

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR FRAUDES CON TARJETA DE
CRÉDITO EN COLOMBIA

JOSÉ SANTIAGO RENDÓN VERA

Trabajo de grado para optar el título de abogado

Director

MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE

Abogado

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2007

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 25 de octubre de 2007

AGRADECIMIENTOS

Esta monografía es el resultado de un largo camino iniciado hace seis años, con el objetivo de hacer un sueño realidad: ser un abogado eafitense. Si bien ese camino algunas veces, más bien pocas, transcurrió sin sobresaltos, en otras, se presentaron enormes retos y obstáculos, los cuales me sorprendo haber superado; sin embargo, los méritos que tal hazaña pueda traer, no corresponde llevármelos a mí, por el contrario, fueron infinitas las manos que me fueron brindadas para llegar a este punto de mi proyecto de vida, quienes se merecen todo el reconocimiento.

A todas esas personas que colaboraron directa o indirectamente, mis agradecimientos. En especial, agradezco el apoyo desmesurado de mis padres; al Departamento de Desarrollo Estudiantil por la beca concedida durante el desarrollo de mis estudios; a mis amigos y maestros.

También quiero agradecer a Maximiliano A. Aramburu C., abogado, profesor e investigador, por asesorar el presente escrito y, junto con él, al profesor Carlos Julio Arango por haberme tenido en cuenta para ser auxiliar de investigación en el proyecto de investigación “Nuevos alcances de la teoría del riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, al cual se inscribe el capítulo final de la presente monografía.

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN.....	7
1. CAPÍTULO I: LA TARJETA DE CRÉDITO.....	9
1.1. LA TARJETA DE CRÉDITO COMO UN SISTEMA DE NEGOCIOS JURÍDICOS.....	9
1.1.1. Emisor de la tarjeta de crédito.....	10
1.1.2. Titular de la tarjeta.....	13
1.1.3. Establecimiento adherido.....	14
1.1.4. Contratos que hacen parte del sistema.....	14
1.1.4.1. Contrato de emisión de tarjeta de crédito.....	14
1.1.4.2. Contrato de aceptación de tarjeta de crédito.....	15
1.1.4.3. Contrato de cambio.....	15
1.1.4.4. Contrato de franquicia.....	15
1.2. EL SISTEMA DE TARJETA DE CRÉDITO COMO UN SISTEMA EXPERTO.....	18
1.3. DEFINICIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO Y SU CLASIFICACIÓN	19
1.3.1. Definiciones.....	19
1.3.2. Clases de tarjetas de crédito.....	20
1.3.2.1. Bilaterales y trilaterales.....	20
1.3.2.2. Tarjetas de crédito (en sentido estricto) y de débito.....	21

1.4. MARCO CONTRACTUAL	21
1.4.1. Contrato de emisión de tarjeta de crédito.....	22
1.4.2. Contrato de aceptación de tarjeta de crédito.....	23
1.4.3. Contrato de franquicia de crédito.....	23
1.5. LA ATIPICIDAD CONTRACTUAL EN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO	24
1.5.1. Atipicidad del contrato de emisión de tarjeta de crédito.....	31
1.5.2. Atipicidad del contrato de aceptación de tarjeta de crédito.....	35
1.5.3. Contrato de franquicia.....	37
1.5.4. Tipificación negocial del negocio por medio de tarjeta de crédito.....	39
2. CAPÍTULO II: FRAUDES CON TARJETAS DE CRÉDITO.....	45
2.1. OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE LOS SUJETOS.....	45
2.1.1. Prevención de uso fraudulento por el usuario.....	48
2.1.2. Prevención del uso fraudulento por la entidad emisora.....	49
2.1.3. Prevención del uso fraudulento por el establecimiento adherido.....	50
2.2. TIPOS DE FRAUDE CON TARJETA DE CRÉDITO.....	51
3. CAPÍTULO III: DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO POR EL USO FRAUDULENTO DE TARJETA DE CRÉDITO POR TERCEROS NO AUTORIZADOS.....	53
3.1. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO.....	54
3.2. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE FALSIFICACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO.....	59

3.3. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE USO FRAUDULENTO DE LA TARJETA DE CRÉDITO EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA.....	65
3.4. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS SUJETOS QUE ADMINISTRAN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.....	68
4. CAPÍTULO IV: EL INCUMPLIMIENTO IMPUBLE AL DEUDOR: ¿CULPA O RIESGO?.....	74
4.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL BASADA EN LA CULPA.....	75
4.2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL BASADA EN CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	81
4.3. LÍMITE DIVISORIO DE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO.....	84
4.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE FRAUDES CON TARJETAS DE CRÉDITO.....	88
4.4.1. En busca de un factor de atribución.....	91
5. CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	100
6. BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

La presente monografía de grado es el fruto de la convergencia de los diferentes conocimientos adquiridos en el pregrado de Derecho aplicados a una problemática especial: la responsabilidad civil por los fraudes cometidos con tarjetas de crédito en Colombia.

En efecto, el sistema de tarjeta de crédito se inserta dentro de las nuevas formas de contratación que ha traído consigo la modernidad, su uso es relativamente reciente y siempre objeto de constante desarrollo. Como producto comercial y bancario por excelencia, es el producto abanderado para acelerar el llamado proceso de bancarización, que se traduce en un mayor número de personas que, en Colombia y en el mundo, poseen y poseerán una tarjeta plástica.

En el sistema de tarjetas se presenta una conexidad contractual algo compleja, no sólo por el número de personas que en él intervienen: titular de la tarjeta, la entidad que la emite y el establecimiento que la acepta como medio de pago; sino por las obligaciones que se pactan y la correspondiente integración normativa de las cláusulas dispersas en diferentes contratos. Por ello, es preciso estudiar a profundidad la normatividad del sistema de tarjeta de crédito y de los diferentes negocios jurídicos que en él intervienen, con la finalidad de sacar de la oscuridad aquellos elementos contractuales en los que se fundamenta la responsabilidad contractual. En ese sentido, si se quiere llegar a la distribución o asignación de responsabilidad más justa, se debe entender y explicar a cabalidad el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito. Este estudio se realiza en el capítulo I.

En el Capítulo II, se presentan las obligaciones contractuales que tiene cada uno de los sujetos que interviene en el sistema de tarjetas de crédito en cuanto a la prevención de los fraudes y termina con una explicación de las clases de fraudes cometidos en la actualidad.

En el Capítulo III se esbozan las soluciones que la doctrina propone para asignar la responsabilidad entre los sujetos del sistema y al mismo tiempo, se analiza si tales soluciones son aplicables al ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, en el Capítulo IV se realiza un estudio de los factores de atribución del incumplimiento de las obligaciones de prevención contra el fraude. En especial se realiza una crítica constructiva enfocada al estudio del papel de la culpa civil para la construcción de una solución coherente que dé cuenta de los riesgos inherentes de fraude presentes en sistema de tarjetas de crédito. Este capítulo es un resultado concreto del proyecto de investigación titulado “*Nuevos alcances de la teoría del riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*”, liderado por los profesores Carlos Julio Arango Benjumea y por Maximiliano Alberto Aramburo Calle, en el cual fui parte integrante como auxiliar de investigación.

En resumen, la siguiente monografía trata de responder a lo largo de la misma, la siguiente pregunta: ¿Quién o quiénes deben asumir la responsabilidad de indemnizar los perjuicios originados por fraudes, cometidos por terceros no autorizados, con tarjetas de crédito?

CAPÍTULO I

LA TARJETA DE CRÉDITO

La doctrina que estudia la tarjeta de crédito, usualmente para su estudio, se refiere a ella como el resultado de la celebración del llamado “*contrato de tarjeta de crédito*” entre una entidad crediticia o bancaria emisora y un usuario, futuro titular de la tarjeta de crédito. Sin embargo, dista mucho de ser considerado un contrato bilateral, puesto que, primero, para que el sistema de tarjeta de crédito pueda funcionar se requiere de la celebración de al menos tres contratos y no de uno solo como se da a entender; y segundo, se trata de un sistema en el que intervienen una pluralidad de sujetos, cada uno con sus derechos y obligaciones.

Siendo así las cosas, se hace preciso desentrañar cómo la doctrina extranjera y la nacional han abordado el tema de la configuración jurídica de la tarjeta de crédito, pues sin duda el análisis de cada contrato y de las obligaciones allí pactadas serán los principales criterios que se deben utilizar para distribuir equitativamente la responsabilidad por fraudes entre los sujetos participantes del sistema.

1.1. LA TARJETA DE CRÉDITO COMO UN SISTEMA DE NEGOCIOS JURÍDICOS

Para que la tarjeta de crédito pueda funcionar como instrumento de pago, es preciso que se entrelace la actividad de al menos tres personas¹: una entidad emisora de la tarjeta de crédito, un usuario o titular de la tarjeta de crédito, y un establecimiento adherido o afiliado al sistema de tarjetas de crédito.

1.1.1. Emisor de la tarjeta de crédito. La tarjeta de crédito es emitida por una empresa, que por lo general es un banco o una entidad financiera, pero también puede ser una empresa dedicada a ofrecer bienes o servicios (almacén de cadena), que usualmente la establece como estrategia para fidelizar su clientela, otorgando al titular de la tarjeta prestaciones adicionales: descuentos, promociones, rifas, etc. Lo anterior, nos sugiere que la tarjeta de crédito es un sistema de negocios jurídicos no exclusivo de los bancos, por lo que el término *banco emisor*, utilizado con frecuencia en Colombia, no es el más preciso.²

La entidad emisora es la que asume además, la gestión y construcción del sistema de tarjetas, siendo esta actuación central y quizá la más importante toda vez que es asume un rol activo en el montaje del sistema. Sin embargo, “En ocasiones, para satisfacer tales obligaciones [de gestión y construcción del sistema] el emisor se vale de un tercero quien, por ejemplo, se encarga de efectuar los pagos a los proveedores y se reserva la percepción del pago que realicen los usuarios.”³ Es preciso diferenciar entonces, a la entidad que emite la tarjeta de aquella que administra el sistema, pueden coincidir, pero por regla general es a un tercero (para el titular de la tarjeta), a quien se le delega la administración del sistema. Ese tercero (o terceros) son personas jurídicas que se encargan principalmente de servir de puente entre los sujetos que intervienen en el sistema, utilizando para ello redes de enrutamiento para liquidar y compensar las operaciones en tiempo real. Por ejemplo, en

¹ Como veremos es posible que se ofrezcan tarjetas de crédito donde el papel de la entidad emisora es ofrecido por el establecimiento de comercio al mismo tiempo. Son tarjetas destinadas a ser usadas exclusivamente en su establecimiento (en nuestro país por ejemplo la tarjeta *Éxito-Sufinanciamiento*, entre otras). Sin embargo, ello no implica en ningún caso la asunción de menos obligaciones para la entidad emisora-establecimiento de comercio; por ello, el tratamiento legal de estas tarjetas se puede asimilar perfectamente a las tarjetas trilaterales las cuales serán estudiadas a profundidad en este capítulo.

² Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*. Quinta edición. Bogotá: Legis, 2002. p. 218 – 219.

³ BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria: consumidores y usuarios*. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 350

Colombia una de esas empresas es la sociedad *Redeban Multicolor S.A.* Desde el punto de vista económico, la delegación tiene sentido puesto que un banco o una empresa no cuenta con los recursos para administrar un sistema que demanda grandes inversiones en tecnología, así que por economía, contrata con las administradoras de las principales marcas de tarjetas (MasterCard, Visa, American Express, Diners Club). Asimismo, contractualmente es posible que la entidad emisora delegue otras obligaciones específicas del contrato de emisión de tarjeta, o que las administradoras del sistema, subdeleguen en otras empresas; por ejemplo en Colombia, la empresa *Incocredito*, creada por los principales administradores o sistemas de tarjetas, fue establecida para cumplir una actividad específica: vigilar y prevenir operaciones fraudulentas con tarjetas plásticas. Para ello, presta a la entidad emisora o la administradora del sistema de tarjetas, los siguientes servicios: visitas de inspección a establecimientos comerciales y la posterior elaboración de un informe para que la entidad financiera determine la viabilidad de la adquirencia; otro servicio según lo expresa la misma empresa es el “Desarrollo de auditorias y capacitaciones independientes, especializadas y frecuentes a los comercios que hacen parte de actividades comerciales que presentan un mayor riesgo de fraude para las Entidades Financieras, con el fin de fortalecer así la seguridad en la operación en temas puntuales.”⁴

Por último, para que la entidad emisora pague las sumas canceladas con la tarjeta de crédito, al establecimiento adherido normalmente se le exige poseer una cuenta en una entidad financiera, en la cual se abonen esas sumas, el cual es conocido como “banco adquirente”⁵. Ambas calidades –entidad emisora y banco adquirente- pueden conjugarse, pero no pueden confundirse los contratos de aceptación de tarjetas y de cuenta corriente bancaria, los cuales conservan su autonomía. Si no coincide el banco adquirente con la entidad emisora, para tales casos se acude a los servicios de centros de compensación,

⁴ Disponible: http://www.incocredito.com/servicio_02sectorfinanciero_02prevencionycontrol_03acciones.htm (visitada el 22 de septiembre de 2007). Para más información se puede consultar la página de Incocredito: www.incocredito.com

⁵ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 225 - 226.

quienes mediante la utilización de redes de enrutamiento, compensan y liquidan las operaciones diariamente entre las entidades⁶.

Como se evidencia de lo anterior, el usuario titular de la tarjeta de crédito conoce quien es la entidad que se la ha emitido y por lo tanto, frente a ella se obliga a realizar los reembolsos por los pagos que realiza con su tarjeta de crédito; pero desconoce a los terceros con que contrata la entidad emisora y las relaciones contractuales que los une, pues permanecen ocultos para él.

Normalmente la presencia de estas personas, que se llaman administradoras del sistema de tarjetas, es utilizada por la doctrina para clasificar la operación de las tarjetas de crédito en dos sistemas: el *sistema cerrado*, “en el que la relación con el titular de la tarjeta y el comercio afiliado recae solamente en la empresa administradora, siendo ésta la responsable de afiliar a los comercios, de procesar las transacciones efectuadas por éstos, de facturar a cada cliente y de brindar servicios de autorizaciones y prevención de fraudes, entre otros.”⁷ En el mismo punto, Barbier asume una posición diferente pues dice que “los sistemas cerrados de tarjetas de crédito se caracterizan por la concentración de la comercialización y administración en un solo sujeto, el que reúne los roles de ‘agente emisor’ y ‘agente rector’”⁸. El *sistema abierto*, por el contrario, es aquel donde “la relación con el titular de la tarjeta y con el comercio afiliado recae en los bancos emisores y pagaderos respectivamente”.⁹ Por su parte Barbier, explica que “en los sistemas abiertos tales roles [agente emisor y agente rector] son asumidos por entidades diversas: la entidad rectora – titular de la marca y de los sistemas de procesamiento- y las entidades emisoras –los bancos-, las cuales deciden individualmente sobre los aspectos económicos del negocio – tasas de interés, límites de financiamiento, límites de compra, etcétera-.”¹⁰

⁶ Para una lectura a profundidad de los procedimientos tecnológicos de la banca electrónica, cfr. RODRIGUEZ, Op. cit., p. 197 y siguientes.

⁷ RODRÍGUEZ, Op. cit. p. 218.

⁸ BARBIER, Op. cit., p. 350.

⁹ RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 218.

¹⁰ BARBIER, Op. cit., p. 350.

¿Cuál es la definición correcta? Podemos decir que ambos describen dos formas –cada uno a su manera- de la operatoria del sistema de tarjetas y en esa medida son correctas. Sin embargo, debemos preguntarnos si tal clasificación de los sistemas de tarjetas de crédito, en cerrado y abierto, es útil o irrelevante para la responsabilidad civil contractual. Para el titular de la tarjeta poco importa quién o quiénes administran el sistema, pues presupone que es la entidad emisora la que se obliga a ello. Demostraremos (ver capítulo III), que el titular de la tarjeta, puede iniciar una pretensión judicial en contra de la entidad emisora de la tarjeta (por responsabilidad civil contractual), sea porque ella misma dirige el sistema, o bien sea porque haya delegado su administración en terceros¹¹, la cual no podrá exonerar su responsabilidad aduciendo el principio de relatividad del contrato¹².

1.1.2. Titular de la tarjeta. Es el dueño de la tarjeta, es decir, quien se obliga frente a la entidad emisora y quien la utiliza como medio de pago en los establecimientos adheridos. Puede ser una persona natural o jurídica (tarjeta empresarial). Es diferente el titular de la tarjeta del usuario autorizado, típico en las tarjetas empresariales o de familia. En las tarjetas empresariales, el titular es la persona jurídica mientras que los autorizados son los funcionarios que ella registre ante la entidad emisora, los cuales serán los únicos habilitados para usarla; lo mismo en las tarjetas de familia, donde un miembro de la familia es el titular y autoriza el uso por los demás miembros del grupo de la misma tarjeta del titular, o puede suceder que la entidad emisora ofrezca a cada usuario autorizado una tarjeta de plástico, que para efectos jurídicos, en su conjunto se considerarán como una sola tarjeta de crédito.

En la Ley argentina de tarjetas de crédito (Ley 25.065), se establece una definición de titular como “aquel que está habilitado para el uso de la tarjeta de crédito y quien se hace

¹¹ BARBIER, *Ibíd.*, p. 347: “la circunstancia de que el contrato de emisión desde un enfoque puramente formal se concluya entre emisor y usuario, no supone reducir la relación a una simple y pura bilateralidad, dado que la intervención en el sistema de otras partes –p.ej., proveedores, bancos pagadores, administradores- es presupuesto insoslayable para la existencia del contrato. Por ende, las obligaciones y derechos de aquellos otros integran el conjunto de derechos y obligaciones exigibles por las partes que suscriben el “contrato de emisión de tarjetas de crédito”, en cuanto influyan sobre la relación puramente bilateral.”

¹² Veremos que el principio de relatividad de los contratos no es absoluto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha condenado por responsabilidad contractual por daños cometidos por terceros ajenos al contrato. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá 11 de septiembre de 2002, expediente No. 6430.

responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por autorizados por él mismo (art. 2º, inc. b.)”

1.1.3. Establecimiento adherido. También llamado establecimiento o comercio afiliado. Es quien se obliga frente a la entidad emisora a aceptar, cuando le sea presentada por un titular, la tarjeta de crédito como medio de pago de una obligación dineraria de la cual es acreedor. Usualmente en Colombia, se le llama comercio afiliado o adherido¹³, acentuándose su característica de comerciante, lo cual puede generar un uso poco acertado del término toda vez que hay personas que no tienen el carácter de comerciante y pueden o están habilitadas para recibir tarjetas de crédito.

Cada uno de estos sujetos se encuentra unido con los demás por medio de una relación contractual en la cual asume diferentes obligaciones. Esos contratos en su conjunto, configuran lo que la doctrina moderna ha caracterizado con el nombre de “*sistema de negocios jurídicos*”, definido como un conjunto de negocios jurídicos que mantienen su autonomía pero son celebrados con una finalidad diferente a la de cada uno de ellos en particular, consistente en una actividad económica determinada que se desea realizar.¹⁴

1.1.4. Contratos que hacen parte del sistema. Son tres los contratos básicos que permiten el funcionamiento de la tarjeta de crédito, el cumplimiento de la finalidad para la que fue diseñada y en conjunto configuran el sistema de tarjeta de crédito. Estos contratos son:

1.1.4.1. Contrato de emisión de tarjeta de crédito: celebrado entre la entidad emisora, usualmente un banco u otro tipo de entidades financieras¹⁵, y un usuario de ella.

¹³ Lo mismo que en Argentina, ver ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho comercial y económico: contratos parte especial. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 198.

¹⁴ MARIÑO LÓPEZ, ANDRÉS. Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. [base de datos en línea]. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. p. 14. Disponible en Internet: www.tdx.cbuc.es

¹⁵ Como se dijo antes, no solamente los bancos son los únicos emisores de tarjetas de crédito, sino que otras entidades financieras como las corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda (que ya no las hay en Colombia), compañías de financiamiento comercial se encuentran autorizadas entre otras para ejercer la actividad crediticia, siendo la tarjeta de crédito, económicamente hablando, uno de los medios mediante el

1.1.4.2. Contrato de aceptación de tarjeta de crédito: celebrado entre la entidad emisora de la tarjeta y el establecimiento de comercio adherido que se obliga a aceptarla cuando el titular la presente en su establecimiento como medio de pago de una obligación dineraria de la cual es acreedor. Para una compra no presencial se requiere el consentimiento de una cláusula o acuerdo adicional, para que estas transacciones valgan y se puedan realizar. La compra no presencial o compra a distancia, es aquella en la cual el titular no necesita hacerse presente en los puntos de venta, sino que por la utilización de algún medio tecnológico capaz de transferir los datos de la tarjeta y de su titular (teléfono, Internet, etc.), se asimila a la presentación personal en el punto de venta.

1.1.4.3. Contrato de cambio: los anteriores contratos constituyen el marco jurídico necesario para la celebración de un tercer negocio interrelacionado con los anteriores, el que se produce entre el establecimiento adherido y el titular de la tarjeta. Puede ser un contrato de compraventa o arrendamiento de servicios (o cualquier otro del cual surja una obligación dineraria), celebrado entre el titular de la tarjeta y el establecimiento adherido.¹⁶

1.1.4.4. Contrato de franquicia: adicionalmente a los anteriores contratos, existe un contrato de franquicia entre la entidad emisora local y una entidad emisora global (MasterCard, American Express, Visa, Diners Club).

La naturaleza jurídica de estos contratos será estudiada con posteridad con más detalle, pero lo que interesa que quede claro aquí es que el *sistema de tarjeta de crédito* representa un paradigma de la contratación moderna por los problemas teóricos que suscita. Andrés Mariño, nos dice algunos de ellos:

cual una de estas entidades concede un crédito de consumo a un particular. Por ello, se utilizará el término de entidad emisora, en el sentido genérico de incluir a cualquiera de aquellas entidades autorizadas.

¹⁶ MARIÑO LOPEZ, ANDRÉS. Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil. Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 17.

