

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

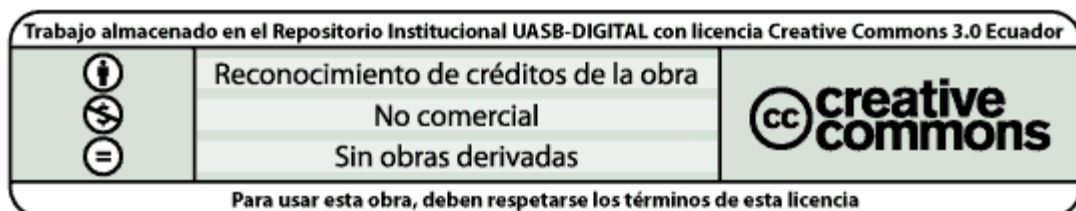
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

Derechos y obligaciones de los usuarios de tarjetas de crédito en transacciones sin presencia física

Manuel Antonio Zurita Benavides

Quito, Febrero 2016



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, MANUEL ANTONIO ZURITA BENAVIDES, autor de la tesis intitulada **Derechos y Obligaciones de los Usuarios de Tarjetas de Crédito en Transacciones sin Presencia Física**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 16 de febrero de 2016

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

(SEDE ECUADOR)

ÁREA DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE SEGUROS

**Derechos y Obligaciones de los Usuarios de Tarjetas de Crédito en Transacciones
sin Presencia Física**

Autor: Manuel Antonio Zurita Benavides

Tutora: María Elena Jara V.

FEBRERO, 2016

Resumen del Contenido de la Tesis

La tarjeta de crédito se trata de un instrumento financiero mediante el cual el emisor le otorga una línea de crédito al tarjetahabiente, que le permite realizar consumos en los establecimientos que se encuentran afiliados a la red de tarjeta de crédito correspondiente.

Las relaciones que existen dentro de la operación de tarjeta de crédito son principalmente tres, la primera entre el emisor y el tarjetahabiente que se trata de una operación de línea de crédito, la segunda relación es la que se origina entre el emisor y cada uno de los establecimientos afiliados, con la finalidad de que los mismos recepten como medio de pago a la tarjeta de crédito y la tercera relación es de compra venta o prestación de servicios entre el establecimiento afiliado y el tarjetahabiente.

Los avances tecnológicos han permitido que las personas puedan realizar consumos con tarjetas de crédito por medios que no requieren la presencia física de la tarjeta ni del tarjetahabiente, en este tipo de consumos cada una de las partes tiene obligaciones encaminadas a que se puedan realizar los consumos en ambientes seguros.

En función a la legislación vigente, si bien no existen normas específicas que regulen estos temas, con la normativa vigente en el campo civil, financiero, así como en función de las obligaciones contractuales asumidas por cada una de las partes, se encontraría cubiertos los posibles conflictos que podrían originarse por este tipo de relaciones.

Tabla de Contenido

Introducción

I.	Aspectos Doctrinarios y Legales de las Tarjeta de Crédito	8
1.1.	Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito	8
1.2.	Relaciones Existentes en el Proceso de Adquisición por Medio de Tarjetas de Crédito	9
1.2.1.	Relaciones entre Emisor y Tarjetahabiente	10
1.2.2.	Relaciones entre Emisor y Establecimiento Afiliado al Sistema	15
1.2.3.	Relaciones entre Establecimiento Afiliado al Sistema y Tarjetahabiente	18
1.3.	Legislación Ecuatoriana Aplicable a Tarjetas de Crédito como Actividad Financiera	19
1.3.1.	Marco Constitucional	19
1.3.2.	Normativa Legal Relacionadas con Tarjetas de Crédito	22
1.3.3.	Normativa Reglamentaria	24
II.	Adquisición de Bienes y Servicios por Medio de Tarjetas de Crédito sin Presencia Física	28
2.1.	Medios Electrónicos Para la Adquisición de Bienes y Servicios	29
2.1.1.	Formación del Consentimiento en la Adquisición de Bienes y Servicios	29

