntesis:

- ✓ en primer lugar, que el reclamante carece de legitimación activa para presentar reclamación contra ella, toda vez que no es cliente de ENTIDAD C, sino de ENTIDAD E.
- ✓ Adicionalmente, señala que el reclamante no aporta ningún dato del cajero en que se efectuaron las disposiciones. En cualquier caso, aduce que ENTIDAD E ya ha aclarado a su cliente que las disposiciones se realizaron con introducción de PIN, lo que denota su falta de diligencia en la custodia.

La **ENTIDAD E** formuló sus alegaciones en fecha XX de XXX de XXXX, en la que en resumen manifiesta que:

- ✓ El día 10/09/2015, a las 21.12 minutos, el reclamante había realizado el bloqueo de su tarjeta a través de banca electrónica, sin indicar como motivo el robo.
- ✓ En fecha 14/09/2015 recibieron carta de cargos no reconocidos donde el cliente indicaba como motivo “robo de tarjeta” e identificaba 5 transacciones realizadas el

10/09/2015 por importe total de 500 €, acompañando denuncia policial del día 12 anterior, y complementaria del día 14 de ese mismo mes y año.

- ✓ En la denuncia se indica que la persona fue invitada a su casa por el propio reclamante, y que dicha persona huyó de la casa, llevándose la tarjeta, alrededor de las 14.00 horas. Además detalla en la denuncia que había extraído momentos antes del cajero fondos, y que entonces el autor del robo pudiera haberle visto teclear el PIN.
- ✓ El reclamante, por tanto, se demoró bastantes horas, desde la huida del ladrón - alrededor de las 14.00 horas- hasta el bloqueo de la tarjeta -21.12 horas de ese mismo día-. Comprobaron que las operaciones no reconocidas se efectuaron con lectura del chip y tecleo del PIN, entre las 17.37 y las 18.05, es decir, varias horas después del robo.
- ✓ No pueden hacerse cargo de las operaciones fraudulentas, por la clara negligencia en la custodia del PIN.

III. OPINIÓN DEL DEPARTAMENTO

Con carácter previo a realizar cualquier otra consideración se hace necesario recordar que este Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones sólo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que se someten a su conocimiento y cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo tener en consideración las manifestaciones verbales que no sean admitidas por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

A este Departamento le corresponde enjuiciar la actuación de la entidad desde la óptica de la **normativa de transparencia y de protección a la clientela, así como de las buenas prácticas y usos financieros**.

Entrando en consideraciones sobre el fondo del asunto que se cuestiona en esta reclamación resulta aplicable al caso la **Ley 16/2009, de 13 de noviembre de Servicios de Pago**, que regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago y delimita, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones.

1.- En cuanto a las disposiciones efectuadas fraudulentamente con tarjeta, este Departamento ha venido considerando que después del **aviso de sustracción** dado por el titular, es la entidad la que ha de hacerse responsable de cualquier disposición que se haya podido llevar a cabo pues, aunque demuestre que ha puesto todos los medios a su alcance para evitarlas, **se estima que existe una responsabilidad objetiva en la entidad que es la que crea el sistema y lo implanta**. En este mismo sentido, el art. 28 Obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago, c) y d) de la Ley de Servicios de Pago, relaciona las siguientes:

“c) Garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el artículo 27.b), o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en

el artículo 26.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma, e

d) Impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 27.b).”

Frente a ello, es indudable que el cliente al que se hace entrega de una tarjeta de crédito o débito asume la responsabilidad de su custodia, pudiéndose afirmar en este sentido que la generalidad de la clientela bancaria conoce las consecuencias que pueden derivarse de su pérdida. Por ello se estima que la responsabilidad por las disposiciones efectuadas antes del aviso de sustracción recaería normalmente sobre el titular, salvo que concurran circunstancias que luego se expondrán (art. 27 b) y art. 29, 1) de la LSP).

En el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente se pone en evidencia que el reclamante anuló la tarjeta el mismo día de las sustracciones, el 10/09/2015, varias horas después de que le fuera sustraída la misma, y presentó denuncia el día 12/9/2015, ampliando el contenido de la misma en fecha 14/09/2015. Las disposiciones se realizaron el día del robo, el 10/09/2015, antes del aviso de pérdida de la tarjeta hecho por el reclamante a la entidad.

2.- Además de lo anterior, y para determinar quién debe asumir la responsabilidad por las supuestas disposiciones fraudulentas, resulta imprescindible acudir al **contrato de tarjeta suscrito**.

Así, el art. 4 RESPONSABILIDAD, del Contrato de cuenta XXXX de fecha 29 de agosto de 2013, suscrito por el interesado (*con la ENTIDAD E*), al que se adjuntan entre otras las condiciones generales de la tarjeta, en el número 3 de éstas, establece:

“1.- La Entidad no asume responsabilidad para el caso de uso de la tarjeta por tercero fuera de los supuestos previstos en estas condiciones y se resarcirá por cuenta del acreditado y, en su caso, del asociado, solidariamente, de los daños y perjuicios que en tal supuesto se le causen.