“[S]u funcionamiento requiere la celebración de contratos con la característica de ser atípicos; prerredactados e impuestos por la entidad emisora a los otros sujetos contractuales; y que se encuentran interrelacionados (conexos) entre sí de forma que configuran un sistema de negocios jurídicos que permite alcanzar una finalidad distinta a la de cada negocio jurídico en particular. La *atipicidad* tiene como problema principal la determinación de las normas aplicables a ese contrato que carece de una regulación específica. La *predisposición e imposición de los contratos de adhesión* tiene como consecuencia, por una parte, la aplicación de las normas del derecho de consumo, que protegen al consumidor y buscan el reequilibrio de la desigualdad contractual y, por otra parte, la aplicación de las normas que regulan específicamente los contratos con condiciones generales. La *conexión de contratos vinculados* repercute principalmente en el estudio de la validez-nulidad de los negocios interdependientes; la interpretación conjunta de los textos contractuales; y la responsabilidad de sujetos que no se encuentran vinculados directamente por un contrato.”¹⁷

El objetivo de esta monografía se centra en escudriñar el sistema de tarjetas de crédito con el ánimo de formular soluciones al problema cada vez más visible en Colombia de los fraudes con tarjetas de crédito¹⁸ y los problemas que genera en el saber específico de la responsabilidad civil¹⁹. Los demás problemas teóricos de la tarjeta de crédito señalados por Mariño, junto al que se origina por el fraude con la utilización de las mismas, nos indican que el punto de partida es considerar el funcionamiento de la tarjeta de crédito como un sistema de negocios jurídicos. Como sistema, debe ser estudiado en conjunto, sin descartar ninguna de sus partes, para plantear alternativas de solución al problema del fraude que

¹⁷ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 14 - 15.

¹⁸ Según lo informa el Mayor Freddy Bautista, director de la Unidad de Delitos Informáticos en la Dijín, al participar en una audiencia en la Cámara de Representantes, dijo que en el año 2002 se documentaron 90 casos, pero que en lo corrido de este año las denuncias ya son 630, sin contar las que llevan la Fiscalía y el DAS. Ver noticia completa “Aumentan los delitos informáticos en Colombia” disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/478312.asp> (consultada el 22 de septiembre de 2007), subrayas fuera del texto.

¹⁹ No hay ningún tratamiento sistemático por la doctrina nacional sobre la responsabilidad civil por fraudes con tarjetas de crédito, mientras que tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente otro tipo de fraudes han sido más abordados como el fraude con cheque; cfr. capítulo tercero.

terceros cometen en contra de los sujetos que intervienen en el sistema; mal se haría por lo tanto, al asignar responsabilidades, descartar al resto de las relaciones o sujetos que intervienen en el sistema.

El fraude cometido por terceros con tarjetas de crédito ocasiona un daño, el cual no es exclusivamente sufrido por solo uno de los sujetos del sistema, sino que el daño lo sufren todos y cada uno de los sujetos que intervienen en él. El daño al que se alude no debe entenderse propiamente como el elemento configurativo de la responsabilidad civil, sino más bien, el daño causado por el fraude al sistema de tarjeta de crédito, es un daño en sentido económico. Lo novedoso de la problemática de los fraude y el estado de rezago de nuestra legislación para enfrentarlos, hacen que la incertidumbre de los sujetos frente a la forma en cómo responderán económica o jurídicamente frente a estas situaciones, vuelva inoperante o menos eficiente, un sistema que se fundamenta esencialmente en la confianza que transmite a sus participantes. Si tal incertidumbre económica o jurídica subsiste, si tal confianza no se logra aumentar, los costos económicos inevitables de los fraudes se repartirán inequitativamente entre las partes, llevando en la mayoría de los casos el contratante más fuerte la mejor parte -la entidad emisora-, quien sacará provecho de esa incertidumbre económica y jurídica para imponer sus condiciones, valiéndose de la imposición de cláusulas de adhesión. Todo lo relativo a los fraudes y sus costos será abordado con profundidad en el capítulo segundo y lo relativo a la confianza del sistema en el capítulo cuarto.

En conclusión, es incorrecto hablar de la existencia de un “*contrato de tarjeta de crédito*” como algunos dan a entender. Para que la tarjeta pueda ponerse en funcionamiento es necesario al menos la celebración de tres contratos: contrato de emisión de tarjeta, contrato de aceptación de tarjeta, y un contrato de cambio. Los primeros dos contratos –atípicos-, más el contrato de cambio (que puede ser típico o no), configuran el *sistema de tarjeta de crédito*. En éste sistema, la entidad emisora asume un papel central pues es parte en los contratos de emisión y aceptación de tarjeta de crédito y asume la iniciativa en la

construcción del sistema y en la actividad económica a que el mismo da lugar.²⁰ Queda claro entonces, que el sistema de tarjeta de crédito se encuentra “conformado por una unidad de relaciones jurídicas diversas, manteniendo cada una de ellas su individualidad y regulaciones propias, pero denotando su ineficacia sin una actuación complementada y coordinada hacia la búsqueda de idéntico fin”.²¹

1.2. EL SISTEMA DE TARJETA DE CRÉDITO COMO UN SISTEMA EXPERTO

Sin abordar a profundidad el tema que filósofos y sociólogos le han dado al tema de la legitimidad y funcionamiento de los sistemas modernos, nos bastará decir que el sistema de tarjetas de crédito constituye un sistema experto para el usuario de la tarjeta y el establecimiento adherido, puesto que funciona sobre la base de la *confianza*.

El sistema de tarjetas de crédito es, sin dudas, un sistema experto en el que el profano – titular o establecimiento-, *confía* que funcionará siempre como debe razonablemente funcionar. El profano desconoce los detalles de su funcionamiento y se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que el sistema implica. La entidad emisora es el eje del sistema y quien tiene la capacidad de controlar todo el funcionamiento sistémico. Crea una apariencia que genera confianza. Ello, como se verá, tiene incidencia directa en el ámbito de las obligaciones a cargo de la entidad emisora que emergen del contrato de emisión de tarjeta y en la esfera de responsabilidad por los daños que se producen en el sistema de tarjetas de crédito.²²

La tarjeta de crédito es susceptible de ser utilizada fraudulentamente, la práctica lo demuestra, por lo que los titulares de la tarjeta y, los establecimientos adheridos, sólo participarán en el sistema si confían en el mismo. Asegurar esa confianza en el sistema, es

²⁰ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 31.

²¹ ETCHEVERRY, Op. cit. p. 197.

²² MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 17.

una función a cargo de la entidad emisora, quien en todo caso debe velar por la *reducción del riesgo de uso fraudulento de la tarjeta*.

Esa reducción de los fraudes, “constituye un elemento fundamental para el desarrollo y consolidación de las funciones de pago y crédito de obligaciones dinerarias del sistema de tarjetas de crédito. La *confianza* necesaria en el mismo sólo puede ser alcanzada si se establecen mecanismo para que: (i) esos usos ilegítimos que provocan daños a los integrantes del sistema sean improbables; (ii) en caso de producirse, sean fácilmente detectables; y (iii) que el daño por ellos ocasionados sea distribuido de una forma racional y equitativa entre los sujetos que participan en el sistema. La *seguridad* es el problema fundamental del sistema de tarjetas de crédito.”²³

1.3. DEFINICIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO Y SU CLASIFICACIÓN

1.3.1. Definiciones. La doctrina extranjera caracteriza el documento físico de la tarjeta de crédito como un documento de legitimación intrasmisible que permite a su titular efectuar pagos o cumplimientos de obligaciones dinerarias en un conjunto de establecimientos determinados, y accesoriamente, extraer dinero de cajeros automáticos, aplazando el reembolso de las sumas respectivas a la entidad emisora de la misma.²⁴

Esperanza Gallego Sánchez, explica que “al faltar, sin embargo, la literalidad y la transmisibilidad, ya que se trata de documentos personalísimos e intransferibles, suelen considerarse como simples documentos de legitimación.”²⁵ No es pues, un título valor.

Finalmente citando a Gete-Alonso y Calera, María de Lourdes Ferrando, dice que la tarjeta de crédito es “documento materializado, normalmente, en un soporte plástico con una banda magnética o un chip informático (microprocesador que contiene los datos personales

²³ *Ibíd.*, p. 18.

²⁴ *Ibíd.*, p. 29.

²⁵ GALLEGO SANCHEZ, Esperanza. *Contratación Mercantil. Volumen ii.: Contratación bancaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. p. 960.

y contables), personalísimo, creado por una empresa especializada, por una entidad de crédito o por un establecimiento comercial, que permite a su titular, mediante su presentación y el cumplimiento de ciertos requisitos, efectuar pagos (cumplir obligaciones dinerarias) y/o obtener dinero en metálico, realizar operaciones bancarias y, en su caso, gozar de otros servicios y beneficios.”²⁶

Sin embargo, en Argentina se encuentra alguna jurisprudencia que define a la tarjeta de crédito como un “documento meramente probatorio mediante el cual su titular puede requerir la prestación del vendedor; un documento de identificación, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para hacer valer el conjunto de derechos surgidos de la relación trilateral.”²⁷ Pero aunque se defina como “documento probatorio”, lo dicho a continuación corrobora la tesis de que se trata de un documento de legitimación, el cual es “necesario para hacer valer el conjunto de derechos...”

1.3.2. Clases de tarjetas de crédito. En cuanto a las clases de tarjetas de crédito, se dice que existen las siguientes²⁸:

1.3.2.1. Atendiendo al número de personas entre las que se producen las relaciones jurídicas en que consisten, se habla de tarjetas bilaterales y trilaterales. En las primeras sólo intervienen la entidad emisora de la tarjeta y el titular de la misma, existiendo simultáneamente sólo dos relaciones jurídicas: el contrato de tarjeta que se celebra entre la entidad emisora y el titular y el contrato entre la empresa y el titular, que paga el precio del bien o servicio obtenido. Las tarjetas de crédito nacieron bilaterales siendo emitidas por empresas hoteleras y aeronáuticas en Estados Unidos. Hoy en día son utilizadas por todo tipo de empresas que las emiten para ser usadas exclusivamente en sus establecimientos.

²⁶ FERRANDO VILLALBA, Maria de Lourdes. El contrato de Tarjeta de crédito, en: Contratación Bancaria, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 331.

²⁷ ETCHEVERRY. Op. cit. p. 201-202, citando la sentencia: CNCrimCorr, Sala VII, 28/6/84, “Wasench de Benghiat, Mónica”, LL, 1986-C-533.

²⁸ *Ibíd.* p. 332 - 334.

Las tarjetas trilaterales comportan, como mínimo, la participación de tres personas: la entidad emisora o gestora de la tarjeta, su titular y los establecimientos afiliados, que admitirán la tarjeta como instrumento de pago. Son tres, por tanto, las relaciones jurídicas que surgen: un contrato entre la entidad emisora o gestora y el titular, otro entre aquella y el establecimiento adherido al sistema y el contrato por el cual el titular presenta la tarjeta a dicho establecimiento para pagar una obligación dineraria contraída por él.

1.3.2.2. Según el modo como actúan en relación al pago o cumplimiento de obligaciones de dinero, se diferencia entre tarjetas de crédito (en sentido estricto) y de débito. Las tarjetas de crédito son aquellos instrumentos que cumplen su función de medio de pago mediante la concesión de un crédito a su titular. Permiten, en consecuencia, tanto la adquisición de bienes y servicios en los establecimientos adheridos, como la obtención de efectivo a crédito en los lugares determinados en el contrato, con el límite (cupó) fijado en el mismo.

Las tarjetas débito²⁹ son aquellas emitidas por entidades de crédito que permiten a su titular realizar operaciones bancarias en relación con las cuentas de que disponga en la entidad y que se encuentren vinculadas a dichas tarjetas. Simultáneamente, cumplen la función de instrumentos de pago de bienes y servicios prestados por las personas adheridas al sistema.

Ha surgido una nueva categoría de tarjetas, las recargables, entendidas como aquellas que “pueden ser alimentadas o cargadas para disponer o utilizar hasta el límite de alimentación”, empleándose para la realización de pagos sustituyendo al dinero en metálico. Algunas modalidades de tarjetas recargables son: las tarjetas monedero, las tarjetas telefónicas o las creadas por asociaciones de seguros privados en el ámbito de la medicina pre-pagada.³⁰

1.4. MARCO CONTRACTUAL

²⁹ En esta monografía nos referimos a las tarjetas de crédito en sentido estricto.

³⁰ Igual observación que la nota anterior. La cita es de FERRANDO VILLALBA, Op. cit. p., 334.

Como lo habíamos anticipado, el marco contractual de las tarjetas de crédito se encuentra conformado por tres contratos fundamentales y por el contrato de franquicia. Los tres primeros son el contrato de emisión de tarjeta de crédito, el contrato de aceptación de tarjeta de crédito y el contrato de cambio. El contrato de franquicia se celebra entre la entidad emisora local y la entidad emisora global.

Veamos pues cada uno de ellos y sus respectivas obligaciones³¹:

*1.4.1. Contrato de emisión de tarjeta de crédito.*³² Por medio de este contrato, el emisor se obliga frente al titular de la tarjeta principalmente (i) a entregar una tarjeta que pueda ser utilizada como instrumento de pago ante los establecimientos adheridos al sistema; (ii) a la existencia de establecimientos que admitan la tarjeta como medio de pago; (iii) a abonar a éstos el importe de las obligaciones dinerarias que el titular pague por medio de la tarjeta de crédito y (iv) a concederle un crédito para su reembolso. Asimismo, asume un conjunto de obligaciones accesorias cuya finalidad es permitir que el sistema funcione en forma segura. Entre ellas se encuentran (v) la instalación de los mecanismos técnicos adecuados para que el sistema funcione en forma adecuada; (vi) informar al titular de la tarjeta de las diversas operaciones efectuadas con la tarjeta para recabar su conformidad y verificar el funcionamiento regular; (vii) poner a disposición del titular los medios por los que pueda ponerse en contacto con la entidad emisora a fin de comunicar el extravío, sustracción, falsificación o cualquier otra situación de riesgo para la tarjeta; (viii) verificar la regularidad de la factura que el establecimiento adherido le presenta al cobro y, (ix) mantener la fidelidad de los datos personales que recabe.

El titular de la tarjeta de crédito, a su vez, se obliga frente a la entidad emisora a (i) custodiar y hacer uso adecuado de la tarjeta; (ii) verificar si los gastos efectuados son

³¹ El contrato de cambio (compraventa, prestación de servicios, arrendamiento, etc.), no será examinado puesto que los supuestos contractuales pueden ser infinitos (incluyendo típicos y atípicos), basta aclarar que en ellos la tarjeta de crédito cumple la función de medio de pago de la obligación dineraria que de ellos surge para el deudor (titular de la tarjeta)

³² MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 31-32.

realmente debidos al ser comunicados por la entidad emisora; *(iii)* reintegrar a la entidad emisora las sumas que haya abonado por medio de la tarjeta de crédito en la forma que se estipule y *(iv)* abonar un precio (pago de la cuota). Existen otras obligaciones que derivan de estas obligaciones principales. Así, el correcto uso de la tarjeta implica la obligación *(v)* de conservar la tarjeta, *(vi)* de comunicar su extravío o robo, *(vii)* excluir cualquier tipo de transmisión y *(viii)* guardar confidencialidad respecto al número de identificación personal y de las claves de la tarjeta.

*1.4.2. Contrato de aceptación de tarjeta de crédito*³³. Por el contrato de aceptación de tarjeta de crédito, la entidad emisora se obliga frente a los establecimientos adheridos *(i)* a pagar, en el plazo establecido, las facturas que éstos le presenten correspondientes a los pagos realizados con tarjetas de crédito por los titulares de las mismas; *(ii)* a disponer el soporte técnico que permita funcionar el sistema; y *(iii)* a informar sobre la vigencia y la regularidad de la tarjeta.

Como contraprestación principal, los establecimientos adheridos *(i)* admitirán las tarjetas de crédito como medio de pago y *(ii)* pagarán a la entidad emisora un precio por las operaciones con tarjetas que la entidad emisora les abone. Además, deben cumplir con otras obligaciones instrumentales como, por ejemplo, *(iii)* verificar la corrección de la operación, tanto en cuanto a la vigencia de la tarjeta, identificación del titular y límites del crédito concedido; *(iv)* confeccionar las facturas de una manera predeterminada y *(v)* entregarlas a la entidad emisora en el plazo que estipule.

*1.4.3. Contrato de franquicia de crédito*³⁴. Por el cual la entidad emisora global se obliga, entre otras conductas comprometidas, a *(i)* ofrecer publicitariamente la tarjeta con la marca de su propiedad; *(ii)* dirigir el sistema de créditos y débitos; *(iii)* administrar el servicio de recepción de comunicaciones de tarjetas extraviadas o sustraídas; administrar el listado de usuarios y establecimientos habilitados para el empleo de la tarjeta de crédito. Esta emisora

³³ *Ibíd.* p. 32-33.

³⁴ *Ibíd.* p. 33.

global tiene derecho a fijar los precios por el servicio financiero prestado y a controlar permanentemente el funcionamiento del sistema. Por su parte, la entidad emisora local debe (i) pagar un precio por las tarjetas emitidas y por las operaciones realizadas con las mismas; (ii) colocar la tarjeta de crédito en el mercado de usuarios y establecimientos adheridos; (iii) liquidar y compensar todas las operaciones realizadas por sus clientes y establecimientos adheridos que contraten con ella; (iv) enviar a la emisora local las notas de cargo o cupones que le entreguen los comercios adheridos, etc.

1.5. LA ATIPICIDAD CONTRACTUAL EN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO

Los contratos de emisión y de aceptación de tarjetas de crédito no se encuentran establecidos o regulados por alguna autoridad en Colombia³⁵. Sin embargo, hay una

³⁵ No se encuentra una regulación específica en Colombia. Lo mínimo que se ha regulado al respecto corresponde a la reglamentación de las tasas de interés, comisiones, tarifas y otros elementos accesorios en el funcionamiento de la tarjeta de crédito. Para la muestra el *Decreto 2230 de 2006* en el cual se establece en su artículo 2º lo relativo a la Información a los usuarios de los sistemas abiertos de tarjetas débito y crédito: “*Las entidades administradoras de sistemas abiertos de tarjetas deberán publicar, en las páginas económicas de un diario de amplia circulación nacional, con una periodicidad trimestral y referida al respectivo trimestre, la siguiente información: a. La comisión de adquirencia; b. La tarifa interbancaria de intercambio, y c. La cuota de manejo.*” Otra regulación es la esbozada en el *Decreto 519 de 2005*, donde se limita a establecer que la utilización de las tarjetas de crédito encuadra dentro de la definición de créditos de consumo (deroga además el Decreto 2048 de 2006). Otros ordenamientos jurídicos como el de Dinamarca y el de la República de Argentina mediante una ley han reglamentado el funcionamiento de las tarjetas de crédito. En Dinamarca, la ley consolidada sobre tarjetas de pago de 12 de septiembre de 1994; en la Argentina, ley 25.065 sancionada en diciembre 7 de 1998.

regulación sobre los sistemas de pago³⁶, entre los cuales se encuentran las tarjetas de crédito y débito.³⁷

El contrato de franquicia entre la entidad emisora local y la entidad emisora global tampoco se encuentra regulado, constituye por lo tanto un contrato atípico, pero de tratamiento pacífico por la doctrina.

En cuanto a la atipicidad de los contratos de emisión y aceptación de tarjetas de crédito, son ley para las partes (art. 1.602 C.C.) aunque no se encuentren definidos por una regulación específica. Los negocios jurídicos nacen jurídicamente por el postulado de la autonomía de la voluntad, no siendo indispensable que la modalidad contractual que elijan se encuentre establecida por un legislador, quien por cierto, encuentra imposible regular y reglamentar al detalle todas las relaciones que los sujetos de derecho necesitan para llevar a cabo para satisfacer desde sus necesidades mínimas, hasta para llevar a cabo las actividades financieras más avanzadas. Como bien lo explicara Hans Kelsen, los individuos actúan como órganos del Estado cuando reglamentan ellos mismos sus relaciones mediante la utilización de contratos –típicos o no. Por lo tanto, estos contratos tienen vida jurídica y producirán los efectos que las partes han acordado, siempre que previamente cumplan con los requisitos de existencia señalados por la normatividad colombiana. Los mismos no serán estudiados en esta monografía, por lo cual supondremos que los contratos atípicos de

³⁶ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) en su artículo 48, 1, literal j, señala que el Gobierno Nacional tendrá la facultad de “*Regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. Esta facultad se ejercerá previo concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, a fin de que este organismo pueda pronunciarse sobre la incidencia de la regulación en las políticas a su cargo.*” Tal carencia solo demuestra el rezago en el cual se encuentra Colombia al reglamentar los sistemas de pago, mientras que la Comunidad Europea ya desde finales de la década de los 80’s comienza a regular sobre el particular: Recomendación (87/598/CE) de la Comisión de las Comunidades Europeas de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico; Recomendación 88/590/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 1988, relativa a los sistemas de pago; Recomendación 97/489/CE, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago.

³⁷ Según Jorge Pinzón Sánchez, ex-superintendente bancario en palabras expresadas en noviembre 17 de 2004: “Se consideran también sistema de pago de bajo valor los que involucran la utilización de tarjetas débito y crédito”. Consultado en www.banrep.gov.co/documentos/seminarios/ppt/Superinte-Bancario.ppt el 22 de septiembre de 2007. La reglamentación, referida es el Decreto 1.400 de 2005, se referirá posteriormente cuando se analicen las obligaciones de prevención a cargo de las entidades emisoras administradoras del sistema de tarjetas de crédito.

emisión de tarjetas de crédito y de aceptación de tarjetas de crédito, cumplen con esos requisitos.

Lo más complicado o el problema fundamental que plantea la atipicidad de un contrato es el de la regulación normativa aplicable al mismo.

El Código Civil Colombiano no establece en norma alguna, la forma en la cual los operadores jurídicos aplicarán otras disposiciones jurídicas para los contratos atípicos adicionales a las cláusulas pactadas por las partes. El régimen jurídico aplicable a dichos contratos no es de tratamiento pacífico en Colombia, donde la doctrina y la jurisprudencia asumen posiciones encontradas.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de 31 de mayo de 1938 dice que “las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales de derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador”.³⁸

“Los Ospina”, se apartan de ese criterio, y establece la siguiente forma de determinar el régimen jurídico de los contratos atípicos: 1) leyes imperativas, 2) por las cláusulas redactadas, 3) por las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, 4) por las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, 5) por la doctrina constitucional y los principios generales de derecho.³⁹

Sin embargo, la atipicidad de los contratos no siempre es la misma: “la atipicidad se puede presentar de diferentes formas. En una primera, las partes crean un contrato que ajustándose

³⁸ Jurisprudencia citada en OSPINA F., Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2000. p. 51.