2.1.2.	Responsabilidades de las Partes en el Proceso de Adquisición de Bienes y Servicios por Medios Electrónicos en el cual se Realiza el Pago Mediante la Utilización de Tarjetas de Crédito	33
	Responsabilidades de los Emisores de Tarjetas de Crédito	
	Responsabilidades de los Tarjetahabientes	
	Responsabilidades de los Establecimientos Afiliados al Sistema de Tarjetas de Crédito	
2.2.	Otras Formas de Adquisición de Bienes y Servicios sin Presencia Física	45
III.	Rol del Estado	47
3.1.	Regulación y Control	47
3.1.1.	Atribuciones de los Órganos de Regulación y Control	47
3.1.2.	Atribuciones del Banco Central del Ecuador	50
3.2.	Protección al Usuario	51
3.2.1.	Derechos del Usuario	52
3.2.2.	Medios para Ejercer los Derechos Consagrados en la Legislación Vigente	58
	Conclusiones	64
	Bibliografía	69

Introducción

En la emisión de tarjetas de crédito intervienen varias partes, entre las principales, sin que estas sean las únicas, tenemos a la relación existente entre el emisor y el titular o usuario de la tarjeta de crédito, la segunda entre el emisor de la tarjeta y el establecimiento afiliado al sistema de tarjetas de crédito, y una tercera relación entre el establecimiento afiliado a la tarjeta de crédito y el titular o usuario de la misma. Por el hecho de intervenir varios actores en esta operación, la misma se trata de una relación compleja.

Por la facilidad, así como por los servicios que ofrecen en la economía moderna el sistema de tarjetas de crédito, se ha convertido en la actualidad en uno de los principales medios de pago. Con la finalidad de atraer cada vez a más usuarios al sistema, los emisores y operadores de tarjetas de crédito, han creado varios canales encaminados a brindar comodidad y seguridad a sus clientes, entre los que se destacan los canales electrónicos.

Estas facilidades si bien brindan soluciones inmediatas a las necesidades de los tarjetahabientes en lo que hace relación a la adquisición de bienes y servicios de una manera más ágil, en la mayoría de casos carecen de una regulación previamente establecida encaminada a brindar una guía sobre las obligaciones y derechos que tienen las partes que forman parte de este complejo sistema.

Al realizarse transacciones que no exigen la presencia física de las tarjetas así como de sus titulares, se originan varios problemas relacionados con las responsabilidades de cada una de las partes que intervienen en estas transacciones, esto por el hecho de que cada uno de los comparecientes tienen distintos tipos de responsabilidades en cada operación, sin tener claro los límites de responsabilidad que tiene cada una de las partes comparecientes.

Dentro del presente trabajo se realiza un análisis sobre la legislación existente, así como sobre las responsabilidades que debe asumir cada una de las partes que realizan este tipo de transacciones.

Capítulo Primero

Aspectos Doctrinarios y Legales de las Tarjetas de Crédito

1.1. Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito

En relación al análisis de la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito, según Carlos Guillermo Villegas, partiendo del hecho de que la tarjeta plástica es utilizada como un medio de pago, describe las características de la misma, con la finalidad de analizar de qué tipo de documento se trata. El autor considera que sus características son nominativo o de identificación e intransferible, el cual permite a su titular la utilización del crédito otorgado por el emisor mediante la apertura de una línea de crédito.¹ En relación a este análisis, el autor únicamente analiza las características del plástico, sin tomar como un factor primordial la causa por la cual se emite una tarjeta de crédito, que es debido a que las partes han acordado el iniciar una relación de crédito, siendo la tarjeta el documento mediante el cual se ejecuta la operación crediticia previamente contratada.