2.- El titular de la tarjeta (acreditado y en su caso, asociado), asume las responsabilidades derivadas de las transacciones cuya autoría no reconozca, efectuadas con la tarjeta, hasta el momento de la notificación a la entidad de la pérdida, robo, hurto, uso indebido o falsificación de la misma. No obstante, el importe máximo a cargo del titular se limitará a ciento cincuenta (150) euros, excepto si este ha actuado de manera fraudulenta, intencionada o no ha observado las obligaciones que le incumben en virtud de este contrato, en cuyo caso soportará totalmente los daños y perjuicios de tales transacciones. Además, el titular asumirá toda la responsabilidad si las operaciones se hubiesen realizado en cajeros automáticos o en comercios con tecleo de su clave de identificación personal.

3.- La entidad soportará el importe de las operaciones cuya autoría no reconozca el titular, realizadas a partir de la notificación de la pérdida, hurto, robo, utilización indebida o falsificación de la tarjeta, salvo que el titular haya actuado fraudulentamente o con grave negligencia, en cuyos supuestos éste asumirá íntegramente la pérdida ocasionada por tales operaciones.

(...)”

En este punto, conviene traer a colación los siguientes artículos de la LSP:

“Artículo 30. Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia...”

“Artículo 31. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

Artículo 32. Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.

2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.

3. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 27.b), de un instrumento de pago extraviado o sustraído.

4. Si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c), el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.”

En cuanto a la actuación de la ENTIDAD E, de forma previa, debemos señalar que el articulado del condicionado del contrato de tarjeta aportado al expediente no se ajusta en sus previsiones a la Ley de Servicios de Pago, y ya por esto debemos alcanzar un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad.

Efectivamente, en la condición cuarta del contrato transcrita se trata con igualdad y se somete a la franquicia de 150 € de responsabilidad, el supuesto de disposiciones realizadas con tarjeta falsificada, cuando la Ley de Servicios de pago sólo extiende dicha franquicia al uso de un documento de pago extraviado o sustraído, pues en estos supuestos se produce una pérdida de posesión de la tarjeta, y en el de falsificación no, lo cual parece excluir cualquier responsabilidad de su titular en su custodia, y parece más bien revelar una debilidad del sistema implantado por las entidades. Por lo tanto, siendo así que la Ley de Servicios de Pago establece esa distinción, no parece adecuado que el contrato impute esa responsabilidad y el límite o franquicia al tarjetahabiente, en el caso de falsificación.

Además, el contrato atribuye la completa responsabilidad por el uso de tarjeta en cajero o en comercio con tecleo de PIN al titular de la tarjeta. En este sentido, dicho contrato parece estimar en este caso la existencia de una falta de diligencia en la custodia de la tarjeta y del número de seguridad, y parece deducir que las disposiciones en estos casos evidencian incumplimiento en la custodia de la clave -PIN-, obligación de la que es único responsable el titular del instrumento de pago.

Procede indicar que este Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones no comparte la tesis de que el uso del PIN asociado a una tarjeta o libreta presuponga, en todos los casos y en ausencia de otras circunstancias, una negligencia grave que permita, por tanto, enervar la aplicación del límite de responsabilidad, al igual que hace la doctrina de nuestros tribunales establecida, entre otras, en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2009** en la que, en relación a la inversión de la carga de la prueba en caso de uso fraudulento del PIN recogida en algunas cláusulas contractuales, concluye que existen otras posibles captaciones subrepticias o manipulaciones varias del PIN a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas –o libretas- que impide aceptar la exención de responsabilidad en todo caso en los casos de uso fraudulento mediante empleo del número secreto. Por tanto, la entidad no debe presuponer la existencia de fraude, o la de incumplimiento deliberado o con negligencia grave de alguna de las obligaciones del titular de la tarjeta. Dichas circunstancias no se presuponen, y lo que debe presuponerse en ausencia de otras, es la diligencia, siendo así que no cabe invertir la carga de la prueba, que recae en la entidad.

Por otro lado, la Ley de Servicios de Pago, al fijar la responsabilidad del ordenante, establece que tras la notificación de la pérdida o sustracción de la tarjeta, el titular no soportará pérdida alguna, salvo que actué fraudulentamente. El condicionado extiende la responsabilidad al caso de negligencia grave, y esto tampoco es ajustado a lo señalado por la norma. Una vez notificada la incidencia, la responsabilidad de las operaciones sería de la entidad, salvo que se probara el fraude del cliente, y únicamente en este supuesto.

Una vez realizadas las puntualizaciones referidas al contrato de tarjeta controvertido, y entrando en el concreto supuesto de hecho objeto de reclamación, entendemos que la actuación de ENTIDAD E fue igualmente incorrecta.