³⁹ *Ibíd.*

en principio a la estructura y función de un tipo negocial se separa de él en algún punto específico mediante la inserción de cláusulas que no corresponden a dicho tipo. En estos casos donde la desviación no es esencial se aplicarán las normas legales correspondientes al tipo contractual a que pertenece, pero, a las cláusulas que se separan del mismo se aplican por analogía las normas propias del tipo contractual que más similitud posea con ellas.

En el otro extremo del caso planteado se encuentran aquellos contratos que se separan totalmente de los tipos disciplinados por la ley al disponer prestaciones no previstas. Dada la amplitud de las reglas establecidas para los diferentes tipos contractuales específicos, estos contratos, que la doctrina denomina como atípicos puros, son de muy difícil posibilidad práctica.

En una zona intermedia a ambas situaciones se sitúan aquellos casos en que las partes construyen el contrato sirviéndose de elementos que corresponden a diferentes contratos típicos. A estos contratos se los denomina *contratos atípicos mixtos* (rectius: de estructura mixta) o *complejos* y dentro de esta categoría se pueden incluir, en principio, tanto al contrato de emisión de tarjetas como de aceptación que incluyen prestaciones similares a la de diferentes contratos típicos”.⁴⁰

No cabe duda que la normatividad o régimen legal aplicable a los contratos atípicos es diferente para cada uno de los supuestos antes mencionados, aunque si bien, todos se regulan por las normas generales que el ordenamiento jurídico colombiano establece para todas las obligaciones y contratos.

Los contratos de emisión y de aceptación de tarjeta de crédito se encuentran dentro de los llamados *contratos atípicos mixtos*, es decir, aquellos que se encuentran conformados por una pluralidad de contratos típicos. Al estar conformado por disposiciones de varios contratos típicos, la posibilidad de aplicar un criterio de aplicación analógica del tipo contractual más cercano sería una herramienta insuficiente para dar cuenta de todos los

⁴⁰ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 35 - 36.

elementos y obligaciones que las partes han acordado, en especial de aquellas obligaciones que no tienen ninguna semejanza con el tipo contractual que se asegura ser dominante.

Por ello la doctrina, intentando solucionar el anterior problema y en la búsqueda de criterios que den cuenta del régimen legal a aplicar a los contratos atípicos, ha planteado, entre otras menos relevantes, las siguientes teorías: la *teoría de la absorción*, en la cual “debe buscarse dentro del contrato atípico un elemento preponderante que se corresponda con el elemento preeminente de algún contrato típico y aplicar al contrato atípico la disciplina normativa de este último. La crítica a esta posición ha sido que es inaplicable en aquellos casos en que las diferentes prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con la misma intensidad sin que pueda encontrarse el elemento preponderante.”⁴¹

La *teoría de la combinación*, la cual pretendiendo avanzar sobre el anterior obstáculo, dice que “cuando en los contratos atípicos coexistan prestaciones y elementos correspondientes a diferentes contratos típicos, la disciplina normativa de aquellos se construirá combinando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos. Sin embargo, esta posición también resulta insuficiente en aquellos casos en que las prestaciones o elementos del contrato atípico no puedan reconducirse a las de los diferentes contratos típicos.”⁴²

Finalmente una de las teorías que la doctrina moderna viene aceptando⁴³, en especial cuando es imposible reconducir a una determinada normatividad, por aplicación de las demás teorías, constituye la de aplicar a los contratos atípicos, el régimen que la misma doctrina señala para los *contratos atípicos puros*. Llamaremos a ésta, *teoría de la tipicidad social*.

En cuanto a los contratos atípicos puros –que no pueden reconducirse a un tipo contractual preexistente-, señala Mariño que “se rigen por las normas generales del derecho privado

⁴¹ *Ibíd.*, p. 38.

⁴² *Ibíd.*, p. 38.

⁴³ *Ibíd.*, p. 38 y ss.

positivo, las reglas pactadas por las partes en el propio contrato, y los usos y costumbres (tipicidad social) de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1258 y 1287 del Código Civil.”⁴⁴

DIEZ-PICAZO, en cuanto a la tipicidad social, señala que “son esencialmente típicos aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un *nomen iuris* por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial.”⁴⁵

¿Será la tipicidad social una teoría trasladable a Colombia? Es factible, toda vez que en su ordenamiento también se encuentran las normas⁴⁶ de los arts. 1.258⁴⁷ y 1.287⁴⁸ del Código Civil español, que la doctrina de ese país señala como fundamentos de dicha teoría. Como equivalente del primer artículo, el art. 1.603 del Código Civil de Colombia dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”. El segundo artículo, tiene consagración en el tercer inciso del artículo 1.622 del Código Civil de Colombia:

“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 37.

⁴⁵ Citado por MARINO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 361.

⁴⁶ Me refiero a normas como la interpretación de un enunciado normativo. Es decir, dos enunciados normativos pueden variar en dos ordenamientos, pero la norma ser idéntica. “No se podrá matar” y “prohibido matar” son dos enunciados normativos diferentes, pero sin duda consagran ambos la misma norma.

⁴⁷ “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁴⁸ “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.”

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

Recordemos que dentro de las actividades desarrolladas en el sistema de tarjetas, se encuentra la actividad crediticia y otras tenidas por mercantiles por la normatividad comercial (arts. 20 a 22). Por lo tanto, en materia comercial la tipicidad social encuentra consagración expresa en el art. 3 del Código de Comercio de Colombia: *“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.”*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también ha analizado este problema, frente a lo cual dijo que: *“respecto del último grupo [los contratos atípicos mixtos], francamente inusual, deben atenderse, como ya se dijera, las estipulaciones convenidas por las partes, que no contraríen normas de orden público; si persistiese el vacío, se reglará conforme a la normativa general de los contratos y la tipicidad social. A la analogía solamente podrá acudir en la medida que denote un rasgo significativo común a algún contrato típico.”*⁴⁹

Ernesto Rengifo García, en un estudio sobre interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana, concluye: *“El comportamiento de las partes y la aplicación práctica que ellas asumen y despliegan frente al acto de su autonomía privada, descenden el problema y lo vuelven menos abstracto (esta es la crítica que se le haría a los criterios de interpretación del contrato atípico fijados por la doctrina), a tal punto que le suministran al juez tal cantidad de elementos que sin duda le facilitan su ‘discreta autonomía’ y su ‘cordura y perspicacia’ en la interpretación del contrato.”*⁵⁰

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de Octubre de 2001, expediente No. 5817, Magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles.

⁵⁰ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. En Los Contratos en el Derecho Privado. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, Bogotá 2007. p. 69.

La doctrina, sin embargo, ha planteado soluciones alternativas al problema de la atipicidad de los contratos de emisión y aceptación de tarjetas de crédito. Se lo ha conceptualizado al primero (emisión de tarjeta), como apertura de crédito; mandato, cuenta corriente bancaria; asunción de deudas y, finalmente como un contrato atípico puro con una tipicidad social propia y específica.⁵¹ El segundo (aceptación de tarjeta), se ha caracterizado por la doctrina como una estipulación para otro.

1.5.1. Atipicidad del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de tarjeta de crédito celebrado entre la entidad emisora y el usuario (futuro titular de la tarjeta), ha sido tipificado de las siguientes formas:

Contrato de apertura de crédito: parte de la doctrina identifica el contrato de emisión de tarjeta de crédito dentro del contrato de apertura de crédito. Este contrato se encuentra definido legalmente en el Código de Comercio, art. 1.400 de la siguiente manera: “Se entiende por apertura de crédito, el acuerdo en virtud del cual un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado.” De acuerdo al art. 1.401 del mismo código, “la disponibilidad de que trata el artículo anterior podrá ser simple o rotatoria. En el primer caso, las utilidades extinguirán la obligación del banco hasta concurrencia del monto de las mismas. En el segundo, los reembolsos verificados por el cliente serán de nuevo utilizables por éste durante la vigencia del contrato.”

Rodriguez Azuero defiende la tipificación del contrato de emisión de tarjeta de crédito como una apertura de crédito, porque “entre el tarjetahabiente y su banco existe un típico negocio de línea de crédito, en virtud del cual el banco le otorga al cliente la disponibilidad para acudir a sus arcas, hasta una determinada suma, mediante la utilización de la misma en la adquisición de bienes y servicios a terceros.”⁵² Posteriormente y complementando lo

⁵¹ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 40.

⁵² RODRIGUEZ, Op. cit. p. 219.

anterior, indica: “la tarjeta de crédito es uno de los mecanismos que tienen los usuarios para hacer efectivos los contratos de apertura de crédito que previamente han celebrado con sus bancos. Si no existiera el dinero plástico –como ocurrió por mucho tiempo- el consumidor podría obtener los recursos disponibles en virtud de la línea establecida a su favor con la diferencia de que el desembolso tendría que hacerse en efectivo, o por abono en su cuenta o por transferencia de fondos, para citar algunos ejemplos.”⁵³

La doctrina extranjera lo define como un contrato “de acuerdo al cual, una institución bancaria se obliga dentro de ciertos límites cuantitativos y temporales a poner a disposición del cliente una suma de dinero a cambio de una comisión que adeuda aún cuando no utilice los fondos puestos a su disposición. Para el caso que utilice los fondos, el cliente se obliga a realizar amortizaciones en la forma y plazos pactados y a abonar los intereses que puedan devengarse.”⁵⁴

Así, Eduardo Antonio Barbier dice que el contrato de emisión “es aquel por el cual una empresa especializada estipula con el cliente la apertura de un crédito a su favor, a efectos de que éste contrate bienes o servicios en determinados establecimientos.”⁵⁵

A esta postura, que tipifica el contrato de emisión como uno de apertura de crédito, se le puede criticar que le otorga demasiada importancia al elemento crediticio dentro del haz obligacional del contrato de emisión de tarjetas de crédito. Si bien es cierto, dice Mariño, “que se produce la concesión de un crédito, existen también otros elementos tipificantes particulares que no encuadran en la figura del contrato de apertura de crédito. En primer lugar, una de las obligaciones nucleares del contrato de emisión de tarjeta de crédito es la función de pago que la tarjeta debe cumplir para su titular. La tarjeta de crédito debe servir

⁵³ Ibid, p. 223. La Superintendencia Financiera también interpreta a la tarjeta de crédito como un contrato de apertura de crédito. Cfr. Concepto de la Superintendencia Financiera No. 2006045350-001 del 10 de octubre de 2006; No. 2001023303-1. Abril 23 de 2001. Las corporaciones financieras se encuentran excluidas para realizar contratos de apertura de crédito y por lo tanto para emitir tarjetas de crédito (Cfr. Concepto No. 2004001100-7 de Noviembre 25 de 2004), por lo tanto, tiene relevancia práctica analizar la naturaleza de este contrato.

⁵⁴ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 40-41..

⁵⁵ BARBIER, Op. cit. p. 346.

para realizar pagos de las adquisiciones del usuario y para ello deben existir además establecimientos adheridos, lo cual constituye otra obligación principal del contrato de emisión. También diferencian el contrato, la forma como opera el pago de la entidad emisora al establecimiento adherido y la existencia de un haz obligacional que incluye la prestación de otros servicios.”⁵⁶

En el contrato de emisión de la tarjeta se otorga un crédito, “pero no se constituye en la obligación principal, sino que, junto a otras conforma la totalidad de la operativa de la tarjeta de crédito...En el contrato de emisión de tarjeta la entidad emisora se obliga a brindar un instrumento de pago así como un conjunto de servicios inherentes a la constitución y organización del sistema que facilite la adquisición de bienes y servicios.”⁵⁷

Contrato de mandato: se dice que es reconducible a este contrato “pues la obligación principal que asume el emisor de la tarjeta es la de abonar las órdenes de pago emitidas por el titular de la tarjeta al momento de celebrar contratos de cambio con establecimientos adheridos. Al presentar la tarjeta, el titular suscribe una nota o cupón que constituye una orden de pago a cargo del emisor a favor del establecimiento adherido. Se trataría de un mandato de pago donde el mandatario –el emisor- se encuentra obligado a efectuar pagos de obligaciones dinerarias por cuenta de su mandante que es el titular de la tarjeta.”⁵⁸

Tal posibilidad se justificaría en Colombia de acuerdo con lo estipulado en el art. 1.287⁵⁹ del Código de Comercio, que define el contrato de comisión el cual es básicamente un mandato (art. 2.142 C.C. y ss.).

⁵⁶ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 42-43.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 43.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 44.

⁵⁹ “Artículo 1287. La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena. “

A esta postura se le puede criticar, de acuerdo con Mariño, que: (i) el emisor no actúa por cuenta del titular de la tarjeta, sino que lo hace por cuenta e interés propios, en cumplimiento de un contrato que lo vincula con el establecimiento que le presenta las facturas al cobro. (ii) Como consecuencia de ello, la entidad emisora obtiene una ganancia que consiste en el precio deducido, lo cual haría que el coste del servicio recaería, no en el mandatario, sino sobre un tercero que es el destinatario del acto ejecutado. (iii) el emisor de la tarjeta se reserva la facultad de decidir la realización o no de los pagos a favor de los establecimientos adheridos cuando las facturas por estos presentados no contengan los requisitos que se prevén al respecto, contradiciendo una obligación propia del mandato que dice que el mandatario, para actuar con la diligencia debida y cumplir su obligación, debe cumplir el encargo asignado.

*Contrato de cuenta corriente bancaria*⁶⁰: una tercera posición doctrinaria sostiene que se extienden analógicamente las normas que regulan al *contrato de cuenta corriente bancaria* a los contratos de emisión de tarjeta de crédito. Sin embargo, siendo la obligación principal proporcionar al cliente el servicio de caja, no es posible reconducir al contrato de emisión de tarjeta de crédito al de cuenta corriente bancaria, puesto que, dicho servicio de caja no existe en el mismo.

*Contrato de asunción de deudas futuras*⁶¹: como obligación principal la entidad emisora asume frente al titular de la tarjeta el hacerse cargo de las deudas de que éste contraiga frente a los establecimientos adheridos que acepten la tarjeta de crédito como medio de pago. Sin embargo, (i) el contrato de emisión no contiene una asunción por parte de la entidad emisora de las deudas futuras de los usuarios de la tarjeta respecto a los establecimientos adheridos; además, (ii) el establecimiento adherido no presta su consentimiento en el contrato de aceptación a la sustitución del titular de la tarjeta por la entidad emisora en la obligación emergente del contrato de cambio; por último, (iii) tal

⁶⁰ Mariño, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 45-46.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 47-48. T.

concepción se quedaría corta frente a la exposición de las obligaciones del titular de la tarjeta.

*Contrato atípico puro*⁶²: el problema de la tipificación del contrato de emisión de tarjeta de crédito, lleva a concluir que este contrato atípico no es reconducible a ninguno de los tipos contractuales existentes. Si bien se compone por elementos asimilables a los otros contratos, éstos se presentan particularmente combinados y conjuntamente con otros que no pertenecen a ningún contrato atípico.

Conjuga diversas prestaciones como la entrega de un instrumento de pago operativo (lo que implica la existencia de establecimientos que lo admitan y los medios técnicos necesarios para operar); el pago a los establecimientos; la concesión de un crédito; la prestación de otros servicios diversos, etc., que, como indica Gete-Alonso y Calera, “comportan estar en presencia de un contrato atípico en cuya estructura pueden distinguirse (si así se quiere) datos e índices propios de diversos contratos.”

La imposibilidad de aplicar el régimen jurídico de algún contrato atípico determina que el contrato de emisión de tarjeta de crédito sea regido por las normas generales que para las obligaciones y los contratos estén previstas por el orden jurídico colombiano y, habiendo alcanzado una amplia tipicidad social, se debe recurrir a los usos y costumbres imperantes en la contratación y a los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

1.5.2. Atipicidad del contrato de aceptación de tarjeta de crédito. Celebrado entre la entidad emisora y el establecimiento adherido. En Colombia se le conoce comúnmente como contrato de afiliación, teniendo el establecimiento adherido el nombre de comerciante o establecimiento afiliado.

Para la tipificación del contrato de aceptación, parte de la doctrina dice que se trata de un contrato que incluye una *estipulación para otro*.

⁶² *Ibíd.*, p. 48.

En Colombia, la estipulación para otro se encuentra definida en el art. 1.502 del Código Civil de la siguiente forma: “*Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato*”.

No existe un consenso en la doctrina sobre si tal figura se presenta en el contrato de aceptación de tarjetas, por el cual, el emisor y el establecimiento adherido, pactarían un derecho en beneficio del titular a que le sea aceptada como medio de pago.

No obstante lo anterior, el contrato de aceptación de tarjetas ha sido descrito de la siguiente forma: Cesión de créditos o asunción de deudas⁶³.

Cesión de créditos futuros: el establecimiento adherido sería acreedor frente al titular de la tarjeta, pero en virtud de un contrato de cesión de créditos, el establecimiento se lo cede a la entidad emisora.

El argumento crítico fundamental contra esta posición es que el establecimiento adherido no se obliga frente al titular a ceder su crédito a la entidad emisora ni ésta a aceptarla, sino que, por el contrato de aceptación el establecimiento adherido se encuentra obligado a aceptar las operaciones realizadas con la tarjeta de crédito. Más bien, al momento de la operación el usuario ordena (o solicita) a la entidad emisora que abone su deuda al establecimiento adherido, y luego en virtud del contrato de emisión de tarjeta de crédito el titular deberá rembolsar dicho pago a la entidad emisora.⁶⁴

⁶³ Algún sector de la doctrina se conforma en señalar que entre la entidad emisora y el establecimiento adherido se establece una relación contractual en la que se incluye una estipulación para otro, a favor del titular de la tarjeta, sin preguntarse por el régimen legal aplicable a dicho contrato. Cfr. RODRIGUEZ, Op. cit. p. 223 - 225.

⁶⁴ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 52.

Contrato de asunción de deudas: que según otros se caracteriza porque el emisor asume deudas que frente a los establecimientos adheridos contraigan los titulares de las tarjetas, quienes son sustituidos como deudores por la entidad emisora en el momento de hacer efectivo el pago por medio de tarjeta de crédito. Sin embargo, se le puede criticar que por el contrato de aceptación, la entidad emisora no asume las deudas que contraiga el titular de la tarjeta, sino que, se obliga a pagar las órdenes o solicitudes de pago de sumas de dinero que contienen las notas de cargo o cupones que le presenten los establecimientos adheridos.⁶⁵

En conclusión, es un contrato atípico puro, “entonces el contrato de aceptación se regula por las estipulaciones pactadas por las partes; las normas de orden jurídico que rigen a los contratos en general y a los contratos con condiciones generales; y las normas que emanan de la tipicidad social (usos y costumbres) alcanzada por dicho negocio jurídico contractual.”⁶⁶

1.5.3. Contrato de franquicia. Celebrado entre la entidad emisora local y la entidad emisora global dueña de la marca de la tarjeta de crédito (Visa, Mastercard, Diners, etc.). Según Rodríguez Azuero, no siempre se realiza un contrato de franquicia, sino que sencillamente, los dueños de las marcas pueden ceder el uso de la misma a la entidad emisora local por un contrato de licencia de uso.⁶⁷ El contrato de franquicia incluye esa cesión de la marca, pero en realidad, la entidad emisora global suele asumir a su cargo más obligaciones en lo relativo a lo que tiene que ver con la administración del sistema.

Lo anterior nos lo indica Andrés Mariño, en los siguientes términos:

⁶⁵ *Ibíd.*, p, 53.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ “Esas entidades dueñas de las marcas, celebran un contrato de licencia o de uso de marca con los sistemas (Bancos u otras sociedades) o un contrato de franquicia de la marca, para que los licenciarios o franquiciados puedan emitir plásticos, afiliar establecimientos de comercio, mercadear las marcas etc...” Cfr. RODRIGUEZ, p. 221

“Por lo general, el propietario de la marca de la tarjeta es también propietario de una organización y un proceso de implantación del sistema de pago, de su publicidad, explotación, tecnología o know how, seguridad y control, que, junto al derecho de uso de la marca, son objeto de cesión de su derecho de uso...lo habitual es que la licencia de uso de la marca sea una prestación más dentro de un conjunto que emerge del contrato de franquicia celebrado entre la entidad propietaria de la marca y de su sistema operativo, por una parte, y la entidad emisora local o de una zona determinada, por otra.”

Dicho conjunto de prestaciones incluye, además del derecho al uso de la marca, el derecho a la utilización del sistema y organización de la entidad emisora local así como de su tecnología y método de implantación. Como contraprestación, las entidades emisoras locales asumen la obligación de pago de un precio por el uso del sistema y de la marca y de realizar la actividad siguiendo las instrucciones de la entidad de franquicia. Estos contratos que se celebran entre las entidades emisoras globales o internacionales (Visa, Mastercard, American Express, Dinners, etc.) con los emisores nacionales (principalmente, bancos u otras entidades financieras) son predispuestos por los primeros en forma de contratos con condiciones generales a los que las entidades emisoras locales que se adhieran al sistema implantado por la entidad global deben someterse.”⁶⁸

Es de notar que las relaciones entre las entidades emisoras locales y las globales, pueden ser desarrolladas por terceros, como por ejemplo terceros que se encargan de realizar las obligaciones que según el contrato de franquicia le correspondía a una de las partes; como es el caso de las administradoras del sistema de tarjetas en Colombia. Puede suceder que la franquicia se realice entre la entidad emisora global (MasterCard) y la empresa administradora local (Redeban Multicolor S.A.), y esta última contratará luego con la

⁶⁸ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 80-81.

entidad emisora (Bancolombia S.A.), ya sea utilizando un contrato de prestación de servicios o de colaboración empresarial⁶⁹.