Carlos Guillermo Villegas, realiza un análisis más profundo al calificar a este documento como un instrumento financiero, esto en base al siguiente criterio: “La tenencia de la tarjeta confiere el derecho de utilizar la línea de crédito otorgada por el emisor, por ello calificamos a la tarjeta como un instrumento financiero”². El hecho de que se trate de un instrumento financiero daría lugar a que la misma debe ser emitida y administrada por instituciones de este campo, específicamente que se dediquen a la intermediación financiera, ya que la suscripción del contrato de emisión de tarjeta de crédito se trata del otorgamiento de una línea de crédito que se encuentra a disposición de su titular.

¹ Carlos Gilberto Villegas, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Tomo II, 1ra. Edición, Buenos Aires, El Autor, 2005, pág. 499.

² Carlos Gilberto Villegas, *Contratos...* ob. cit., pág. 500

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Orgánico Monetario y Financiero, en su Art. 194, literal “d”, numeral 2, establece que la emisión y operación de tarjetas de crédito, débito y de pago se trata de un servicio financiero.

Al tratarse la actividad de tarjetas de crédito de circulación general³, de una operación de crédito, se puede concluir que esta actividad debe ser exclusiva de las instituciones que forman parte del sistema financiero, por el hecho de que es una parte del proceso de intermediación financiera, esto es la colocación de crédito.

1.2. Relaciones Existentes en el Proceso de Adquisición por Medio de Tarjeta de Crédito

Las operaciones de tarjetas de crédito constituyen un negocio jurídico complejo. La relación entre el titular de la tarjeta de crédito y la institución financiera, a criterio del autor Rodríguez Azuero, es la única relación que tiene características de una operación financiera, pues se trata de un contrato de apertura de crédito, al cual lo define de la siguiente manera: “...Consiste, pues, en el poder o facultad de que goza el acreditado para utilizar, a su arbitrio, la suma puesta a su disposición, dentro de ciertas condiciones...”⁴.

La emisión de la tarjeta de crédito requiere la existencia de por lo menos tres partes: la institución financiera o emisora de la tarjeta, el titular de la tarjeta de crédito y el establecimiento afiliado al sistema, que acepta como medio de pago la tarjeta de crédito.

A criterio de Juan M. Farina, el negocio de tarjeta de crédito se trata de un negocio complejo, en el cual intervienen las tres partes descritas anteriormente, las cuales en su contratación tienen autonomía e inclusive una regulación propia, y que a su

³ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos Libro I, Título I, Capítulo V Art. 1 ..” Son tarjetas de crédito de circulación general” aquellas que pueden ser utilizadas en más de un establecimiento comercial.

⁴ Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos....*, Ob. cit., pág. 521.

vez se complementan en un solo circuito, para de este modo dar lugar a la operación de las tarjetas de crédito.⁵

Manuel José Álvarez Didyme-Dôme, al definir a la tarjeta de crédito deja la puerta abierta a la posibilidad de que se lo defina de dos maneras; esto es que sea considerada como una relación bilateral, considerando únicamente al emisor y usuario; y una segunda opción, como una relación de plurimiembros, al considerar al emisor, usuario, establecimiento, y eventualmente a la empresa franquiciante.⁶

Por su parte Fernando García Solé, considera que la tarjeta de crédito como tal es algo mucho más complejo que un simple instrumento del desarrollo de un contrato entre el emisor y el cliente, ya que el derecho de crédito del titular de la tarjeta no solo se ejercita ante la institución bancaria, sino ante un amplio número de operadores mercantiles, por lo que la utilización de este medio de pago ha dado lugar a la creación de relaciones multilaterales.⁷

La totalidad de los autores mencionados, concuerdan en que la operación de tarjeta de crédito se trata de una operación compleja, en la que comparecen varios actores, y cada una de estas relaciones tiene un régimen legal distinto, relaciones que a continuación se analizan.

1.2.1. Relación entre Emisor y Tarjetahabiente

Dentro del proceso de tarjeta de crédito, la emisión de tarjeta, es la relación bancaria que se origina de una operación de crédito, operación que se instrumenta por medio de un contrato de emisión de tarjeta de crédito.