En primer lugar, recibida por el cliente la denuncia de cargo en cuenta de operaciones fraudulentas, la entidad debió proceder, aunque fuera de forma interina, y en tanto sustanciaba el procedimiento interbancario de solicitud de los justificantes de las mismas, a la retrocesión de los cargos, de forma inmediata (art. 31 de la LSP).

Posteriormente, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 30, debió de recabar de la entidad propietaria del cajero la justificación documental de los cargos controvertidos, es decir, la demostración de que la operación de pago fue autenticada, registrada con

exactitud y contabilizada. No se debe presuponer, por el hecho de que exista una denuncia de robo, o cualquier otra circunstancia que rodee el mismo, que la tarjeta intervino en la operación cargada; dicha circunstancia debe ser probada.

Por último, en general, de la normativa anterior se deduce que, cuando las operaciones denunciadas resulten de la utilización de un instrumento de pago “extraviado o sustraído” -como aquí ocurre-, la pérdida a soportar por su titular se limita, a un máximo de 150 euros, si bien se excepcionan aquellos supuestos en los que las operaciones no autorizadas sean fruto de la actuación fraudulenta de éste o de su incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de las obligaciones que le incumben en tanto usuario del servicio de pago, entre otras: a) adoptar las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados, y b) notificar sin demoras indebidas el extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago; en tales casos, el usuario deberá soportar el total de las pérdidas.

En este punto, la entidad excepciona la aplicación del límite de responsabilidad por las circunstancias concurrentes, de las que deduce la falta de diligencia de su cliente, que enervaría la aplicación del límite de responsabilidad descrito. En relación a las causas invocadas, este Departamento considera que la **demora de unas horas** en percatarse de la desaparición del medio de pago, y en comunicar a la entidad su pérdida, no puede considerarse como alega la entidad en cualquier caso una demostración de la negligencia grave del cliente.

En cuanto a la alegada falta de diligencia en la custodia de la tarjeta y del PIN, debemos reiterar el criterio sostenido por este Departamento, al amparo de los pronunciamientos del Tribunal Supremo. En general, este Departamento considera que en última instancia deberán de ser los tribunales de justicia, y no la entidad de crédito como parte interesada, los que deberán valorar y determinar, en su caso, la existencia de una conducta fraudulenta o el incumplimiento, deliberado o con negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago.

No obstante, en el presente caso, y en cuanto al resto de las circunstancias aducidas por la entidad, se acreditan en el expediente hechos que, a priori y en nuestra opinión, podrían considerarse suficientes para enervar el límite de responsabilidad, y por tanto, en este punto, analizando las circunstancias que concurren, no consideraría el proceder de la entidad en este punto concreto apartado de las buenas prácticas bancarias. Si desea obtener satisfacción a su pretensión, dadas las circunstancias concurrentes, deberá en su caso el interesado someter la controversia, si así lo estima oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Por último, respecto a la actuación de ENTIDAD C, en primer lugar, no cabe apreciar la alegación efectuada, en cuanto a la falta de legitimación activa del reclamante. El Sr. XXXX, en tanto usuario de los servicios financieros, y perjudicado en la operación de pago fraudulenta, puede presentar reclamación contra dicha entidad, la cual ha resultado implicada en la operativa, y consecuentemente, debe alegar cuando le sea solicitado. No obstante, sí que este Departamento acoge la segunda de las alegaciones formuladas por ENTIDAD C, en el sentido de que la falta de concreción sobre el cajero y la oficina en que se realizaron las disposiciones, impide a la misma aportar la documentación referida a dichas operaciones de pago. Por dicho motivo, no emitiremos pronunciamiento desfavorable a la actuación de esta entidad implicada.

IV. CONCLUSIÓN

Este Departamento aprecia que la actuación de la ENTIDAD E se apartó de los buenos usos y prácticas financieras:

- ✓ En la redacción dada a la condición general de contrato, relativa a los límites de responsabilidad, en caso de uso fraudulento.
- ✓ Al no retroceder, al menos de forma interina o provisional, las operaciones denunciadas.
- ✓ Al no procurar, de la entidad propietaria del cajero, los justificantes de las operaciones controvertidas.

Respecto a la ENTIDAD C, este Departamento acoge la alegación formulada por dicha entidad, referida a la falta de concreción sobre el cajero o cajeros implicados, y por tanto, no podemos emitir pronunciamiento contrario a dicha entidad.

Este Departamento no es competente para valorar, decidir, ni pronunciarse sobre los posibles daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar a los clientes y usuarios de los servicios financieros. Dichas cuestiones podrán someterse, en su caso, y de considerarlo el perjudicado, a los correspondientes órganos judiciales.

Se recuerda que este informe no es susceptible de recurso ni ulterior tramitación en esta sede, dejando a salvo los derechos de los particulares para proceder en la forma que estimen conveniente a sus intereses ante la jurisdicción competente.