Según Mariño, por ejemplo para el franquiciador, a saber la entidad emisora global, surge la obligación de realizar las operaciones, liquidarlas y compensarlas entre las entidades emisoras locales autorizadas. “De esta manera, esta entidad emisora global maneja el sistema de créditos y débitos, mantiene actualizado los listados de usuarios donde constan las altas y bajas, dispone del sistema de transferencia electrónica de datos para autorizaciones e información sobre tarjetas y genera un fondo de garantía que ella dirige para hacer frente a imprevistos, hurtos, seguros de responsabilidad, etc.”⁷⁰

En conclusión el contrato de franquicia, celebrado entre la entidad emisora global y la entidad emisora local, es un contrato atípico.

1.5.4. Tipificación negocial del negocio por medio de tarjeta de crédito. La conjunción de los contratos de emisión de tarjeta de crédito y el de aceptación de tarjeta de crédito, otorgan la posibilidad de que el titular de la tarjeta la use como medio de pago. Cuando el titular la utiliza como medio de pago, se presenta un hecho jurídico que tiene relevancia en cuanto produce efectos en relación con todos los sujetos participantes del sistema de tarjetas de crédito.

Pues bien, la doctrina dominante, encabezada por DIEZ-PICAZO, tipifica la utilización de la tarjeta de crédito como instrumento de pago, trayendo a colación la figura de la delegación. Según este autor, la delegación es un “negocio jurídico (unilateral) por medio del cual una persona (delegante) da una orden a otra (delegado) a fin que ésta constituya una obligación o realice una prestación a favor de un tercero (delegatario) de tal manera que la prestación o promesa se entiendan hechas por cuenta del delegante.”⁷¹

⁶⁹ RODRIGUEZ, Op. cit. p.221.

⁷⁰ A cambio de la cual recibe una comisión. MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 85.

⁷¹ Citado en MARIÑO, Ibíd. p. 99.

“El pago por medio de tarjeta de crédito se presenta como una delegación de pago solutoria o como una delegación promisorias. Al hacer efectivo el pago con la tarjeta, el titular ordena a la entidad emisora que abone la deuda que ha asumido frente al establecimiento adherido. Cuando este último presente al cobro la orden delegatoria, la entidad emisora puede realizar el pago, extinguiendo la deuda del titular de la tarjeta (delegación solutoria), o, aceptar la orden y asumir una obligación propia de pago frente al delegatario en cuyo caso la delegación es promisorias. En ambas situaciones, producido el pago indicado, la entidad emisora se dirige al titular para que haga el reembolso correspondiente a dicho pago.

De acuerdo a los efectos liberativos para el delegante, el pago por medio de la tarjeta de crédito configura una delegación extintiva o novativa. El titular de la tarjeta (delegante) delega el pago de su deuda frente al establecimiento adherido (delegatorio) a la entidad emisora (delegado). Esta puede: (i) aceptar la orden de pago y concomitantemente hacer efectivo el pago con lo cual extingue la deuda del titular de la tarjeta de crédito, o, (ii) aceptar la orden delegatoria, obligándose ella misma a hacer efectivo el pago y extinguiéndose la obligación de pago del titular. En ambos casos, al producirse la aceptación de la orden delegatoria, el titular de la tarjeta se libera de su obligación de pago frente al establecimiento adherido”.⁷²

En igual sentido, y sumándose a la doctrina española, Esperanza Gallego, se adhiere a tal interpretación diciendo: “la opción más extendida (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, GETE-ALONSO) hace hincapié en la posición jurídica del cliente, que no quiere pagar en efectivo, explicando la obligación de la Entidad en la existencia de una delegación de pago que efectúa aquel a esta, que la acepta en virtud de este contrato [de emisión de tarjeta].”⁷³

⁷² MARIÑO, *Ibíd.* p. 102-103.

⁷³ GALLEGO, *Op. cit.* p. 970.

La tipificación del pago mediante tarjeta de crédito en España como una delegación, se encuentra prevista según DIEZ-PICAZO en el art. 1205 del Código Civil el cual dice:

“La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.”

En Chile, tal posibilidad se encuentra consagrada en el artículo 1.631 N° 3, que establece que la novación puede efectuarse: “Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.” Dice Abeliuk que en la “novación por cambio de deudor no puede faltar el cambio de un deudor por otro, y que éste quede libre. Para lo primero es indispensable el consentimiento de dos partes: el nuevo deudor y el acreedor”.⁷⁴ No obstante, existe una figura que se ajusta más al funcionamiento de la tarjeta de crédito. Esa figura es la que Abeliuk denomina *delegación novatoria*, la cual es una novación por cambio del deudor, “con la sola salvedad que requiere el consentimiento del primitivo deudor (Art. 1631, inc. final).”⁷⁵

En Colombia, al igual que en España y Chile, se consagra en el Código Civil, tal posibilidad en el art. 1.690 numeral 3° de dicho estatuto. Fernando Hinestrosa explica los elementos de la delegación utilizando las siguientes palabras: “Rasgos básicos de la delegación pasiva son, pues, el ruego, invitación y orden del deudor (delegante) al tercero (delegado), la aceptación de aquel iussum por parte de este, que en consecuencia se obliga (asume la obligación) frente al acreedor (delegatario), en vez del deudor primitivo o juntamente con él, y, por último, también la aceptación de la asunción por parte del acreedor-delegatario”⁷⁶

⁷⁴ ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones: Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 1005.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 1012.

⁷⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 508.

En cuanto al pago con tarjeta de crédito tal delegación queda patente cuando el titular de la tarjeta le ordena a la entidad emisora el pago de la obligación dineraria en la nota de cargo o cupón que firma al momento de la compra. Ello, según Hinestrosa, se explica por que la delegación tiene la naturaleza jurídica de un mandato, el cual “es la explicación que mejor se acomoda a la estructura y el funcionamiento de dicha figura [la delegación pasiva], que encuadra cabalmente dentro de la definición del artículo 2.142 c.c.”⁷⁷ La entidad emisora acepta, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, en el cual el delegado-emisor promete pagar ante el establecimiento las órdenes consignadas en las notas de cargo y se asegura que el titular de la tarjeta reembolse luego esa suma de dinero.

En cuanto al consentimiento del acreedor-delegatario, o sea, el establecimiento adherido, se encuentra “prestado en el contrato de aceptación de tarjeta en forma genérica y el aceptar el pago con la tarjeta que le presenta su titular en forma específica.”⁷⁸ Se presenta un consentimiento expreso en el primer caso y en el segundo un consentimiento tácito.

Ahora bien⁷⁹, debemos indagar por las excepciones que las partes de la delegación podrían proponerse, lo cual repercutirá en asuntos de responsabilidad civil:

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 510. Vemos que el elemento contractual del mandato entre el titular de la tarjeta y la entidad emisora, en la tarjeta de crédito (relación de provisión) es fundamental, al igual que los elementos que la relacionan con una apertura de crédito.

⁷⁸ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. *Op. cit.* p. 103. Si no fuera así, se presentaría una delegación imperfecta o no novatoria acumulativa “pues el acreedor acumula dos deudores, con una mayor seguridad para su crédito” (Abeliuk, p. 1014). El titular y la entidad emisora estarían obligados solidariamente (Art. 1.694 Código Civil).

⁷⁹ Teóricamente, al extinguirse la relación del titular de la tarjeta con el establecimiento adherido, se extingue y además “desaparecen los privilegios y garantías que amparaban la obligación primitiva” de acuerdo a lo estipulado en los artículos 1700 a 1705 del Código Civil (Cfr. HINESTROSA, *Op. cit.* p. 520). El problema de la aplicación de estas normas en materia de tarjetas de crédito sobrepasa el objeto de la presente monografía, sin embargo, parece absurdo que ellos operen por cuanto supondrían un desequilibrio en el sistema en contra de los titulares de la tarjeta y establecimientos de crédito principalmente. Piénsese en el comprador de un electrodoméstico con tarjeta de crédito quien lo adquiere con una garantía, y en el establecimiento que lo vendió exigiéndole al comprador algún tipo de garantía o fianza. Algunos autores, frente a tal postura, dicen que la novación produce efectos exclusivos en la obligación dineraria y no frente a lo demás. “Ahora bien la Entidad emisora y/o gestora asume sólo la posición deudora del titular de la tarjeta, no su total posición contractual, dato a tener en cuenta en las relaciones entre aquella y el titular de la tarjeta” (GALLEGO, *Op. cit.* p. 970). Podría sustentarse esa tesis en la tipicidad social del sistema de tarjetas de crédito.

-Excepciones de la entidad emisora al establecimiento adherido, con fundamento en el contrato que éste celebró con el titular de la tarjeta. Quienes sostienen y aceptan la causalidad de la delegación producida en el pago con tarjeta de crédito⁸⁰, entienden que dicho negocio jurídico delegatorio tiene su causa en el contrato de cambio, por el cual, la entidad emisora (delegado) puede oponer excepciones que conozca (por aviso del delegante) al establecimiento adherido (delegatorio) fundadas en vicios genéticos o funcionales del contrato de cambio que ha celebrado con el titular de la tarjeta (delegante). Mariño, dice que si la entidad emisora conoce esos hechos antes de la aceptación de la orden y de todas formas la acepta sin proponer la excepción, no podrá pedirle luego el reembolso al titular de la tarjeta.⁸¹ En Colombia, tal tesis encontraría fundamento en las disposiciones del contrato de emisión de tarjeta de crédito (tipicidad social) y subsidiariamente en los arts. 1.697, 1.698⁸² y 2.175 del Código Civil.

-Excepciones del titular de la tarjeta a la entidad emisora basadas en el contrato de cambio celebrado con el establecimiento adherido. La entidad emisora al momento de la delegación asume sustituir al titular de la tarjeta, el cual queda libre. Luego del pago de la entidad emisora al establecimiento adherido, se podría argumentar que el derecho a exigir del titular el reembolso de lo pagado, tiene dos fuentes posibles para justificarlo: (i) la existencia de una relación de provisión estructurada en el contrato de emisión de tarjeta de crédito y, (ii) la figura jurídica de la subrogación (art. 1.667 C.C.) debido al pago realizado al establecimiento adherido.

Sin duda que el reembolso procede por lo primero –contrato de emisión–, pues en cuanto a la subrogación –sea convencional o legal, no se cumplen sus elementos. La subrogación convencional no opera pues lo que se realizó fue una *delegación pasiva* (no hubo cambio de acreedor), y la subrogación legal (Art. 1.668, numeral 5º), “es excluida por el ejercicio de la autonomía privada de las partes que pactan una relación jurídica de base o de

⁸⁰ En Italia no operaría pues expresamente se admite la delegación *solutoria novativa abstracta* (art. 1.271 incisos 2 y 3 del Código Civil).

⁸¹ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 106.

⁸² HINESTROSA, Op. cit. p. 521 - 522.

provisión (el contrato de emisión) como fundamento para el negocio jurídico delegatorio.”⁸³ Por lo tanto, si el contrato de emisión de tarjeta se declarase inexistente o nulo, la entidad emisora podría alegar el derecho al reembolso aduciendo una subrogación legal en el pago.

Proviendo el derecho al reembolso de la entidad emisora del contrato de emisión de tarjeta celebrado con el titular de la misma, y no de la subrogación del primero en el crédito del establecimiento adherido, no podría el titular proponerle excepciones fundadas en el contrato de cambio, “pues cuando el delegado pretende el reembolso de lo abonado no lo hace en mérito a un derecho del delegatario [establecimiento] sino a uno propio y diferente de éste.”⁸⁴

No obstante, si la entidad emisora no ha abonado la suma de dinero, el titular puede revocar la nota de cargo. Para ello suele incluirse (tipicidad social) en los contratos de emisión una cláusula “en la cual se le otorga al titular de la tarjeta la posibilidad de oponerse al pago de la entidad emisora al establecimiento adherido, mediante la impugnación de los extractos que la entidad le remite al cliente periódicamente.”⁸⁵ Si lo hace, se entiende que revoca la orden de pago (mandato) impartida a la entidad emisora (art. 2.190 C.C.), lo cual lo puede realizar hasta que la entidad emisora la acepta o abona su pago.

El titular no puede proponer a la entidad emisora excepciones basadas en el contrato de cambio puesto que no se trata de una subrogación, sino que el derecho al reembolso es un derecho propio de la entidad que nace del contrato de emisión de tarjeta de crédito. A pesar de ello, es posible que el titular se oponga al reembolso cuando la entidad emisora incumple una de las obligaciones del contrato de emisión de tarjeta de crédito aduciendo la excepción del contrato no cumplido. Dentro de la variedad posible de supuestos, encontramos por ejemplo cuando no comunica los extractos para que el titular pueda oponerse, o cuando no confirma la existencia o validez de las notas de cargo, siendo patente que no es una orden

⁸³ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 106 .

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 108. .

⁸⁵ *Ibíd.*

del titular, sino de alguien que lo suplantó. También y a juicio de Raúl Anibal Etcheverry, puede considerarse un incumplimiento de la entidad emisora del contrato de emisión, cuando la entidad no abona al establecimiento adherido (no cumple con la orden de pago consignada en la nota de cargo), por lo tanto “hasta tanto el emisor cumpla su obligación con el comerciante con el que había contratado el usuario, éste no podría ser demandado por el primero.”⁸⁶

⁸⁶ ETCHEVERRY, Op. cit. p. 210.

CAPÍTULO II

FRAUDES CON TARJETAS DE CRÉDITO

En el presente capítulo abordaremos, de manera breve, las clases de fraudes con tarjetas de crédito que se vienen cometiendo por terceros, pero previamente, se estipularán las obligaciones de prevención que los sujetos que participan en el sistema deben desplegar con la finalidad de evitar la ocurrencia de tales fraudes. Esto es importante en materia de responsabilidad contractual, toda vez que la misma tiene como juicio de valor el incumplimiento de una obligación previamente acordada entre las partes.

2.1. OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE LOS SUJETOS

El sistema de tarjetas de crédito configura un sistema de negocios jurídicos, en el que los contratos que allí se desarrollan, conservan cada uno su autonomía, pero que en su conjunto son fundamentales para que la tarjeta de crédito pueda cumplir la finalidad para la que fue creada. Cada contrato se encuentra interrelacionado con los demás por el fin para el cual se crearon; sin duda, si uno de esos contratos no existiera, el sistema entero de tarjetas de crédito sería inoperante.

Lo anterior, refleja una conexidad entre los contratos que obliga a replantear de modo diferente el funcionamiento de los contratos cuando se encuentran enmarcados en redes contractuales, que configuran un sistema, en nuestro caso, el sistema de tarjetas de crédito.

Esa conexidad contractual, según Ricardo Luis Lorenzetti, provoca el nacimiento de nuevos deberes de los sujetos para con los demás y con el sistema. De manera muy especial, los

sujetos tienen la obligación de “contribuir al sostenimiento del grupo y la de aseguramiento del éxito de la empresa”.⁸⁷ Esas obligaciones se conjugan en el *principio de cooperación*.

Las obligaciones de prevención para evitar los fraudes con tarjetas de crédito, se enmarcan dentro de ese principio. En efecto, poco se lograría si tales obligaciones estuvieran en la cabeza de uno de los sujetos: todos, por lo tanto, tienen el deber de cooperar como integrantes del sistema y coadyuvar en la ardua tarea de evitar tales fraudes cometidos por terceros.

Las siguientes obligaciones de prevención han sido reconocidas en España por la doctrina, la jurisprudencia y por los propios Bancos que emiten tarjetas de crédito, al autoimponerse un código de buenas prácticas bancarias.⁸⁸ En Derecho comparado también hay referencias a tales obligaciones, como lo son: la Recomendación (87/598/CE) de la Comisión de las Comunidades Europeas de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico; la Recomendación 88/590/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 1988, relativa a los sistemas de pago; la Recomendación 97/489/CE, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago; la Ley danesa consolidada sobre tarjetas de pago de 12 de septiembre de 1994; la Ley argentina de tarjetas de crédito (25.065).

En Colombia, una consagración legal de tales obligaciones todavía no se ha dado expresamente, pero no obstante, tratándose de tarjetas de crédito del sector financiero, existe una regulación básica, que a continuación enunciamos:

-Decreto 1.400 de 2005. Se reglamentan algunas obligaciones y deberes de las administradoras de sistemas de pagos de bajo valor, entre las que se encuentran las administradoras de tarjetas de crédito. En ella se dice que estas entidades se encuentran

⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad. En: Revista Derecho Privado Y Comunitario. Vol. 0, No. 17 (septiembre de 1998); p. 225

⁸⁸ MARIÑO, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil, Op. cit. p. 37.

sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera. Al mismo tiempo, se señala como objeto de la vigilancia (art. 2º) que los mencionados entes “(i) adopten y pongan en práctica reglas y elevados estándares operativos, técnicos y disciplinarios que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; (ii) adopten y pongan en práctica sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes a su actividad; (iii) adopten y apliquen procedimientos adecuados que les permitan prevenir ser utilizadas para la realización de actividades delictivas, y (iv) adopten sistemas adecuados de revelación de información financiera y comercial para los participantes, de acuerdo con lo previsto para el efecto en el presente decreto.”

Estas empresas, deben además contar con certificado de autorización expedido por la Superintendencia Financiera, para lo cual deben probar (art. 4º, literal d.), entre otros elementos, que cuenta: “con reglas y procedimientos con que contará la entidad con el fin de prevenir y mitigar los riesgos a que se expone en el desarrollo de su actividad, en especial, los de crédito, legal, liquidez, operativo, sistémico, y de lavado de activos”.

Por último, este decreto consagra la obligación de las administradoras de elaborar reglamentos de operación (art. 5º, literal h.), en los cuales deben quedar plasmados los deberes de seguridad en cabeza de los participantes del sistema de pago. Expresamente se dice que los participantes deben “contar con planes de contingencia y de seguridad informática, para garantizar la continuidad de su operación en el Sistema de Pago de Bajo Valor.”

-Circular externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria (entiéndase Financiera).

En esta circular se encuentran detalladas las prácticas y procedimientos de seguridad que deben observar las entidades vigiladas por esta entidad. De manera general se encuentran las establecidas en el Numeral 8º, del capítulo primero, del título segundo. Por ejemplo, es clara la obligación de seguridad que consagra en la disposición ubicada en el numeral 8.1, de la siguiente manera:

“Corresponde a los establecimientos de crédito adoptar e implementar tecnologías mediante las cuales se presten adecuadamente los servicios a través de tarjetas débito o crédito o mediante el empleo de terminales, cajeros automáticos y puntos de servicio en oficinas y establecimientos comerciales, de forma que los mismos se realicen en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia (artículo 325, literal c. EOSF).

Igualmente, el empleo de instrumentos que complementen o sustituyan el uso de medios convencionales (como por ejemplo, la utilización de dispositivos biométricos que reemplacen en algunas transacciones a las tarjetas débito o crédito), debe realizarse en las citadas condiciones.”

En cuanto a la doctrina, en nuestro país, el desarrollo de la misma hasta la fecha ha sido casi nulo, pero nada obsta para que los jueces apliquen estas obligaciones de prevención de fraudes, a la hora de solucionar conflictos, pues como se dijo en el capítulo primero, son obligaciones que se insertan dentro de la llamada tipicidad social de los contratos de emisión y aceptación de tarjeta de crédito y del principio de cooperación, sin el cual no podría darse el sistema.

2.1.1. Prevención de uso fraudulento por el usuario.

-Custodia y seguridad. A partir de la entrega segura por parte de la entidad emisora, “el titular de la tarjeta de crédito debe custodiar y conservar en forma adecuada dicho instrumento y, en su caso, el NIP que se le asigna.”⁸⁹ El NIP (Número de Identificación Personal) es la clave asignada a la tarjeta.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 27.

-Información de riesgos. “Cuando el titular de la tarjeta adquiriera conocimiento del extravío o robo de ésta o de una situación de riesgo de uso fraudulento –como puede ser una posible falsificación de la tarjeta- debe notificar dicho hecho en forma inmediata a la entidad emisora.”⁹⁰

-Revisión de extractos. Además, “el titular de la tarjeta de crédito, al recibir el extracto de las operaciones realizadas con la tarjeta, debe comprobar su regularidad y, en caso de detectar anomalía, impugnar el cargo irregular del extracto dentro del plazo fijado.”⁹¹

2.1.2. Prevención del uso fraudulento por la entidad emisora.

-Entrega segura. La entidad emisora debe entregarle la tarjeta al usuario, pero tratándose de un elemento tan valioso y que envuelve tantos riesgos, la entidad emisora debe asegurarse de entregar la tarjeta de una forma segura. Así, los datos de la tarjeta se deben proteger de su interceptación por cualquier persona, incluyendo los propios funcionarios de la entidad emisora encargados de su entrega y de cualquier tercero en general.

-Canales de comunicación. La entidad emisora debe “poner a disposición de los usuarios canales de comunicación, adecuados y permanentes, que permitan a éstos comunicarle el robo, extravío, u otras situaciones de riesgo para la tarjeta de crédito.”⁹²

- Bloquear la tarjeta de crédito. El riesgo de un uso fraudulento aumenta una vez se reporta su extravío o sustracción. Es lógico entonces pensar que la forma más idónea de obstaculizar cualquier uso fraudulento es una actuación inmediata de la entidad emisora. De esta forma, una vez la entidad emisora conozca del hurto, sustracción o cualquier otro riesgo reportado por el titular de la tarjeta, debe proceder a “bloquear de forma inmediata el

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*, p. 29.

posible uso de la tarjeta de crédito, comunicando dicha situación a los establecimientos adheridos y/o colocando dicha información a disposición de éstos.”⁹³

- *Verificar regularidad de pagos.* Esto significa que la entidad emisora “deberá verificar la regularidad de la nota de cargo o cupón emitido por el titular de la tarjeta y, en especial, la veracidad de sus datos y de la firma colocada en dicho instrumento.”⁹⁴

- *Enviar extracto o resumen de los pagos efectuados con la tarjeta de crédito.* Para que el titular “compruebe la regularidad de los mismos y, en caso de no haber oposición, procederá a hacer efectivo al establecimiento adherido el pago del cargo respectivo.”⁹⁵

2.1.3. Prevención del uso fraudulento por el establecimiento adherido.

-*Verificar los datos subjetivos y objetivos de la tarjeta de crédito.* “[E]sto es, por una parte, comprobar la identidad del titular y la coincidencia de la firma de éste con la colocada en la nota de cargo o cupón que contiene la orden delegatoria y, por otra, la vigencia, la inalterabilidad y el límite de crédito de la tarjeta de crédito que se le presenta.”⁹⁶

-*Consultar a la entidad emisora el estado de la tarjeta.* “Antes de aceptarla como medio de pago, el establecimiento adherido se encuentra obligado a consultar a la entidad emisora, por los medios que ésta haya puesto a su disposición, sobre el estado actual de la tarjeta que se le presenta.”⁹⁷

-*Confecionar un documento predispuesto y redactado por la entidad emisora.* Que tiene por finalidad acreditar el pago realizado con la tarjeta de crédito en el cual deben constar

⁹³ MARIÑO, Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Op. cit. p. 125.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 125.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 124.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 128.