⁵ Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, 3ra. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pág. 185

⁶ Manuel José Álvarez Didyme-Dôme, *Contratos Mercantiles*, Universidad de Ibagué, Ibagué – Colombia, 2012 pág. 197

⁷ Adolfo Sequeira – Enrique Gadea – Fernando Sacristan (Dirección), *Contratación Bancaria*, Editorial Dyginson S.L., Madrid, 2007, pág. 476, 477

Una de las principales obligaciones que se origina de la relación existente entre el emisor y el tarjetahabiente es la de fijación de condiciones para el otorgamiento y correspondiente utilización de una línea de crédito. El autor Juan M. Farina, luego de realizar un análisis sobre varias facetas de operaciones de crédito, realiza la siguiente definición:

“En consecuencia, podemos decir que, bajo la denominación genérica de “contratos de crédito”, se comprende aquellos contratos en los cuales una parte – por lo común una entidad financiera- le otorga crédito a la otra parte, sea entregándole una cantidad de dinero o de otros bienes fungibles (caso del mutuo), o bien obligándose a tener a disposición del otro contratante una cierta cantidad de dinero, por un plazo estipulado (contrato de apertura de crédito), o a efectuar pagos a terceros por cuenta de la otra parte; sea comprometiéndose a pagar cheques del cliente sin provisión de fondos hasta una suma determinada (autorización para girar en descubierto), y todos aquellos otros supuestos en los que una entidad financiera coloca, a disposición del cliente, dinero, bienes u otros valores. En todos los casos, el beneficiario del crédito se obliga a restituir las cantidades de dinero, valores o bienes fungibles, y a pagar los intereses y el canon (casos del leasing) convenidos.”⁸

El mismo autor Juan M. Farina, realizando un análisis sobre la naturaleza del contrato de apertura de crédito, considera a esta operación como una clase de mutuo, existiendo entre los dos una diferencia sustancial, que es el hecho de que por una parte el contrato de mutuo es un contrato real, ya que el mismo se perfecciona con la entrega de una cosa fungible, lo cual concuerda con nuestra legislación, ya que de esa forma lo describe el Art. 2099 de nuestro Código Civil⁹, mientras que el de apertura de crédito es consensual, ya que se perfecciona con el acuerdo de las partes y la entrega de dinero no

⁸ Juan M. Farina, Contratos..., Ob. cit., pág. 51.

⁹ Codificación del Código Civil, Suplemento del Registro Oficial 46, 24-VI-2005

es un requisito para su perfeccionamiento, sino que es parte de las obligaciones asumidas.¹⁰

Según Sergio Rodríguez, la teoría más aceptada sobre la naturaleza del contrato de emisión de tarjeta de crédito, es la que hace referencia a un contrato definitivo que se perfecciona con el simple acuerdo de las partes, mediante el cual se origina una disponibilidad a favor del acreditado y que se traduce en una serie de actos realizados por la entidad financiera, en base a las obligaciones asumidas en el contrato suscrito entre las partes¹¹.

La naturaleza del contrato suscrito entre el emisor y el usuario, se trata de un contrato de apertura de crédito, el cual tiene características especiales que los diferencian del contrato común de crédito, entre las principales diferencias de estos dos contratos, a criterio del autor Carlos Gilberto Villegas son las siguientes:

- En este contrato no se transfiere la propiedad de una cantidad de dinero determinada, sino más bien a lo que se compromete el emisor es a mantener una cierta disponibilidad de crédito por cierto tiempo a favor del usuario de la tarjeta de crédito.
- Al momento de otorgar una tarjeta, el emisor está otorgando un crédito como tal, ya que desde ese momento el usuario puede adquirir bienes y servicios en base al crédito otorgado, en los establecimientos afiliados al sistema de tarjeta de crédito. El otorgamiento de un plástico le brinda al usuario un documento identificativo por medio del cual el usuario podrá utilizar el crédito otorgado por el emisor.¹²

Fernando García Solé, considera que el contrato de tarjeta de crédito se trata de un contrato de apertura de crédito, mediante el cual la entidad bancaria, pone a

¹⁰ Sergio Rodriguez Azuero, *Contratos....*, Ob. cit., pág. 528.

¹¹ Sergio Rodriguez Azuero, *Contratos....*, Ob. cit., pág. 529.

¹² Villegas Carlos Gilberto, *Contratos...Ob. cit.*, pág. 481

disposición del tarjetahabiente una determinada cantidad de dinero, para que este la utilice a su disposición, siguiendo las reglas y condiciones acordadas, entre las que esta la de reembolsar los valores consumidos en la forma pactada¹³.

Carlos Gilberto Villegas, considera que el objeto y las obligaciones en que se podría resumir esta relación son las siguientes: Por una parte, el emisor, se obliga a otorgar crédito al usuario hasta cierto monto determinado, facilitar al usuario el acceso a un conjunto de establecimientos o proveedores de bienes o servicios que se encuentran afiliados al sistema creado por el emisor; y en el caso de aplicar brindarle acceso a una red de cajeros automáticos que le permitan al usuario la extracción de dinero. Por su parte, el usuario se compromete a pagar por este servicio, así como por el crédito utilizado, en el caso del servicio mediante una cuota de mantenimiento, mientras que por la utilización del crédito pagará la tasa de interés que corresponda.¹⁴

Si bien las obligaciones antes descritas son aquellas básicas que debe cumplir cada una de las partes, existen obligaciones adicionales que deben cumplirse en función de la relación contractual específica, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

El emisor de tarjeta de crédito, en su calidad de administrador y especialista del negocio, con la finalidad de otorgarle un ambiente seguro a sus clientes, para que puedan realizar consumos tanto de manera presencial como no presencial, dentro de esta última de manera electrónica, brinda varias herramientas de seguridad, tales como mensajes de datos de confirmación de consumos, llamadas para validar consumos, números de atención para el reporte de cualquier tipo de anomalía, robo o pérdida de tarjetas; todo esto sin perjuicio de las seguridades que se encuentran obligadas a mantener las instituciones del sistema financiero para este tipo de documentos, en función a la normativa sobre riesgo operativo, que ha emitido el órgano de control.¹⁵

¹³ Adolfo Sequeira – Enrique Gadea – Fernando Sacristan (Dirección), Contratación... Ob cit, pág. 476, 477

¹⁴ Carlos Gilberto Villegas, Contratos...Ob. cit., pág. 477

¹⁵ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, Registro Oficial 375, 13 – XI-2014, Libro I, Título X, Capítulo V, Art. 4

En la misma línea, el titular de la tarjeta de crédito tiene obligaciones adicionales, tales como custodiar la tarjeta de crédito y reportar de manera inmediata su pérdida o robo, así como no entregar su número o clave de seguridad a terceras personas. Estas obligaciones se desprenden debido a que esta es una relación *intuitio personae*, la cual se origina de una operación de crédito y por tratarse este documento de un medio de pago.

Al analizar las características como tal del contrato de emisión de tarjeta de crédito, se pueden considerar las siguientes:

- Nominativo y típico, ya que se encuentra regulado. En el caso ecuatoriano, la Superintendencia de Bancos, ha emitido un formato para ser utilizado por las emisoras de tarjeta de crédito y que debe ser aprobados por el órgano de control en dos momentos:
 - Al momento de solicitar la aprobación para una tarjeta de crédito;
 -
 - Cuando se realice cualquier tipo de modificación a los mismos.¹⁶
- Se trata de un contrato mercantil, en los términos del Art. 3 del Código de Comercio, se consideran actividades mercantiles las operaciones de los Bancos. Con base en el artículo 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero, las actividades de emisión y operación de tarjetas de crédito, débito o de pago, las realizan las instituciones financieras.
- Conmutativo, cada una de las partes tiene prestaciones que cumplir para con la otra.
- Bilateral, crea obligaciones para las dos partes, siendo la principal obligación de la institución financiera, la de tener a disposición del tarjetahabiente la línea de crédito acordada y del tarjetahabiente el pagar un valor por la misma y restituir el crédito utilizado en cada uno de los consumos, todo esto en

¹⁶ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, Registro Oficial 375, 13 – XI-2014 Libro I, Título I, Capítulo V, Art. 8

función de las condiciones acordadas entre las partes en el contrato de emisión de tarjeta de crédito.