⁹⁷ *Ibíd.*

los datos identificatorios de la tarjeta de crédito y del titular de la misma, el número de la autorización dada por la entidad emisora, el monto de la operación y la firma del usuario. A lo largo de esta monografía se le ha llamado nota de cargo o cupón, enfatizando el hecho de que la misma incorpora una orden o solicitud del titular de la tarjeta a su entidad emisora, para que abone el dinero al establecimiento de comercio. En la práctica tal instrumento suele adoptar la figura de un título valor de contenido crediticio, como un pagaré.

2.2. TIPOS DE FRAUDE CON TARJETA DE CRÉDITO

El fraude con tarjeta de crédito se ha clasificado en dos clases, dependiendo del sujeto que la usa en forma irregular. Así, en un primer tipo de fraudes con tarjetas, se ubican aquellos cometidos por el titular de la tarjeta. El segundo tipo de fraude es aquel cometido por un tercero no autorizado.

En esta monografía se profundizará en el segundo tipo de fraudes toda vez que: (i) es el de mayor ocurrencia en la actualidad y (ii) su tratamiento requiere un mayor desarrollo doctrinario en cuanto a la aplicación de la responsabilidad contractual al sistema negocial que implica la tarjeta de crédito.⁹⁸

El empleo fraudulento de la tarjeta por un tercero no autorizado, se clasifica a su vez en tres supuestos de fraude: (i) cuando se ha producido el extravío o la sustracción de la tarjeta que permite a ese tercero su uso ilegítimo; por otra, (ii) cuando se ha falsificado la tarjeta de crédito y se la emplea para hacer operaciones de pago ilegítimas, y, también, (iii) cuando un tercero se apropia de los datos de identificación de la tarjeta de crédito y de su titular y, empleando los mismos, celebra contratos a distancia por medios electrónicos, telefónicos o telemáticos.

⁹⁸ Para la profundización del fraude cometidos por el titular de la tarjeta, cfr. La tesis doctoral de Mariño ya referenciada.

Andrés Mariño, los explica de la siguiente forma⁹⁹:

1. *Uso fraudulento en caso de extravío o sustracción.* El supuesto fáctico de uso indebido en éste ámbito está conformado por aquellos casos en los cuales el titular de la tarjeta de crédito ha extraviado la tarjeta o le ha sido sustraída, y la persona, que la ha encontrado o la ha robado, y utiliza la tarjeta de crédito para efectuar un pago, el cual es aceptado por el establecimiento adherido.
2. *Uso fraudulento en caso de falsificación.* Puede darse básicamente, de dos formas. Por una primera, simulando completamente la tarjeta o, en una segunda, adulterando la tarjeta, modificando su texto, sustituyendo el nombre, aumentando el monto de crédito, extendiendo la fecha de su caducidad, etc.
3. *Uso fraudulento en la contratación a distancia.* Puede producirse en dos situaciones. En primer término, cuando un sujeto se ha apropiado de una tarjeta extraviada o sustraída y utiliza los datos de ésta. En segundo término, cuando el tercero se apropia de los datos de la tarjeta de crédito, así como de la identidad del titular y los utiliza para efectuar un pago.

⁹⁹ Mariño, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil Op. cit. p. 24 – 25.

CAPÍTULO III

DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO POR EL USO FRAUDULENTO DE TARJETA DE CRÉDITO POR TERCEROS NO AUTORIZADOS

Es claro que en los supuestos de fraude llevados a cabo por un tercero no autorizado, es éste quien deberá responder civilmente por el ilícito cometido. No solamente verá comprometida su responsabilidad civil al tener que indemnizar a sus víctimas, sino que también podrá asumir las consecuencias penales que el ordenamiento jurídico colombiano tipifique para estos supuestos, como podría ser una estafa, falsedad en documento privado o falsedad personal.

No obstante lo anterior, el daño ocasionado por el fraude cometido por el tercero, habría podido ser evitado por uno de los sujetos que participan en el sistema: el titular de la tarjeta, la entidad emisora o el establecimiento adherido, siempre que las obligaciones de prevención a su cargo, vistas en el capítulo anterior, fueran llevadas a cabo.

Como se verá la doctrina distribuye la responsabilidad entre los sujetos del sistema según quien haya incumplido las obligaciones de prevención a su cargo, para prevenir fraudes con tarjetas de crédito por terceros no autorizados (regla general). El fruto de tal distribución de responsabilidad permitirá además sostener la confianza en el sistema, que como ya lo vimos es un elemento esencial para que pueda funcionar.

La distribución de responsabilidad de acuerdo a las obligaciones de prevención depende de cada supuesto de fraude. A continuación se expondrán tales supuestos y la responsabilidad que le cabría a cada sujeto.

3.1. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO

En primer lugar, la regla general de asignación de responsabilidad: responde todo aquel participante del sistema de tarjetas de crédito que haya incumplido obligaciones preventivas a su cargo.

En cuanto a los riesgos de utilización fraudulenta a raíz del extravío o sustracción de la tarjeta de crédito, es común que los contratos de emisión de tarjeta de crédito consagren la obligación del titular de la tarjeta de comunicarlo a la entidad emisora. Por lo tanto, la asignación de responsabilidad por extravío o sustracción debe replantearse en dos momentos:

i. Uso fraudulento posterior a la notificación:

La asunción del riesgo de uso de la tarjeta de crédito corresponde en forma exclusiva a la entidad emisora a partir del momento que el titular le comunica la situación de riesgo existente.

Dicha comunicación actúa a modo de barrera temporal. Tras realizarse, el usuario no responderá por los cargos derivados de la utilización de la tarjeta denunciada. La entidad emisora debe asumir las consecuencias de la falta de diligencia por no haber efectuado el bloqueo del funcionamiento del sistema para impedir el uso indebido. Esta es la posición asumida por unanimidad de los tribunales españoles.¹⁰⁰

ii. Uso fraudulento anterior a la notificación:

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 35.

Normalmente se estipula en el contrato de emisión de tarjeta de crédito que el titular de la tarjeta responderá por todo uso fraudulento anterior a la notificación de la situación de riesgo.

Hay dos formas de proceder entonces:

a. El usuario responde hasta la notificación. Aun cuando el establecimiento adherido y la entidad emisora incumplan sus obligaciones de verificar la regularidad del pago realizado con la tarjeta, el usuario debe reembolsar al emisor la suma que éste haya abonado al establecimiento adherido. Para esta posición, la tarjeta de crédito se encuentra dentro de la esfera de control de su titular, quien debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar el extravío o la sustracción. Entonces el usuario asume el riesgo hasta el límite constituido por la culpa grave o dolo de los establecimientos adheridos, salvo exoneración por una estipulación específica a tal efecto.¹⁰¹

b. Responde quien ha incumplido obligaciones preventivas a su cargo. El riesgo se traslada a la entidad emisora a partir de la notificación. Eso no significa que necesariamente el riesgo del empleo ilegítimo realizado antes de dicha comunicación recaiga siempre sobre el usuario de la tarjeta. Éste responderá del uso fraudulento previo a la notificación sólo si incumple alguna de las obligaciones de prevención a su cargo que haya ocasionado el uso fraudulento.

Si el establecimiento adherido y/o la entidad emisora han provocado el uso ilegítimo por incumplir algunas de las obligaciones preventivas a su cargo, el titular no tiene por qué resultar afectado por dicho incumplimiento. Entonces, el usuario puede hacer valer la irregularidad de la nota de cargo, para no reembolsar a la entidad emisora.

Si el usuario ha cumplido con sus obligaciones, no responderá por el uso fraudulento de su tarjeta de crédito antes de la notificación de la situación de riesgo. Para asignar

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 36 – 37.

responsabilidad en dicho caso, es necesario analizar qué obligaciones preventivas de la utilización ilegítima se han incumplido.

Existirá una concurrencia de incumplimientos obligacionales productores del daño ocasionado, cuando incumplen sus obligaciones el usuario y otro de los sujetos del sistema. Lo más lógico entonces es que la responsabilidad debe compartirse entre aquellos sujetos que han incumplido las obligaciones respectivas, por lo cual, todos deben responder de forma concurrente. También puede suceder que el uso fraudulento se deba al incumplimiento exclusivo de la entidad emisora y del establecimiento adherido, caso en el cual responderán por la totalidad del perjuicio.

Es preciso aclarar que para que tal posibilidad pueda salir adelante, es requisito previo obtener la declaratoria de cláusula abusiva por la cual se asigna la responsabilidad en cabeza del titular de la tarjeta por fraudes anteriores a la notificación del riesgo. En efecto, en España la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad emisora en forma absoluta por el uso fraudulento por parte de terceros cuando la tarjeta de crédito ha sido sustraída o extraviada, es considerada una cláusula abusiva por la ley (LGDCU) y por los tribunales, bajo el argumento que “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 la tarjeta de crédito.”¹⁰²

En Colombia se encuentra una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la cual se podría sustentar las anteriores apreciaciones. Se trata de las siguientes sentencias:

-Sentencia del 5 de noviembre de 2003, CSJ, Sala de Casación Civil, M.P. Silvio Trejos.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 59. Además en España, se considera integrada a la tipicidad social del contrato de emisión de tarjeta, una cláusula en la cual se limita a 150 euros la responsabilidad del titular de la tarjeta, en los supuestos de fraudes cometidos antes de la notificación y por negligencia en la vigilancia y custodia de la tarjeta. Se considera abusiva, toda cláusula que pretende aumentar o eliminar este límite de responsabilidad. Cfr. MARIÑO, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil Op. cit. p. 52 y ss.

Se indica que basta el aviso oral por parte del titular de la tarjeta para que la entidad bancaria deba bloquear la tarjeta, aunque en el contrato se estableciera que tal aviso se debía realizar por escrito y dentro de las 24 horas siguientes, acompañada de la copia de la denuncia o documento similar.

En este caso, la tarjeta se había atascado en uno de los cajeros electrónicos de la entidad emisora. El titular de forma inmediata se puso en contacto con los funcionarios de la entidad, quienes no le advirtieron en ningún momento que tal situación debía notificarse según la formalidad consagrada en el contrato, sino que le hicieron creer que la notificación verbal era suficiente. El bloqueo fue temporal, lo que permitió que luego un tercero no autorizado sustrajera sendas sumas de dinero pertenecientes al titular de la tarjeta.

En la sentencia, la Corte ratificó la responsabilidad de la entidad emisora toda vez que el titular de la tarjeta actuó diligentemente, pero la entidad emisora incumplió la obligación de bloquear la tarjeta, la cual procedía por el simple aviso del titular.

*“el incumplimiento de tal formalismo no daba pie para que el banco procediera a reactivarla bajo el riesgo de que se hicieran nuevos retiros de dinero, como en verdad sucedió, en perjuicio del contratante que había sido diligente en el suministro de la información relacionada con la retención de su tarjeta por el cajero automático”.*¹⁰³

En conclusión, si el titular de la tarjeta es diligente en cuanto a su obligación de custodia y vigilancia, cumpliendo además su obligación de notificar de cualquier situación de riesgo como la pérdida, hurto o cualquier otra (como un atasco en el cajero electrónico), la entidad emisora debe proceder a bloquear el uso de la misma hasta que la situación que la originó pueda ser superada o se otorgue una nueva tarjeta con una nueva clave. Si tal bloqueo no lo realiza, la entidad será responsable de cualquier uso fraudulento por parte de terceros no autorizados.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2003, , M.P. Silvio Trejos. Si bien se trata de una tarjeta débito, dada la similitud en estos asuntos con la tarjeta de crédito, nada impide trasladar tales argumentos a esta última.

-Sentencia del 23 de agosto de 1988, CSJ, Sala de Casación Civil, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

En esta sentencia se discute sobre la responsabilidad de una entidad bancaria en cuanto a la obligación de verificar la autorización del titular de la cuenta corriente, para debitar de la misma cualquier suma de dinero.

La citada sentencia expresa:

“Es reconocido que el cuentacorrentista puede disponer de los fondos depositados mediante la transferencia a otra cuenta del mismo u otro Banco, y cuando ello ocurre es porque así expresamente lo ha consentido el cliente, puesto que al Banco no le está permitido hacerlo a motu proprio (sic). Otras son las transacciones que puede hacer directamente.

En esas condiciones si llega a producirse una operación de transferencia de fondos, que incida en el saldo, cualquier reclamo o inconformidad que muestre el cuentacorrentista puede comprometer la responsabilidad de la entidad bancaria que, para exonerarse debe acreditar, por cualquier medio idóneo, que contó con la autorización de aquel.”¹⁰⁴

La citada jurisprudencia es clave para entender el problema de la obligación que tiene la entidad emisora de verificar las órdenes de pago emitidas por el titular de la tarjeta cuando paga la obligación dineraria surgida del contrato de cambio con el establecimiento adherido.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de agosto de 1988, CSJ, , M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

Por lo tanto, si el titular de la tarjeta no ha sido quien emitió la orden pago, sino que alguien suplantándolo lo hace, tal orden de pago no produce efectos para el titular pues no es una orden suya. Entonces, la entidad emisora no podrá solicitar posteriormente el reembolso de tales sumas al titular de la tarjeta, el cual se podrá oponer al pago aduciendo la falta de autorización. Es la entidad emisora quien tiene la carga de la prueba en cuanto a que la autorización es del titular, toda vez que es ella la que conserva los cupones u órdenes de pago y porque al titular de la tarjeta le bastaría utilizar negaciones indefinidas, como por ejemplo: “yo no pagué” o “yo no fui quien autorizó”.

3.2. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE FALSIFICACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO.

En principio, el titular de la tarjeta que actúa de buena fe, desconoce la falsificación y no tiene participación en el uso indebido con la tarjeta duplicada o manipulada. Sólo podría considerarse su responsabilidad cuando no ha actuado con diligencia en la conservación y custodia de la tarjeta.¹⁰⁵ El titular conserva el deber de informar a la entidad emisora inmediatamente conozca la realización de la operación irregular.

Es establecimiento adherido debe cumplir con su obligación de comprobación, la cual incluye (i) la verificación de la identidad personal del titular de la tarjeta exigiendo un documento que la demuestre, como puede ser la cédula, y (ii) el cotejo de las firmas; el cual consiste en comparar la identidad de la firma estampada en la tarjeta de crédito con la estampada en el cupón o nota de cargo (la cédula también tiene la firma del titular, por lo que si este es el documento de identificación presentado, también se debe tener en cuenta). Si incumple con esta obligación, la entidad emisora puede rechazar el pago efectuado con la tarjeta y, en este caso, sobre el establecimiento recaerá la responsabilidad por su uso

¹⁰⁵ MARIÑO, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil Op. cit. p. 61 (libro)

indebido. Sin embargo, puede suceder que el establecimiento adherido actúe con absoluta diligencia, pues quien falsifica la tarjeta puede también falsificar la documentación identificatoria del titular de la tarjeta de crédito, de forma tal que tanto la comprobación de la identidad del titular como el cotejo de firmas no hagan posible detectar la falsificación de la tarjeta. Incluso, puede solicitar la autorización de la operación a la entidad emisora y ésta no detectar anomalía alguna en ella. En este caso, el establecimiento adherido no puede considerarse responsable y la entidad emisora deberá abonar las operaciones realizadas de esa forma.¹⁰⁶

Entonces, la responsabilidad recaerá sobre el sujeto o los sujetos que no han cumplido con las obligaciones de prevención a su cargo.

Puede suceder que el titular de la tarjeta y el establecimiento adherido hayan cumplido sus obligaciones de prevención con diligencia. ¿Debe la entidad emisora asumir la responsabilidad? La respuesta a este interrogante es crucial, pues de ello depende la distribución equitativa de la responsabilidad. Según Mariño, la entidad emisora debe responder, abonar la suma al establecimiento y no podrá solicitar el reembolso al titular de la tarjeta, toda vez que ha incumplido una obligación adicional a su cargo: la obligación de seguridad del sistema. Al respecto dice:

“la entidad emisora debe dotar de seguridad al sistema, y, como consecuencia, aun cuando el establecimiento aceptante haya verificado los datos, la operación no debió ser autorizada por la entidad emisora. Ésta incumple una obligación de seguridad del sistema y es responsable por los daños ocasionados por su incumplimiento.

Los perjuicios derivados de la inexistencia de estos instrumentos de control no pueden afectar al titular de la tarjeta. En efecto, la entidad emisora es quien emite las tarjetas de crédito, y si no tiene los medios de seguridad apropiados, debe asumir el riesgo que su inseguridad apareja, pues los restantes sujetos partes del

¹⁰⁶ MARIÑO, *Ibíd.*, p. 61.

sistema no participan de la emisión ni del control de la seguridad de su funcionamiento.”¹⁰⁷

La entidad podrá exonerarse sólo si demuestra una actuación fraudulenta o con negligencia grave (dolo o culpa grave) del titular de la tarjeta o del establecimiento de comercio.

Posteriores razonamientos sobre la responsabilidad de la entidad emisora se realizarán en el siguiente capítulo pues se enmarca en el debate sobre la forma de imputar el incumplimiento de las obligaciones; es decir, la de una imputación por culpa o la de una imputación por riesgo en la responsabilidad contractual.

En Colombia a este tipo de fraude se le conoce con el nombre de “clonación de tarjetas”: una tarjeta de crédito clonada es aquella que tiene los mismos datos asignados por la entidad emisora y por lo tanto técnicamente es la misma -una clonación. En Argentina se les conoce como “tarjetas mellizas”.

La falsificación de la tarjeta puede –no necesariamente- tener como precedente la pérdida o sustracción de la misma.

En Colombia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aún no ha tenido la oportunidad de abordar expresamente el tema, mucho menos la doctrina y no existe datos disponibles de Asociaciones Bancarias sobre las reclamaciones asumidas y aceptadas por los bancos en tales supuestos.

Sin embargo, se puede buscar dentro de la jurisprudencia producida, cómo se ha dado solución para el fraude por falsificación en otros medio de pago. No se trata de extender por analogía el régimen legal de estas figuras –títulos valores-, sino que tales soluciones

¹⁰⁷ MARIÑO, *Ibíd.*p. 62-63. La jurisprudencia española justifica tal posición y llega a decir que la entidad emisora tiene una responsabilidad objetiva en los casos de operaciones no autorizadas por el titular de la tarjeta, atenuada por la responsabilidad del titular. Cfr. MARIÑO, *Ibíd.*p. 65.

jurisprudenciales son trasladables pues, las tarjetas de crédito y los títulos valores de contenido crediticio, comparten una función básica común: servir como medio de pago.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil se ha pronunciado reiteradamente en cuanto a los fraudes cometidos con los títulos valores de contenido crediticio como el cheque. En efecto la jurisprudencia de la Corte se ha centrado en distinguir el tipo de fraude de la falsificación del cheque en dos supuestos: (i) producido con posterioridad a la pérdida de la chequera por el cuentacorrentista y (ii) producida sin la pérdida de la chequera.

Tal argumentación es la que se observa en la sentencia del 17 de octubre del 2006. M.P. César Julio Valencia Copete, en la cual, para el primer supuesto, se dice que se aplicará “exclusiva y preferentemente” la disposición consagrada en el artículo 733¹⁰⁸ del Código de Comercio en la cual responde el cuentacorrentista hasta antes del aviso oportuno al banco informando la pérdida de la chequera o formularios. La responsabilidad del cuentacorrentista tiene dos límites legales: cuando se produce el fraude luego de la notificación oportuna y cuando la alteración o la falsificación fueren notorias.

Dice la Corte en la sentencia:

“En suma, el artículo 733 del Código de Comercio actúa sobre la premisa consistente en que una vez el cuentacorrentista ha recibido sin reparo la chequera, si uno o varios de los formularios salen de sus manos, a él le será atribuible semejante desatención en su custodia, de suerte que será su misma conducta la que le hará asumir las consecuencias del pago que se realice del cheque elaborado en uno de esos formatos, sin que en esta hipótesis pueda verse favorecido con la presunción de responsabilidad a cargo de la entidad bancaria, salvo que la

¹⁰⁸ “El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias.”

falsedad sea notoria o que, no siéndolo, hubiere dado aviso oportuno del extravío, supuestos estos en los que responsabilidad recaerá entonces en el banco”.

Para el segundo supuesto, el de la falsificación del cheque sin pérdida previa de la chequera o formularios, la Corte dice que operan los artículos 732¹⁰⁹ y 1.391¹¹⁰ del Código de Comercio. En estas normas se dice que el riesgo de circulación será asumido por el banco, el cual debe responder por los cheques falsificados.

¿Tal jurisprudencia es trasladable a la falsificación con tarjetas de crédito? Ciertamente es posible, pues tanto el cheque como la tarjeta de crédito son instrumentos de pago que legitiman el ejercicio de un derecho y en los que media una orden de pago emitida por el cuentacorrentista en un caso, y por el titular de la tarjeta en el otro. Ambos comparten esta característica aunque el primero, el cheque, sea un título valor (art. 619 Código de Comercio) y el segundo un documento de legitimación, siendo por lo tanto el primero autónomo del negocio causal o de la relación de provisión al punto que se entiende extinguida por el cheque, mientras que la tarjeta de crédito como instrumento de pago y documento de legitimación conserva su vinculación a los contratos que integran el sistema de tarjetas de crédito, pues mientras no existe una norma que así lo exprese, la tarjeta de crédito es un instrumento de pago causal.

Por lo tanto, la jurisprudencia construida alrededor del cheque, ratificaría en principio la solución planteada por la doctrina extranjera, que predica que incumple aquél que no haya cumplido con su obligación de prevención, excepto por la aplicación del artículo 733 del Código de Comercio.

¹⁰⁹ “Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado. Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad.”

¹¹⁰ “Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información de tal pago.”

¿Sería el artículo 733 del Código de Comercio aplicable al fraude por falsificación de tarjetas de crédito? Sería discutible, pues de ello dependería que el titular de la tarjeta no podría exonerarse por los fraudes cometidos por la tarjeta perdida antes de la notificación así probara diligencia y cuidado. Debemos recordar lo estipulado en el primer capítulo en cuanto a la tipicidad social de los contratos de emisión y aceptación de tarjeta de crédito: se regulan por las normas de contrato y por los usos y costumbres que la práctica aconseja. De esta manera, la obligación de informar oportunamente los riesgos de la tarjeta de crédito – hurto, extravío o falsificación- se inserta dentro de la tipicidad social, pero para asignar tal obligación como límite de responsabilidad debe tenerse en cuenta que tal deber existe a favor del titular de la tarjeta. Por lo tanto, toda estipulación que asigne, en todo caso, la responsabilidad al titular de la tarjeta por fraude de falsificación, previo hurto de la tarjeta, tiene dos opciones o alternativas de solución: (i) aplicar por analogía la disposición del artículo 733 del Código de Comercio o (ii) considerar que el titular de la tarjeta puede exonerar su responsabilidad si demuestra diligencia y cuidado en la custodia de la tarjeta, lo que significará la consideración de cláusula abusiva toda aquella que pretenda la responsabilidad del titular por fraudes cometidos con tarjetas falsificadas previa pérdida del titular.

No se pretende exponer la corrección de una sola de esas posibles posturas, pero el juez que se enfrente a tal problema debería optar primero por la tipicidad social de los contratos del sistema de tarjetas de crédito y en última instancia por tal norma, que al parecer impondría o asignaría de manera injusta un riesgo que no le debería corresponder al titular de la tarjeta de crédito.

Lo anterior es para el supuesto de falsificación de la tarjeta previa pérdida de la misma, pues para la falsificación de la tarjeta sin que el tercero se haya apropiado de la misma, tendrían aplicación los razonamientos de la jurisprudencia en cuanto a aplicar los artículos 732 y 1.391 del Código de Comercio. Parecería entonces contradictorio acoger la aplicación de estos artículos y no la del art. 733. Tal aparente contradicción desaparece si se considera

o enmarca los contratos de crédito como contratos de adhesión y en los cuales la entidad emisora abusa de una posición dominante; adicionalmente, el derecho del consumo implica estudiar la tarjeta de crédito como un medio de pago lo suficientemente masificado para que a través de la misma se absorba el consumo de las familias de todos los estratos socioeconómicos. La tarjeta de crédito es uno de los productos que lideran el llamado proceso de “bancarización” y es de dominio público que la estrategia de las entidades emisoras es la de obtener que las familias de bajos recursos se hagan a una tarjeta de crédito¹¹¹. Es la realidad económica de las tarjetas de crédito, contraria a la realidad económica del cheque, la que aconseja la interpretación aquí esbozada.

3.3. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE UN TERCERO EN CASO DE USO FRAUDULENTO DE LA TARJETA DE CRÉDITO EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA.

Para que este tipo de uso fraudulento se pueda llevar a cabo, solo basta que el tercero no autorizado se apropie de los datos de la tarjeta (número de la tarjeta) y del número de identificación de titular, toda vez que el establecimiento adherido no tiene forma de verificar o controlar la identidad del titular de la tarjeta. El consentimiento del titular en este tipo de operaciones se entiende prestado cuando se transmiten los datos anteriores.

En ningún momento el establecimiento podrá verificar la documentación de la identidad del titular (cédula de ciudadanía, etc.), ni mucho menos la coincidencia de las firmas de la tarjeta y la de la nota de cargo.

¹¹¹ En cuanto a las perspectivas de crecimiento de la marca [MasterCard] en Colombia, su presidente dice que “este año esperamos colocar más tarjetas en el segmento de los clientes con bajos ingresos que en los medios o altos”. Si anteriormente el tarjetahabiente promedio manejaba ingresos por \$700.000 ahora muchas personas con ingresos equivalentes al mínimo ya pueden acceder a un plástico. Cfr. Fiebre de plásticos, En: Revista Gerente, No. 98 del año 2005; p. 50.

En el derecho positivo español existe una norma consagrada (art. 46 de la LOCM) que obliga a la entidad emisora a anular el pago de la transacción a petición del titular cuando se entera de la operación irregular. Este mismo artículo asigna la responsabilidad por el uso fraudulento en la contratación a distancia en cabeza del establecimiento adherido.

La anterior solución se justifica porque es el establecimiento adherido quien “deberá extremar las medidas de cautela para evitar una utilización indebida o fraudulenta.”¹¹²

En Colombia la Ley 527 de 1999 legisló sobre mensaje de datos, comercio electrónico y firma electrónica principalmente, los cuales se definen en el artículo primero así:

Mensaje de datos. Es la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

¹¹² citado en MARIÑO, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil Op. cit. p. 69.

Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación

En el artículo 15 de la ley se refuerza el postulado de la autonomía de la voluntad toda vez que se indica que: “En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.”

La citada ley de comercio electrónico no dice expresamente sobre la responsabilidad de los sujetos que en él intervienen, y mucho menos se introduce una norma que establezca la potestad del iniciador (en el cual se puede incorporar el concepto de titular de la tarjeta de crédito) para revocar cualquier autorización no autorizada por él, como en España.

Como no existe tal disposición que en España es el fundamento para asignar responsabilidad en cabeza del establecimiento adherido por los fraudes cometidos por contratación a distancia, no queda sino aplicar en Colombia las apreciaciones comentadas para el caso del fraude cometido con tarjetas de crédito hurtadas o sustraídas. Entonces, responderá aquél que ha incumplido sus obligaciones de prevención a su cargo.

No obstante, en materia de transacciones sometidas al comercio electrónico, la ley 527 de 1999 establece una presunción legal (*iuris tantum*) del siguiente tenor:

Artículo 17. Presunción del origen de un mensaje de datos. Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando:

1. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o

2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio

Entonces el titular de la tarjeta (iniciador) debe desvirtuar tal presunción para exonerar su responsabilidad, demostrando que no fue él quien ha enviado el mensaje (estrategia de la destrucción¹¹³), o demostrando que no se probaron los hechos consagrados en los numerales del artículo por la entidad emisora (estrategia del bloqueo¹¹⁴).

Además, el titular de la tarjeta puede invertir la carga de la prueba por medio de una negación indefinida (“no fui yo quien envió el mensaje”, etc.), siendo el interesado, sea la entidad emisora o el establecimiento adherido, quienes deben demostrar lo contrario.

3.4. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS SUJETOS QUE ADMINISTRAN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Tal y como se había anticipado en el primer capítulo, las obligaciones que surgen del contrato de emisión y aceptación de tarjeta de crédito, en especial las de administrar y gestionar el sistema, no necesariamente deben ser cumplidas por la entidad emisora, por lo que resulta posible que ella subcontrate, sin importar la figura contractual utilizada (prestación de servicios, joint venture, cuentas en participación, etc.), tales obligaciones en un tercero en relación al titular de la tarjeta y al establecimiento adherido, quienes además, desconocen por lo general tal hecho.

¹¹³ AGUILÓ REGLA, Josep. Notas sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca. En revista Doxa No. 22 de 1999, páginas 651-652. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf (visitado el 16 de octubre).

¹¹⁴ *Ibíd.*

En este apartado se resolverá de manera breve la siguiente inquietud: ¿Puede la entidad emisora, excepcionar su responsabilidad contractual por la *delegación* que hace a terceros de las obligaciones a su cargo y son estos los que han originado el daño?

En principio la respuesta es positiva, pues la pretensión de responsabilidad contractual requiere que las partes gocen de legitimación por activa o por pasiva. No cualquiera puede buscar por las vías de la responsabilidad contractual la indemnización de un daño causado en virtud de la ejecución de un contrato o en general, de un acuerdo de voluntades. La legitimación en la causa no es otra cosa que un juicio de identidad: las partes del proceso, pretensor y resistente, deben coincidir respectivamente con las partes del contrato, acreedor y deudor. Adicionalmente, lo anterior también es aplicación del principio de relatividad del contrato: el contrato es ley para las partes. Por lo tanto, si el incumplimiento es causado por un tercero ajeno a la relación contractual, ese tercero responde en principio extracontractualmente.

Sin embargo, a la fecha la doctrina y la jurisprudencia vienen reevaluando lo anterior, arribando a unas excepciones en las cuales el tercero debe responder contractualmente y además de forma solidaria con el contratante incumplido.

El caso que ha dado lugar a tal excepción, es el de la responsabilidad contractual de las partes que intervienen en una cadena de contratos o red contractual, como lo es el sistema de tarjetas de crédito.

Jorge Santos Ballesteros establece que tal posibilidad se puede deducir del ordenamiento civil colombiano, al respecto dice: “De acuerdo con el artículo 1738 del Código Civil de Colombia, ‘en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas que estuvieren a su cuidado.’”¹¹⁵

¹¹⁵ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. La solidaridad en la responsabilidad contractual por el hecho de otro. En: Ponencia realizada en el 1er Congreso Iberoamericano de Derecho Privado. Cartagena: Universidad EAFIT. 10 a 11 de septiembre de 2007; p. 55.

Sin embargo, tal presunción se queda corta cuando el auxiliar de la prestación es independiente del contratista (deudor). Al respecto, el Doctor Santos Ballesteros trae a colación un referente jurisprudencial importante: La Sentencia de la CSJ, Sala de Casación Civil, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá 11 de septiembre de 2002, expediente No. 6430.

La mencionada sentencia condena contractualmente a un médico adscrito a una clínica, por los daños ocasionados a un paciente que contrató los servicios médicos con la clínica. Entre el paciente y el médico no había relación contractual y en principio, la responsabilidad del médico era de orden extracontractual.

No obstante la Corte, fundamenta la decisión de condenarlo por responsabilidad contractual y además en solidaridad con la clínica por las siguientes razones:

1. *Identidad* de la prestación a la que se comprometió la clínica y la asumida por el médico. El objeto de la obligación es exactamente el mismo.
2. El médico es un *sustituto* de la prestación de la clínica y con la *aquiescencia del paciente* (acreedor) procedió a la ejecución del tratamiento.
3. “Es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución”.
4. El artículo 2.344¹¹⁶ del Código Civil es eficaz para todo tipo de responsabilidad.

Santos Ballesteros concluye y reafirma los razonamientos esbozados en la sentencia por la Corte Suprema, y afirma:

“De lo expuesto cabe concluir entonces que, en aquellos eventos en que el auxiliar del deudor participa de la ejecución y cumplimiento de la prestación, aceptada dicha ingerencia tácita o expresamente por el acreedor, sin mediar voluntad contraria, o escogido por el mismo acreedor, y dadas además la estructura y el vínculo

¹¹⁶ “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”

obligacional que se verifique por la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, como lo dice la Corte colombiana en la sentencia acabada de citar, ligadas además la identidad del interés lesionado y del daño producido, cabe entonces aplicar en estos eventos la solidaridad en sede contractual entre deudor y auxiliar por el daño que se le genere al acreedor como consecuencia del incumplimiento de la obligación asumida. Solidaridad que existirá en la medida en que se configura una prestación resarcitoria idéntica, dada por la reparación en equivalente en que consiste la indemnización en sede contractual.”¹¹⁷

Tal situación en Argentina, es decir, la naturaleza de la responsabilidad del auxiliar cuando el incumplimiento le es imputable, también genera polémica. En primer lugar, “nadie duda de que el auxiliar no es el deudor, al menos el deudor directo; que es un tercero incorporado por el deudor. Pero, a la vez, ese auxiliar “sabe” de la relación comercial preexistente y del rol que desarrolla en orden a la satisfacción del acreedor.”¹¹⁸

Mosset Iturraspe, argumenta que la responsabilidad contractual del contratista y para ello cita a Jordano Fraga, quien dice que: “a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona, incluidos empresarios autónomos, de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento [...] lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria.”¹¹⁹

En conclusión, aplicando tales razonamientos de la doctrina y la jurisprudencia, podemos decir que los terceros, administradoras del sistema de tarjetas (Redeban Multicolor S.A.

¹¹⁷ SANTOS BALLESTEROS, Op. cit. p. 64 - 65

¹¹⁸ Ibid., p 197.

¹¹⁹ La Cita es de Francisco Jordano Fraga en MOSSET ITURRASPE, Jorge. El Ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Vol. 00, No. 17 (septiembre de 1998), p. 199.

verbi. Gracia), pueden responder contractualmente y de forma solidaria, por los daños ocasionados en ejecución del contrato celebrado con la entidad emisora al titular de la tarjeta o al establecimiento adherido.

Sin embargo, estas sociedades ofrecen un patrimonio poco sólido en comparación con el ofrecido por las entidades emisoras de tarjetas de crédito bancarias. En efecto, aunque el hecho del incumplimiento se le impute a la sociedad administradora del sistema, el titular de la tarjeta o el establecimiento adherido, querrán buscar el patrimonio de estas últimas. En efecto, sería injusto que la entidad emisora pudiera desligarse de todas sus obligaciones y dejar que los terceros asuman la responsabilidad por los riesgos inherentes del sistema.

Al respecto podemos tomar como modelo la argumentación de Mosset Iturraspe quien sobre esta posibilidad expresa: “el obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que sirve o tenga a su cuidado...De no ser responsable el principal o comitente podría, mediante la inclusión de terceros en la relación obligacional, desligarse unilateralmente. Los auxiliares intervienen a pedido del deudor y a su propio riesgo y conveniencia.”¹²⁰

En Argentina, la asignación de responsabilidad contractual a quien delega se ha fundamentado en la noción de dependencia: “la noción de dependencia puede ser comprendida con sentido lato y se verifica cada vez que se confiera al auxiliar una autorización para obrar; quien la imparte tuvo al menos un “ocasional” poder de elección y posee un “virtual” poder de control y de impartir órdenes al autorizado. El ejecutor del último tramo de prestación es auxiliar o dependiente.” De esta manera el contratante adquiere un deber de seguridad por el actuar de otro, generando una “responsabilidad directa del deudor”¹²¹ Se habla también de una “dependencia técnica”¹²²

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 197.

¹²¹ LORENZETTI, *Op. cit.* p. 247.

¹²² *Ibíd.*, p. 249.

En Colombia tal interpretación tendría cabida en la lectura del artículo 1.738 del Código Civil., estableciendo que tales entidades, las administradoras del sistema de tarjetas, siguen estando al cuidado de la entidad emisora, y por ende es responsable contractualmente por los daños ocasionados por ellas.

CAPÍTULO IV

EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR: ¿CULPA O RIESGO?

El factor de atribución en la responsabilidad contractual, se encuentra “estrechamente ligada al concepto de obligación y guarda una fuerte conexión estructural con este último. Se trata, en definitiva de definir el conjunto de reglas o criterios de responsabilidad (imputación-exoneración), lo cual ‘constituye un campo en el que tradicionalmente se enfrentan dos bloques doctrinales a primera vista irreconciliables’: las doctrina subjetivistas y objetivistas. Cada una de ellas ofrece una perspectiva distinta, en lo jurídico y también en lo económico al tiempo de resolver la cuestión relativa a la tutela del derecho de crédito.”¹²³

La tesis defendida por los subjetivistas, erige a la culpa como el criterio de imputación por excelencia. En la otra orilla, los objetivistas proclaman las deficiencias que la culpa presenta para dar cuenta de problemas actuales y prescinden de la misma para la imputación del incumplimiento.

Las posiciones defendidas por subjetivistas y objetivistas se han esbozado en forma de discursos o teorías generales, es decir, haciendo abstracción de problemáticas particulares. Por ello, las tesis de una u otra, deberían, metodológicamente hablando, ser capaces de resolver coherentemente los problemas concretos que se le presentan. De esta manera, los razonamientos de una u otra teoría debe ser apta para dar cuenta de las problemáticas que se presentan en la responsabilidad civil de los médicos, de las entidades bancarias, y por los fraudes con tarjetas de crédito, por ejemplo. Si no cumple con ello, no podría predicarse su coherencia y completud.

¹²³ PIZARRO, Daniel Ramón. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa: Tomo III. Buenos Aires: La ley. 2006, p. 207.

La problemática en cuanto a los factores de atribución del incumplimiento, tiene importancia en todo campo donde pueda ocurrir o materializarse un perjuicio para un ser humano y su patrimonio. Entonces en cuanto a los perjuicios ocasionados por fraudes con tarjetas de crédito es válido preguntarse a qué título se imputará el incumplimiento de las obligaciones de prevención.

Para ello, es preciso esbozar las ideas de estas dos teorías con el ánimo de plantear a manera de conclusión cuál de ellas explica mejor y de forma más justa el problema de los fraudes con tarjetas de crédito cometidos por terceros no autorizados.

4.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL BASADA EN LA CULPA

La tesis subjetivista gira en torno a defender la primacía de la culpa sobre otros factores de imputación objetivos, como fundamento de la responsabilidad. Se ha considerado así desde los orígenes remotos¹²⁴ y principalmente se ha defendido porque se centra en un juicio del deudor¹²⁵, cuya resultado es fundamental para pregonar su responsabilidad.

Sin embargo, a pesar de la importancia que ha tenido la culpa como factor de atribución, los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica no suelen incluir una definición legal de la misma. Así, en Colombia tal carencia ha sido suplida por la doctrina y la jurisprudencia.

¹²⁴ “Es comúnmente admitido que los modernos regímenes de responsabilidad por daños tienen su origen en la ‘Lex Aquilia’...ésta era la Ley que concedía la ‘actio injuria’, en la que se contemplaba, en lo fundamental, daños a bienes ajenos (normalmente la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo). ‘Injuria’ era hacer algo ‘non iure’ o ‘contra ius’. Según GAYO, se obra con iniura cuando se actúa con dolo o culpa, y queda impune quien sin culpa o dolo causa un daño por algún accidente, así como el causado por el ‘furiosus’ y por el ‘infans’.” Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando. Coordinador. Tratado de responsabilidad civil. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, España. 2006. p. 213.

¹²⁵ “En la imputación por culpa permanecía todavía latente la idea canónica de que la reparación del daño constituía la penitencia que se ligaba a la conducta negligente, y en la que la función compensatoria no desempeñaba sino un papel meramente complementario.” Cfr. REGLERO CAMPOS, Op. cit., p. 214.

La definición clásica de la culpa, acogida por la mayoría de la doctrina colombiana, se le atribuye a los Mazeaud: la culpa “es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias ‘externas’ que el demandado.”¹²⁶ Lo anterior, constituye el conocido modelo objetivo del buen padre de familia.

Tal construcción del concepto de culpa y del modelo objetivo en el que se inserta, es conocida como una definición de *culpa objetiva*, la cual no tiene en cuenta los elementos internos del demandado, ésta sería estrictamente una *culpa subjetiva*. Se ha dejado de lado en la construcción de la culpa, la llamada culpa subjetiva, la que incluye los referidos elementos interiores del sujeto, porque esos elementos serían inescrutables para que el juez pueda asignar responsabilidad.

Ésta definición de los Mazeaud obedece a una respuesta a la emergente teoría del riesgo, que ponía en peligro la concepción de la culpa como pilar de la responsabilidad civil. De allí que los Mazeaud tuvieran que construir un criterio objetivizado de culpa (modelo del buen padre de familia) pero reconociendo a su vez “una cierta virtualidad a los postulados de la responsabilidad objetiva en determinados sectores, si bien consideraban que eran campos residuales en un sistema en el que la regla general es la culpa.”¹²⁷

Hay, sin embargo, quienes sostienen en todo caso, que en las supuestas hipótesis de responsabilidad objetiva, “no había más que un sistema sustentado en la culpa, si bien ésta era presumida de forma absoluta, idea esta última que constituye una evidente ficción.”¹²⁸

De acuerdo a lo anterior, el debate en la doctrina sobre la culpa, tal y como lo proclama Javier Tamayo Jaramillo, no se encamina en vislumbrar si la responsabilidad objetiva tiene cabida hoy en día, puesto que es innegable que ella existe. El problema, según él, “ya no

¹²⁶ MAZEUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil -La responsabilidad Civil, Los cuasicontratos-. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1980. p. 123

¹²⁷ REGLERO CAMPOS, Op. cit. p. 219

¹²⁸ *Ibíd.* 219.

consiste en decidir si la responsabilidad se fundamenta o no en la culpa, sino hasta qué punto exacto la culpa es imprescindible en algunos casos de responsabilidad.”¹²⁹

De acuerdo a lo anterior, la postura defendida por los subjetivistas menos “extremos”¹³⁰, ha dejado de ignorar la presencia de la responsabilidad objetiva y ha replanteado sus argumentos de batalla en la defensa de la siguiente proposición: la regla general es la responsabilidad subjetiva por culpa y lo excepcional es la responsabilidad objetiva, sea cual sea el factor de imputación –teoría de la garantía, equidad, riesgo, etc.

Según Tamayo, dentro de la responsabilidad contractual, asunto que aquí interesa estudiar, el debate sobre la responsabilidad objetiva carece de sentido práctico toda vez que la obligación de medios es una institución que se sigue fundamentando en la culpa.

*En efecto, tratándose de típicas obligaciones de medio, en las cuales el resultado buscado por el acreedor es bastante aleatorio, desde el punto de vista práctico es impensable que el legislador establezca una responsabilidad de tipo objetivo.*¹³¹

Adicionalmente, el citado autor propone, de *lege ferenda*, que debe dejarse a la culpa los daños económicos y morales, mientras que los físicos no tienen obstáculo para dejárselos a la responsabilidad objetiva.¹³²

Como se evidencia, tales apreciaciones presentan una dificultad para compaginarse en la responsabilidad contractual. Piénsese en las obligaciones de medios en las cuales está de por medio la integridad de una persona, que las llamaremos obligaciones de seguridad. Por el simple hecho de ser de medios, el régimen sería subjetivo o de culpa; mientras que por

¹²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I. Bogotá: Legis. numerales 230-246

¹³⁰ Los subjetivistas “extremos” pueden ser definidos como aquellos que sustentan un solo sistema fundamentado en la culpa, aunque sea presunta. Cfr. REGLERO, Op. cit. p. 219.

¹³¹ TAMAYO, Op. cit.

¹³² TAMAYO, Ídem. El planteamiento del autor es ambiguo en cuanto a los efectos de su propuesta, pues no señala si es exclusiva para la responsabilidad extracontractual, pero tampoco niega su aplicación en la responsabilidad de origen contractual.

tratarse de daño físico en la persona del acreedor, debería ser un régimen de responsabilidad objetiva. Queda patente entonces una contradicción en la propuesta, la cual se puede solucionar fácilmente desechando uno de los criterios, pero ¿cuál?

En aquellos casos en que la obligación de seguridad, no se encuentra definida legal o contractualmente como una obligación de resultado, como sucede en Colombia con la obligación del transportador de llevar sano y salvo al pasajero al lugar de destino, se pondría al acreedor en una situación de desequilibrio, el considerar la obligación de seguridad en todo caso como una obligación de medios, toda vez que le correspondería probar en todos los casos una culpa del deudor.

Asimismo, el considerar siempre como de resultado las obligaciones de seguridad, desconocería que en ciertos casos la clasificación en obligaciones de medios y de resultado, al mismo tiempo que desconoce el interés que las partes tienen al momento de contratar: no siempre se promete un resultado puesto que si fuera así la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado no tendría razón de ser. Al respecto dice Alberto J. Bueres:

“Por cierto que toda obligación tiende a un resultado útil para el acreedor, pero todavía cabe desmigajar qué se entiende por resultado. Está muy claro que la obligación no puede perseguir abstractamente una actividad diligente (tan sólo), pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra. Cuando se expresa que la actividad diligente es el resultado, es indudable que se está haciendo alusión a un *interés primario*. Pero este *interés primario* difiere del *interés definitivo* o *último* al cual tiende toda conducta del deudor en las obligaciones de medios y fines, con la diferencia de que en las primeras el *interés definitivo* o *último* no es afianzado *in obligatione*, mientras que en las segundas dicho interés es asegurado.”¹³³

¹³³ BUERES, Alberto J. El incumplimiento de la obligación. *En*: Revista de Derecho privado y comunitario. Vol. 00, No. 17 (septiembre de 1998); p. 102

En conclusión, la tesis de proponer la responsabilidad objetiva para los daños físicos, se encuentra en materia de responsabilidad contractual con el obstáculo de la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, aceptada por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia¹³⁴. En este sentido la propuesta de objetivizar la responsabilidad contractual no puede desconocer la clasificación entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.¹³⁵

En este sentido, como se verá, el debate de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad contractual tiene abiertas las puertas, pues se transmite a la determinación de la línea divisoria entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En cuanto a las obligaciones de medios, porque no hay discusión que se fundamentan en un régimen de responsabilidad subjetivo, y las obligaciones de resultado que reflejan un régimen de responsabilidad objetivo.

Ambas obligaciones comparten el mismo y único límite¹³⁶: el *casus* o causa extraña, el cual “produce dos efectos esenciales: extingue la obligación...y exonera al deudor de responsabilidad”.¹³⁷ La *no culpa* no es límite de la responsabilidad en las obligaciones (de medios), puesto que según Alberto J. Bueres: “*el incumplimiento primario o material* en las obligaciones de medios –*inexactamente cumplidas* por frustración del resultado *que se*

¹³⁴ “Como en Francia, la Corte Suprema de Justicia extendió esta doctrina a la determinación del contenido de las obligaciones provenientes de todo contrato y, en consecuencia, considera que la prueba de la culpa del deudor en la ejecución de dichas obligaciones depende también de tal calificación.” Cfr. MARTINEZ CARDENAS, Betty Mercedes. La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, Directores Académicos. Los Contratos en el Derecho Privado. Bogota, Universidad del Rosario-Legis, 2007. p.901.

¹³⁵ Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina insiste en criticar la clasificación entre otras, por las siguientes razones: (i) toda obligación es, al mismo tiempo, de medios y de resultado; (ii) es una clasificación excesivamente hermética; (iii) la responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual) reposa en la idea de culpa y sólo excepcionalmente es objetiva; (iv) conduciría a soluciones injustas en materia de carga probatoria, privilegiando a ciertos sectores por encima de otros; (v) la tesis del resultado aleatorio en las obligaciones de medios traslada el aleas al acreedor; (vi) la distinción sólo es procedente en materia contractual; (vii) la clasificación es dogmática y no legal; (viii) la imposibilidad práctica de determinar con precisión cuándo se comprometen resultados. Para un mejor desarrollo de estas críticas y sus respuestas, Cfr. PIZARRO, Op. cit. p. 223-256

¹³⁶ “El *casus* es el único límite de responsabilidad para todas las obligaciones (de medios y de fines) y para cualquier tipo de infracciones (falta de cumplimiento –definitivo, parcial o moroso- o cumplimiento inexacto) y destruye la relación de causa a efecto.” Cfr. BUERES, Op. cit., p. 108.

¹³⁷ BUERES, *Ibíd.* p. 108.

intentó alcanzar –está dado por la culpa y el pago es la no culpa. Por ende, la no culpa *no es límite de responsabilidad*, ya que si ella se verifica *hay pago y no incumplimiento (que haya que limitar)*.”¹³⁸ Lo anterior lo complementa R.D. Pizarro cuando dice que: “La prueba de la diligencia debida no tiene la virtualidad que equivocadamente se le asigna de límite de la existencia de la obligación del deudor. Ni siquiera en las obligaciones de medios. Cabe insistir, una vez más, en que estas obligaciones la diligencia debida no es el límite de la responsabilidad del deudor sino el cumplimiento de lo adeudado.”¹³⁹

Por lo tanto, el papel de la culpa en las obligaciones de medios, existe pero no en relación con todo tipo de incumplimiento, ello porque en los incumplimientos “totales, parciales o moroso -el deudor lisa y llanamente omite el pago (no es que paga mal)”¹⁴⁰.

Como vemos el papel de la culpa en materia de responsabilidad contractual se limita a un caso muy específico, pero no menos importante, del cumplimiento defectuoso o inexacto de obligaciones de medios:

“Es cierto que en una primera aproximación y en un sentido lato es factible admitir que el deudor responde por cuanto es incumplidor. No obstante, esto no explica la razón por la cual el ordenamiento adjudica el incumplimiento o el daño al infractor. Vale decir que la sola afirmación de que el incumplimiento es el único fundamento de la responsabilidad contractual deja imprejuizado el asunto del factor de atribución. Y en este sentido, puede decirse que en las obligaciones de resultado la responsabilidad es objetiva, y que en las obligaciones de medios, cuando promedia un cumplimiento inexacto, la responsabilidad es subjetiva, dado que la culpa es factor de atribución (el incumplimiento –por inexacto cumplimiento– está dado por la culpa, y ésta, además, se erige en motivo justo para cargar la infracción o el daño a la cuenta del infractor).”¹⁴¹

¹³⁸ BUERES. *Ibíd.* p. 110.

¹³⁹ PIZARRO, *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁰ BUERES. *Ibíd.* p. 117.

¹⁴¹ BUERES. *Ibíd.* p. 118.

Sin embargo, algunos subjetivistas que se podrían denominar “extremos”, explican que en tales casos la culpa del deudor se presume, pero que sólo podría desvirtuarse con una causa extraña y no probando la *no culpa*: Si el deudor prueba ausencia de culpa, tratándose del incumplimiento de una obligación de resultado, de nada le sirve pues sólo la causa extraña es apta para exonerarlo de responsabilidad. Al respecto, una posición de tal naturaleza trae una vicisitud que R.D. Pizarro expone de la siguiente manera:

“La doctrina subjetivista extrema suele incurrir en la contradicción de no admitir que la simple prueba de la no culpa (o lo que es igual, del obrar diligentemente) alcance para eximir de responsabilidad contractual del deudor. Se exige la demostración de casus, expresión que es distinta de falta de culpa y con la que no puede ser asimilada. Una vez más se advierte la falta de rigor y de coherencia entre la imputación y la eximente. Si la imputación es, al menos, declamadamente subjetiva, las eximentes idóneas para desvirtuarlas deben transitar por ese plano. De lo contrario, aquella tiene de tal solamente su nombre y trasunta una ficción.”¹⁴²

4.2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL BASADA EN CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

“La doctrina objetivista admite que el factor de atribución aplicable en materia de incumplimiento obligacional puede ser objetivo, con basamento en el riesgo creado, o de empresa, en la idea de garantía, en el deber calificado de seguridad, etcétera.”¹⁴³

En cuanto a la culpa, los objetivistas coinciden con la idea expuesta de los subjetivistas menos extremos: coexisten sistemas de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad

¹⁴² PIZARRO, Op. cit., p. 207.

¹⁴³ *Ibíd.*

objetiva. No obstante, predicán y abogan por una reestructuración del concepto de culpa, poniendo en evidencia sus falencias para dar cuenta de ciertos problemas sociales y económicos.¹⁴⁴

Entonces, volviendo con la propuesta de Javier Tamayo Jaramillo, ya no se trata de discutir si existe la responsabilidad contractual, sino en trazar la línea divisoria entre ambos sistemas. En materia de responsabilidad extracontractual la discusión ha sido más acalorada y no hay criterios claros para saber cuando se pasa de la responsabilidad contractual por culpa a la responsabilidad contractual objetiva.

Según Tamayo, el debate de la responsabilidad objetiva tiene un límite práctico en la responsabilidad contractual: las obligaciones de medios. Así lo da a entender cuando dice que la aleatoriedad, natural en ciertos contratos que giran alrededor de una obligación de hacer, como la prestación de servicios médicos; de comisión bursátil o de los abogados; impide a los deudores exponerse a una responsabilidad objetiva, pues solo es factible exigirles diligencia y cuidado en el cumplimiento de estas obligaciones.

Es cierto que en algunas obligaciones de medios, como las esbozadas por Javier Tamayo, la intervención de múltiples factores, como lo es la intensidad de la participación del acreedor en la prestación, determina un aleas que impide que el deudor de esas obligaciones de hacer se comprometa a un fin o resultado determinado. Sin embargo, no toda obligación en la cual se presenta un aleas es de medios y no toda obligación de medios lo es así por presentar un aleas; es decir, una prestación inevitablemente tendrá un aleas, en mayor o menor grado, pero eso no la convierte en una obligación de medios. Por ejemplo, las obligaciones de seguridad, en las cuales va envuelta esa aleatoriedad, pueden ser de medios o de resultado. Igualmente, las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, podrán a pesar de la aleatoriedad del resultado, interpretarla como una obligación de resultado.

¹⁴⁴ “Desde una perspectiva económica –no disociada en modo alguno de la jurídica- es evidente que la responsabilidad objetiva es la que mejor se adecúa a la naturaleza y figura que analizamos, que trasunta, en esencia, un problema de asunción y distribución del riesgo económico del contrato, ámbito en el cual la idea de culpabilidad no debería –como regla- tener incidencia decisiva.” Cfr. PIZARRO, *Ibíd.*, p. 212.

En conclusión, considerar que toda obligación con un aleas en el resultado es de medios, es una petición de principio, pues la premisa (las obligaciones de medios son *aleatorias*) no puede ser al mismo tiempo la conclusión (la responsabilidad contractual es subjetiva por la aleatoriedad de las obligaciones de medios), de lo que se sigue que para superar la petición de principio, primero debemos encontrar los criterios que utiliza la doctrina para clasificar las obligaciones, como una obligación de medios o como una obligación de resultado. El criterio de la aleatoriedad como se verá es uno solo de ellos y no el único.

Con fundamento en lo anterior, podemos decir sin temor que el debate de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad contractual todavía tiene relevancia práctica, pues la aplicación de un sistema de responsabilidad basado en la culpa o en criterios objetivos (riesgo, equidad, garantía, etc.), dependerá a su vez de la determinación y de los criterios utilizados para determinar cuándo una obligación es de medio o es de resultado.

En las obligaciones de medios, el factor de atribución es subjetivo, sin perjuicio de que la prueba de la culpa del deudor pueda descansar –como de ordinario sucede– sobre el acreedor o, en casos más excepcionales, ser presumida *iuris tantum*, correspondiendo en tal caso al deudor la acreditación de un obrar diligente (obligaciones de medios agravadas o reforzadas).¹⁴⁵

Por el contrario en las obligaciones de resultado, la responsabilidad será objetiva sólo para aquellos que reconocen que en realidad no hay una presunción *iuris et de iure* de culpa, sino más bien, según algún sector de la doctrina, una ficción. Para defender esta idea, es preciso citar en extenso al tratadista argentino R.D. Pizarro:

Se tratan, todas, de verdaderas ficciones de culpa; de culpas sin culpa, que se proclaman y mantienen sin pudor alguno, en aras de permanecer fieles a una tradición, hoy superadas por la realidad.

¹⁴⁵ *Ibíd.* p. 220.

Comienza, de tal modo, a vislumbrarse el camino correcto. Jorge Bustamente Alsina, con el fino sentido jurídico que lo caracterizaba, alcanzó a advertir esta inconsistencia. En las obligaciones de resultado, decía, cuando éste no se logra, la diligencia del deudor, mayor o menor, deviene irrelevante. Pero ello es así “no porque la culpa se presume, como vulgarmente se afirma, sino porque estando ella fuera de cuestión, no solamente no le incumbe al actor la prueba, sino que resulta inoperante la prueba de la falta de culpa que eventualmente pretenda producir el demandado. El deudor solamente se liberará con la prueba del casus”. De allí a una responsabilidad objetiva, el paso es muy pequeño. Ha sido Bueres, su discípulo más sensato y realista a esta problemática, sincerando que en las obligaciones de resultado, el factor de atribución es lisa y llanamente objetivo.¹⁴⁶

¿Cuáles son esos criterios que la doctrina ha construido para clasificar obligaciones de medio y de resultado?

4.3. LÍMITE DIVISORIO DE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

En primer lugar, debemos situar la problemática de la clasificación, como exclusivo en las prestaciones de hacer. Es así por cuanto en las prestaciones de dar, entregar o restituir, sólo pueden satisfacerse con el resultado, lo mismo con la prestación de no hacer. En ellas el deudor no se compromete a un actuar más o menos diligente, sino a un dar, un entregar, un restituir o un no hacer algo, asegura un resultado exitoso.

Las obligaciones en la cual el objeto es una prestación de hacer, pueden ser entonces de medios o de resultado de acuerdo a tres supuestos:

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 222.

1. Las partes en uso de la autonomía contractual pueden configurar la obligación como de medios o de resultado. Nada impide que las partes expresen que una obligación es de medios o de resultado, siempre que no contradiga una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres.

“La validez de este tipo de pactos es plena en el ámbito de los contratos paritarios. En principio, son también válidos en materia de contratos por adhesión, y en el campo del derecho del consumo, siempre que a través de ellos no se desnaturalicen los derechos del adherente o del consumidor o usuario.”¹⁴⁷

En Colombia, la Corte Suprema decidió en el 2001 que dicha calificación depende de la voluntad de las partes, “ya que no es posible sentar unas bases generales para este tipo de obligaciones porque cada una es muy particular y depende, casi siempre, de la voluntad de las partes.”¹⁴⁸

2. La ley y los usos y las costumbres como pautas para determinar si la obligación es de medios o de resultado. La ley puede determinar cuando una obligación se entiende de medios o de resultado, igualmente, como fuentes de derecho, la costumbre puede marcar la pauta en la clasificación.

3. Ausencia de los anteriores supuestos. Al respecto la doctrina identifica los siguientes parámetros:

a. El carácter aleatorio del resultado:

“Si conforme a la naturaleza de la obligación y a la regla de la buena fe, la obtención del interés primario del acreedor depende para su concreción de un factor aleatorio, que va más allá de la conducta comprometida por el deudor y que no es asumido por éste, la obligación es de medios...En cambio, cuando el fin perseguido pueda ser normalmente alcanzado

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 239-240.

¹⁴⁸ Sentencia del 30 de enero de 2001, citada en MARTINEZ CARDENAS Op. cit. p.904.

merced a técnicas que dispone el deudor o que debería disponer, (...), estaremos frente a una obligación de resultado.”¹⁴⁹

b. El riesgo contractual:

“Conforme a otra doctrina, el tema de las obligaciones de medios y de resultado formaría parte de un capítulo más amplio, cual es el de los contratos de pura actividad o de resultado comprometido.”¹⁵⁰ En el de pura actividad o de medios el deudor tiene derecho al pago por su esfuerzo y diligencia, mientras que en el contrato de resultado, el precio será debido cuanto se concrete en la satisfacción del resultado.

c. La buena fe, la equidad, la confianza, la finalidad social, el orden público económico y los usos y costumbres:

“Se quiere con ello situar al acreedor en una posición más ventajosa, respecto del deudor incumpliente. En materia de seguridad por ejemplo, se advierte una tendencia dominante que, sin desconocer ciertos supuestos ésta puede ser de medios, proclama como principio su carácter de obligación de resultado.”¹⁵¹

d. El papel activo o pasivo del acreedor en el incumplimiento:

Se entiende integrado al de aleatoriedad. Expresa que “cuando el acreedor tiene un papel activo en dicho solutorio, la obligación ostenta una fuerte presunción de ser de medios, en tanto que cuando es meramente pasivo (como ocurre en el transporte), debe ser considerada de resultado.”¹⁵²

e. Consideraciones de equidad:

“La jurisprudencia francesa, particularmente, infiere frecuentemente el carácter de obligación de medios o de resultado atendiendo a consideraciones de equidad, lo cual ha

¹⁴⁹ PIZARRO, Op. cit. p. 241.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 242.

¹⁵² *Ibíd.* p. 242-243.

conducido a que la denominada obligación de seguridad tienda a ser considerada en la inmensa mayoría de los casos de resultado.”¹⁵³

Como se evidencia de lo anterior, parte de la doctrina tiene razón cuando se dice que “pese a su popularidad, la aplicación de la doctrina que distingue entre obligaciones de medios y de resultado ha dado pruebas de deficiencia que fueron primeramente advertidas por la doctrina francesa. Así lo demuestran tanto la ausencia de un criterio claro para aplicar tal distinción”¹⁵⁴ Tal abundancia de parámetros es una de las causas por la que obligaciones determinadas han pasado de ser consideradas de medio, luego a ser consideradas de medio y luego otra vez, ser de medios.¹⁵⁵

Queda claro entonces que la multiplicidad de parámetros vistos, más la dificultad de elegir uno como determinante, podrían poner en peligro la teoría de las obligaciones de medios y de resultado dándole la razón aquellos que propugnan por su inconveniencia y rigidez.¹⁵⁶

¿Predomina el parámetro de la aleatoriedad sobre el de la equidad? ¿Será al revés? Algunos autores se conforman con decir que tales parámetros se complementan, pero no se detienen en las contradicciones e incompatibilidades que entre ellos se presentan. Una prestación será de medios por la aleatoriedad, pero de resultado si se acata al de equidad, por ejemplo.

En conclusión, fundadamente se ha demostrado que la aleatoriedad no es un parámetro exclusivo para determinar cuándo estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultado. Alrededor de él existen otros, que si bien pueden ser complementarios, como el del papel del acreedor en la prestación, también hay otros que son incompatibles con aquél, como el de la equidad o del riesgo contractual.

¹⁵³ *Ibíd.* p. 243.

¹⁵⁴ MARTINEZ CARDENAS, *Op. cit.* p. 901.

¹⁵⁵ Cfr. MARTINEZ CARDENAS, *Op. cit.* p. 902.

¹⁵⁶ MARTINEZ CARDENAS, *Op. cit.* p.901 y ss.

Se podría decir que la batalla de fondo de la línea divisoria entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva consiste en el posicionamiento ante los jueces, del parámetro que favorezca una u otra. Los subjetivistas tenderán a privilegiar parámetros que tiendan a que el grueso de las obligaciones sean de medios y lo excepcional, sea de resultado; por el contrario, los objetivistas querrán aplicar parámetros que privilegien una abundancia de obligaciones de resultado. En lo sucesivo, un subjetivista estaría dispuesto a darle más valor al parámetro de la aleatoriedad que al de la equidad por ejemplo; mientras que un objetivista estaría dispuesto a lo contrario.

4.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE FRAUDES CON TARJETAS DE CRÉDITO

Llegados a éste punto de incertidumbre intelectual, es preciso realizarnos la siguiente pregunta: ¿Qué relación tienen los anteriores razonamientos con la responsabilidad civil por fraudes con tarjetas de crédito?

En el primer capítulo se caracterizó el sistema de tarjetas de crédito, como un sistema de negocios jurídicos conformado por tres contratos básicos que conserva cada uno su autonomía, pero estrechamente ligados en la búsqueda del mismo fin, el cual es que la tarjeta de crédito cumpla la función de crédito y pago. Si uno de esos contratos falta, el sistema no existiría, no sería factible y la tarjeta sería inútil.

En el segundo capítulo vimos cuales son las obligaciones de prevención a cargo de cada una de las partes o sujetos del sistema de tarjetas de crédito y, al final, los supuestos de fraude cometidos por terceros no autorizados.

En el siguiente capítulo, es decir, el tercero, se mostró que el daño causado por el fraude se imputará a aquél sujeto que incumpla obligaciones contractuales de prevención a su cargo. Pero no se especificó el factor de atribución en el sistema, es decir, si los sujetos responden

contractualmente a título de culpa o a título de algún criterio de responsabilidad objetivo (como el riesgo, la equidad, la garantía, etc).

El presente capítulo se justifica en la medida que logremos descifrar o plantear propuestas sobre cuál es el factor de atribución en el incumplimiento de las obligaciones de prevención. ¿Subjetivo u objetivo? O lo que es lo mismo, ¿son las obligaciones de prevención de fraudes de medios o de resultado?

La mayoría de las obligaciones de prevención, tal y como lo vimos en el capítulo segundo, tienen como objeto una prestación de hacer: custodiar y vigilar la tarjeta (titular de la tarjeta); mantener canales de comunicación para la notificación de riesgos (entidad emisora y administradora del sistema) o verificar la regularidad de la tarjeta y la identidad del titular (establecimiento adherido), son los principales ejemplos.

Las obligaciones de prevención que incluyan un dar (entregar o restituir) o un no hacer, aunque sean menos, serán inevitablemente de resultado: no revelar la clave de la tarjeta a personas no autorizadas (titular); entregar la tarjeta de forma segura al titular (entidad emisora), serían los ejemplos.

Podemos entonces replantear la pregunta antes hecha: ¿Las obligaciones de prevención que tienen por objeto una prestación de hacer, son de medios o de resultado? Para responder tal interrogante debemos recurrir a lo expuesto en los parámetros de distinción patrocinados por la doctrina.

Así, en primer lugar, tendríamos que consultar a la voluntad de las partes en los contratos celebrados: de emisión de tarjetas, de aceptación de tarjetas y de cambio, pues en ejercicio de la autonomía de la voluntad sería procedente decir cuál es de medios y cuál de resultado, teniendo en cuenta que no puede contradecir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Además, una cláusula que imponga una carga desproporcional en

cabeza de la parte débil, siendo los contratos del sistema de negocios de tarjeta de crédito de adhesión, será posiblemente, una cláusula abusiva.

Sin embargo, en Colombia no hay normas que, en materia de fraude con tarjetas de crédito por terceros no autorizados, califique las obligaciones de prevención como de medios o de resultado.

Adicionalmente, cuando en los contratos que integran el sistema de tarjetas de crédito no se determina el régimen de la obligación, no queda sino entonces recurrir a los parámetros que la doctrina ha establecido y que los enumeramos arriba.

Sin ánimo de repetirlos, nos encontramos con que la selección del parámetro dependerá de la postura teórica en la cual se suscriba el operador jurídico. De esta manera, para un subjetivista las obligaciones de prevención serán de medios en cuanto el resultado sea aleatorio, dado el alea y riesgo, propios en la actividad que gira alrededor de las tarjetas de crédito.

Un objetivista podrá considerar que al contrario, es la equidad la que debe determinar cuándo estamos ante una obligación de medios o frente a una de resultado.

No es mi intención tomar partido por una u otra posición, ello porque no hay fundamento constitucional o legal que privilegie uno más que los demás, en teoría todos tienen el mismo valor; de ahí que el peso o valor de cada parámetro depende de una argumentación que se basa más en criterios de orden moral, social y económico de quien realiza el juicio.

Mi verdadera intención con la presente disertación es la de demostrar que la aplicación de uno de los parámetros utilizados para trazar la línea divisoria entre obligaciones de medio y de resultado, no pueden anular o desconocer otros.

De esta manera los factores de atribución serán los más apropiados con la convivencia de intereses en choque y por supuesto, servirá para mantener la vigencia de la clasificación de obligaciones de medio y de resultado.

4.4.1. En busca de un factor de atribución.

i. Dilema en el sistema de tarjetas de crédito:

Si bien es cierto que los parámetros tienen en teoría el mismo valor, y que de acuerdo a argumentaciones de tipo moral, social, cultural o económico los operadores jurídicos, entre los cuales se encuentra el doctrinante, tienden a excluir otros parámetros de signo contrario¹⁵⁷, tal posibilidad conduciría a un dilema en el sistema de tarjetas de crédito que en últimas afectaría la función básica de la responsabilidad civil: indemnizar y reparar los daños.

El sistema de tarjetas de crédito es un sistema de negocios jurídicos, por lo tanto, el análisis del factor de atribución: culpa u otro de carácter objetivo (riesgo, garantía, equidad, etc.), debe realizarse en juicio que incluya a todo el conjunto o sistema de negocios y no contrato por contrato.

De esta manera si las obligaciones de prevención de fraudes con tarjetas de crédito, cuyo objeto es una prestación de hacer, fueran todas de medios, el factor de atribución del incumplimiento de esas obligaciones se fundamentaría en la culpa. En este sentido, se hablaría de un sistema exclusivamente subjetivo de responsabilidad contractual, en el cual, sin importar la calidad del sujeto, para exonerarse de responsabilidad bastaría probar la no culpa o, lo que es lo mismo, probar la diligencia adecuada.

Si todas las obligaciones de prevención fueran de medios, y todos los sujetos (titular, entidad emisora y establecimiento adherido) demostraran la no culpa, todos podrían quedar

¹⁵⁷ Por ejemplo Javier Tamayo en relación al criterio de la aleatoriedad, el cual erige como el fundamental. Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Op. cit. numerales 230-246.

en teoría exonerados de responsabilidad por el fraude. Sin embargo, el daño causado por el fraude cometido por un tercero no autorizado no por ello deja de existir, el perjuicio para el sistema se ha causado y alguien, aunque no responsable civilmente, deberá soportarlo. Es por ello que se indicaba que asumir una posición exclusivamente subjetivista, la culpa como factor de atribución, haría nugatoria la función básica de la responsabilidad civil: reparar e indemnizar un daño. En efecto, tal supuesto es de fácil ocurrencia en la realidad: un titular de la tarjeta que ha actuado como un buen padre de familia en la vigilancia y custodia de la tarjeta; un establecimiento de comercio, buen padre de familia al comprobar los datos de la tarjeta y la identidad del titular; y la entidad emisora puede cumplir con sus obligaciones de prevención a su cargo de acuerdo al modelo del buen hombre de negocios.

Como se evidencia de lo anterior, en el sistema de tarjetas de crédito, no todas las obligaciones de prevención a cargo de las partes pueden ser de medios, porque sería factible la causación de un daño, frente al cual todos serían exonerados, pero que alguien tendría que asumir injustamente y sin atender a ningún criterio legal, sino por ser el que primero ha recibido el daño por el tercero que comete el fraude: el titular de la tarjeta y el establecimiento adherido, mientras que la entidad emisora, quedaría blindada de toda responsabilidad, pues podría fácilmente no reconocer el pago al establecimiento adherido o inclusive, exigirle el reintegro de las sumas de dinero so pena de retirar el servicio de pago con tarjetas de crédito. Así, un establecimiento adherido preferirá entre los males menores, asumir el costo por el no pago del bien o servicio adquirido ilícitamente por el tercero no autorizado, y no el costo de un litigio en contra de la entidad emisora o aun peor, el costo de no contar con medio de pago, que según indicaciones puede aumentar el número de ventas hasta en un 30%.¹⁵⁸

Este *impasse* se podría solucionar, reconociendo que inevitablemente, y a pesar de contradecir un parámetro como el de la aleatoriedad, debe existir en el sistema de tarjetas de crédito, una responsabilidad objetiva contractual, por la vía de ampliar el número de obligaciones de prevención de fraudes de resultado, y no las de medios.

¹⁵⁸ Villegas, Xavier. La era del plástico. En: Revista Entrepreneur, Vol. 10 No. 8 de 2002; p. 71

Correlativamente, no todas las obligaciones de prevención (que tienen por objeto una prestación de hacer), pueden ser de resultado. Si tal cosa fuera factible, el más mínimo incumplimiento material de la obligación, supondría que sólo aquél que pruebe una causa extraña, saldrá exonerado de toda responsabilidad. Por consiguiente, si nadie logra probar la causa extraña, todos son responsables por el simple incumplimiento material y, como consecuencia, la obligación de indemnizar correspondería a cargo de todos ellos. Sin embargo, se privilegia el principio de la reparación integral a costa de la de ultrajar la confianza que en el sistema de tarjetas de crédito es fundamental para su operatoria.

Queda claro entonces el dilema en el sistema de tarjetas de crédito: no todas las obligaciones de prevención (que tienen por objeto una prestación de hacer) pueden ser de medios y no todas pueden ser de resultado. Lo que es lo mismo, no toda la responsabilidad puede ser subjetiva y no toda puede ser objetiva.

ii. Tercera opción:

Es por tales motivos que se hace necesario reconocer una tercera opción: los factores de atribución deben ser tanto de carácter subjetivo, como de carácter objetivo, pues así se satisface la función de reparación e indemnización de los daños y al mismo tiempo se mantiene la confianza necesaria en el sistema de tarjetas de crédito.

Si existiera un sistema de seguridad social obligatorio, en el cual se reparen integralmente los daños cometidos por este tipo de fraudes, se evitaría el presente problema, pero tales seguros no existen.

Por lo tanto, la presencia de obligaciones de prevención de medios y de resultado son la garantía de lo anterior, pero genera dos interrogantes ¿Qué parámetros se utilizarán para trazar la línea divisoria entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado? ¿a quién o a quiénes se le asignarán las obligaciones de prevención de medios y a quién o a quiénes las de resultado?

iii. Un parámetro basado en el riesgo:

Ya se decía que los parámetros se deben complementar, pues sin los demás se corre el riesgo de caer en alguno de los extremos de dilema: un subjetivismo que atenta contra la función de la responsabilidad civil o un objetivismo que atenta contra el funcionamiento de las tarjetas de crédito.

Garantizar la presencia sana tanto de obligaciones de prevención de medios o de resultado, requiere de un parámetro que refleje los elementos esenciales del sistema de tarjetas de crédito.

El parámetro debe tener en cuenta que el sistema de negocios o red contractual, se encuentra construido de una forma en la cual uno de los sujetos adopta una posición central: la entidad emisora de la tarjeta de crédito. No sólo se encarga de emitir la tarjeta al titular sino que es al mismo tiempo el gestor del sistema, quien lo puede hacer directamente o a través de terceros (sociedades administradoras del sistema de tarjetas de crédito).

Como se verá hay argumentos de tipo económico, doctrinal y jurisprudencial, que soportarían la existencia de factores de atribución fundamentados en el riesgo empresarial:

a. Argumento económico.

Es la entidad emisora quien con base en cálculos actuariales y tomando en cuenta los riesgos inherentes por fraude, puede mejor calcular los costos económicos que ellos implican y fijar por lo tanto los costos del servicio. Así, por ejemplo, según FEDESARROLLO, en la determinación de la Tarifa Interbancaria de intercambio, que define la comisión que el establecimiento adherido debe pagar en Colombia por el uso de las tarjetas, se encuentra el costo por los fraudes.

*“Por otra parte, siguiendo la argumentación de la literatura teórica, a pesar de que la tarifa de intercambio no debe fijarse por parte de las autoridades en función de los costos, en caso de hacerse (como ha sido el caso de Colombia) los criterios de costos deben ser amplios de tal manera que no sólo consideren los costos relacionados con las transacciones, con **el manejo del fraude** y con la financiación de un mes de gracia para los usuarios que no difieren el pago de las tarjetas, sino también los elementos de costos relativos al mercadeo y publicidad, los cuales son cruciales para promover el uso de las tarjetas y generan de paso un beneficio para los comerciantes, que en últimas son cruciales para el desarrollo del mercado. Además, como en cualquier otro negocio, se debe considerar una utilidad razonable del mismo.”¹⁵⁹*

El manejo del fraude como un riesgo que puede ser previamente calculado y distribuido a los demás usuarios; tal supuesto es patente en el caso de la medicina prepagada. En esos casos, la rentabilidad y sostenibilidad del sistema de medicina prepagada depende de que los costos de los pacientes enfermos no sobrepasen los ingresos de la totalidad de los clientes. En tales casos, “La empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y sólo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene este equilibrio puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener una ganancia. El cálculo probabilístico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese cálculo, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de riesgos. La empresa puede disminuir esos riesgos o aumentarlos, según sea más o menos seria, más o menos eficiente; lo que no puede hacer es trasladarlos.”¹⁶⁰

b. Argumentos de la doctrina.

¹⁵⁹ ARBELÁEZ, María Angélica y NIETO, Adriana. Mercado de tarjetas en Colombia y el debate sobre la tarifa de intercambio. Documento FEDESARROLLO, mayo de 2006. Subrayado y negritas fuera del texto. Disponible en: http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/8_TARJETAS%2BDOCUMENTO%2BFINAL%2BJUNIO%2B1%2B2006.PDF

¹⁶⁰ LORENZETTI, Op. cit. p. 231.

De esta manera, Lorenzetti, estipula con total acierto que “Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es porque hizo mal sus cálculos y debe afrontar ese riesgo empresario.”¹⁶¹

El riesgo por fraude con tarjeta de crédito es inherente al sistema, y la entidad emisora es la única que puede hacerle frente de manera efectiva. Para ello, tiene a su disposición de un amplio poder de direccionamiento y de control de los demás sujetos del sistema, reflejo de una red contractual de estructura autocrática.¹⁶² La entidad emisora se encuentra en la cúspide del sistema autocrático, lo cual “produce una presunción de la existencia de dominación, de lo que se hace derivar una serie de consecuencias protectorias de la parte débil. Desde nuestro punto de vista, no es exactamente el hecho económico de la dominación, de por sí, inasible, sino la existencia de instrumentos de control objetables, lo que produce la aplicación de normas de protección.”¹⁶³

c. Argumentos jurisprudenciales.

La actividad de las tarjetas de crédito se enmarca, por lo general pero no exclusivamente, en la actividad bancaria. Esta actividad está enmarcada en el artículo 335 de la Constitución Política como una actividad “de interés público”.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que “... pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano (sic) es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 232

¹⁶² “Una de las cuestiones que plantean las redes contractuales es el problema de las relaciones internas. La red puede presentar una estructura autocrática, que se caracteriza porque existe una empresa central, que planifica la conducta de todos los demás y la controla de modo similar a la dependencia.” Cfr. LORENZETTI, *Op. cit.* p. 233.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 235.

público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.

Del mismo modo, “... la Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.”¹⁶⁴ (subrayas fuera del texto).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se suma a la anterior, en cuanto en más de tres sentencias (doctrina probable) ha realizado los siguientes razonamientos:

“La diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público.”¹⁶⁵

En esta sentencia, la Corte establece el fundamento de la responsabilidad bancaria ratificando su doctrina en unas sentencias anteriores¹⁶⁶ (desfavorables para la entidad financiera demandada), en las cuales reluce el siguiente argumento:

“su responsabilidad civil deriva del ejercicio y del beneficio que reporta su especializada actividad financiera, cuando así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 3 de agosto de 2004. Magistrado Ponente, Edgardo Villamil Portilla.

¹⁶⁶ Las sentencias son, una del 11 de julio de 2001 (expediente No. 6201) y la otra del 24 de octubre de 1994.

operaciones, ‘asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja’.”

En conclusión vemos que el riesgo empresarial, tiene sustento jurídico en Colombia y es autosuficiente para ser un parámetro válido de atribución de responsabilidad contractual en cuanto a daños ocasionados por fraudes con tarjetas de crédito por terceros no autorizados.

¿Cómo aplicar el parámetro del riesgo empresarial para delimitar la responsabilidad subjetiva de la objetiva? Es decir, ¿de acuerdo al parámetro del riesgo empresarial, cuando una obligación de prevención es de medios o de resultado?

Al respecto no existe ningún criterio doctrinal expreso, pero la propuesta que más se corresponde con la situación de control ejercida por la entidad emisora y la dependencia del titular de la tarjeta de crédito y del establecimiento adherido; con la presencia de riesgos inherentes por fraudes que la entidad emisora puede evitar, invirtiendo en tecnología, mejorando sus procesos técnicos y administrativos, etc.; es la propuesta de considerar como una obligación de resultado aquellas obligaciones de prevención de fraudes a cargo de la entidad emisora, por su deber de lidiar con el riesgo empresarial debe asegurar el éxito y la confianza del sistema de tarjetas de crédito. Serán de medios, las obligaciones de prevención a cargo de los sujetos dependientes de la entidad emisora: el titular de la tarjeta y el establecimiento adherido, pues desarrollan un papel pasivo en relación con los riesgos.

Lo anterior es sin duda una propuesta que debe ser estudiada a profundidad, pero su aplicación ratificaría la separación de obligaciones de medio y de resultado y a la vez, la función reparadora de la responsabilidad civil sin agravar la desconfianza (indispensable) del sistema de tarjetas de crédito.

Tal idea se puede deducir de los planteamientos de Andrés Mariño:

“Los perjuicios derivados de la inexistencia de estos instrumentos de control no pueden afectar al titular de la tarjeta. En efecto, la entidad emisora es quien emite las tarjetas de crédito, y si no tiene los medios de seguridad apropiados, debe asumir el riesgo que su inseguridad apareja, pues los restantes sujetos partes del sistema no participan de la emisión no del control de la seguridad de su funcionamiento”.¹⁶⁷

Por lo tanto, la entidad emisora sólo se podría exonerar de responsabilidad de dos maneras: (i) totalmente, probando una causa extraña o (ii) parcialmente, probando culpa de los demás sujetos del sistema.

El titular de la tarjeta y el establecimiento adherido, se exoneran de responsabilidad sólo probando la no culpa, es decir, el pago de las obligaciones de prevención a su cargo. O bien, probando una causa extraña.

¹⁶⁷ MARINO, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil Op. cit. p. 63.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

A lo largo de esta monografía se abordó el tema de la responsabilidad contractual por fraudes con tarjetas de crédito en Colombia, siendo las principales conclusiones, las siguientes:

1. La tarjeta de crédito se configura como un sistema experto de negocios jurídicos, conformado por al menos tres personas: titular de la tarjeta, la entidad emisora y el establecimiento adherido; y por al menos tres contratos: contrato de emisión de tarjeta de crédito, contrato de aceptación de crédito y un contrato de cambio.
2. Para que el sistema pueda enfrentar los riesgos por fraude es necesario que las partes cooperen en el desarrollo de la actividad y para que la tarjeta de crédito pueda cumplir su finalidad. Como derivados del principio de cooperación surgen para cada participante, la obligación de desplegar unas conductas de prevención de fraudes.
3. Las obligaciones de prevención de fraudes cumplen un papel trascendental en la distribución del riesgo por uso fraudulento: será en principio responsable aquél que las haya incumplido.
4. El factor de atribución del incumplimiento no puede ser totalmente basado en la culpa ni totalmente basado en criterios objetivos, por lo tanto, las obligaciones de prevención no son necesariamente de medios o de resultado.
5. La atribución a título subjetivo u objetivo, corresponderá respectivamente si se trata de una obligación de medios o de resultado.

6. Para trazar la línea divisoria que separa las obligaciones de medios de las de resultado se han ido creando parámetros que se complementan, pero que también pueden conducir a divergencias o contradicciones.
7. Todos esos parámetros tienen un mismo valor o peso en relación con los demás.
8. La aplicación de parámetros que favorezcan la supremacía de obligaciones de prevención de medios (aleatoriedad) conducen a un subjetivismo extremo que conlleva a la inaplicabilidad de la función reparadora del daño en la responsabilidad civil.
9. La aplicación de parámetros que favorezcan la supremacía de obligaciones de prevención de resultado (equidad) conducen a un objetivismo extremo que conlleva a la inaplicabilidad de la confianza, la cual es esencial en el sistema de tarjetas de crédito.
10. El sistema de tarjeta de crédito envuelve un riesgo inherente por fraude, el cual sólo puede ser enfrentado eficazmente por la entidad emisora.
11. El parámetro que mejor da cuenta de la función reparadora sin que disminuya la confianza del sistema, es la basada en el riesgo empresarial de la entidad emisora.
12. El parámetro de riesgo empresarial goza de acogida por estudios económicos, por la doctrina y por la jurisprudencia colombiana.
13. Para trazar la línea divisoria entre obligaciones de medios y de resultado, puede ser utilizado el parámetro de riesgo empresarial.
14. De acuerdo al parámetro de riesgo empresarial, la responsabilidad objetiva correrá a cargo de la entidad emisora, pues ocupa un papel de dominio con las demás y en relación

con la prevención del fraude tiene un papel activo. Por lo tanto, sus obligaciones de prevención serán de resultado.

15. Los titulares de las tarjetas de crédito y los establecimientos adheridos, no asumen el riesgo del fraude pues no gozan de un papel activo para enfrentarlo. En consecuencia, sus obligaciones de prevención serán obligaciones de medios.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones: Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, 1148 p.

AGUILÓ REGLA, Josep. Notas sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca. En revista Doxa No. 22 de 1999, páginas 651-652. disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

ARBELÁEZ, María Angélica y NIETO, Adriana. Mercado de tarjetas en Colombia y el debate sobre la tarifa de intercambio. Documento FEDESARROLLO, mayo de 2006. Subrayado y negritas fuera del texto. Disponible en: http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/8_TARJETAS%2BDOCUMENTO%2BFINAL%2BJUNIO%2B1%2B2006.PDF

BARBIER, Eduardo Antonio. Contratación bancaria: consumidores y usuarios. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2002. 686 p.

BUERES, Alberto J. El incumplimiento de la obligación. En: Revista de Derecho privado y comunitario. Vol. 00, No. 17 (septiembre de 1998); p. 95- 118

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá 11 de septiembre de 2002, expediente No. 6430.

----- Sentencia de 22 de Octubre de 2001, expediente No. 5817, Magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles.

----- Sentencia del 5 de noviembre de 2003, M.P. Silvio Trejos.

----- Sentencia del 23 de agosto de 1988, CSJ, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

----- Sentencia 3 de agosto de 2004. Magistrado Ponente, Edgardo Villamil Portilla.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho comercial y económico: contratos parte especial. Buenos Aires: Astrea, 2003. 342 p.

FERRANDO VILLALBA, Maria de Lourdes. El contrato de Tarjeta de crédito, en: Contratación Bancaria, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GALLEGO SANCHEZ, Esperanza. Contratación Mercantil. Volumen ii.: Contratación bancaria. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 983 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad. En: Revista Derecho Privado Y Comunitario. Vol. 0, No. 17 (septiembre de 1998); p. 207 – 261.

MAZEUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil -La responsabilidad Civil, Los cuasicontratos-. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1980.

MARIÑO LÓPEZ, ANDRÉS. Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. [base de datos en línea]. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. p. 14. Disponible en Internet:: www.tdx.cbuc.es

----- Use fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados, daños y responsabilidad civil. Barcelona: Marcial Pons, 2006. 197 p.

MARTINEZ CARDENAS, Betty Mercedes. La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, Directores Académicos. Los Contratos en el Derecho Privado. Bogota, Universidad del Rosario-Legis, 2007. 1111 p

MOSSET ITURRASPE, Jorge. El Ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Vol. 00, No. 17 (septiembre de 1998), p. 173 - 206

OSPINA F., Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2000. 621 p.

PIZARRO, Daniel Ramón. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa: Tomo III. Buenos Aires: La ley. 2006, 665 p.

REGLERO CAMPOS, Fernando. Coordinador. Tratado de responsabilidad civil. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, España. 2006. p. 211-249.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. En Los Contratos en el Derecho Privado. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, Bogotá 2007. 1111 p.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Quinta edición. Bogotá: Legis, 2002. 708 p

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. La solidaridad en la responsabilidad contractual por el hecho de otro. En: Ponencia realizada en el 1er Congreso Iberoamericano de Derecho Privado. Cartagena: Universidad EAFIT. 10 a 11 de septiembre de 2007; 65 p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I. Bogotá: Legis. numerales 230-246.