- Consensual, el mismo se perfecciona con el acuerdo de las partes, que por lo general se ve reflejado en la suscripción del contrato que corresponde.
- Oneroso, debido a que las dos partes contratan con la finalidad de obtener una contraprestación de la otra parte, lo cual se encuentra estrechamente vinculado con la característica de conmutativo.
- *Intuito personae*, pues la calidad del titular de la tarjeta de crédito es primordial en este contrato, ya que la institución financiera asumiría los riesgos por la emisión de la tarjeta y el correspondiente otorgamiento del crédito.

1.2.2. Relación entre Emisor y Establecimiento Afiliado al Sistema

Al ser el emisor el principal coordinador de esta operación éste deberá procurar que la mayoría de establecimientos se encuentren afiliados a su sistema, esto con la finalidad de brindar a sus tarjetahabientes la facilidad de adquirir bienes y servicios de la mayor variedad. Esta relación deberá tener sus condiciones específicas, tales como la aceptación de la tarjeta de crédito como medio de pago y las condiciones en que se acepta la misma, es decir tarifa que el establecimiento paga al emisor, condiciones de crédito otorgadas a los tarjetahabientes, fechas de pago por parte del emisor al establecimiento por los consumos realizados por sus tarjetahabientes, entre otras obligaciones.

Sobre la naturaleza de la relación entre el emisor y el proveedor de bienes y servicios, el autor Carlos Guillermo Villegas, menciona que existen tres principales tendencias que son:

- Contrato a favor de un tercero: Este contrato se estipula a favor del tercero que en el sistema sería el titular de la tarjeta de crédito, ya que el emisor no obtiene ningún beneficio directo de la obligación contractual de vender

mercaderías a crédito, siendo los usuarios de la tarjeta de crédito los beneficiarios directos de los acuerdos pactados entre el emisor y el establecimiento afiliado, beneficio que se traduce en que el establecimiento se ha comprometido a vender a crédito al titular de la tarjeta.

A criterio de Carlos Guillermo Villegas, no es sostenible esta teoría por el hecho de que el emisor de la tarjeta de crédito está obteniendo un doble beneficio, por una parte le cobra al establecimiento una tarifa establecida sobre el monto de las ventas realizadas por el mismo y por otra parte, en ciertos casos, en los que el usuario ha adquirido bienes a un crédito a cierto plazo, al establecimiento cancela la totalidad del consumo menos la tarifa mencionada anteriormente sin esperar que el usuario de la tarjeta de crédito cancele la totalidad de cuotas que se obligó, en cuyo caso cobra a los usuarios la tasa de interés que corresponde, por lo que considera que el emisor con este contrato realiza un doble negocio.¹⁷

Esta tendencia no está considerando el hecho de que el emisor obtiene un ingreso que es cancelado por parte del establecimiento afiliado, que se refleja en un porcentaje del total de los consumos, porcentaje que es descontado al momento en que el emisor realiza el pago a favor del establecimiento afiliado; por ende se trata de un ingreso para el emisor, mientras que por su parte el establecimiento afiliado forma parte de una red que le permite incrementar sus ventas, por lo que este puede acceder a un mercado más amplio, teniendo el beneficio adicional de que estas ventas le son canceladas de manera directa por parte del emisor.

Por lo antes descrito, este contrato en particular es oneroso, ya que las dos partes obtienen un beneficio, el hecho de que exista un tercero (tarjetahabiente) que también forma parte de esta relación no significa que el único beneficiario es el tarjetahabiente.

¹⁷ Carlos Gilberto Villegas, Contratos...Ob. cit., pág. 517

- Cesión de derechos o compromiso de cesión. El establecimiento afiliado cede al emisor de la tarjeta, los créditos que se originan contra los usuarios de las tarjetas de crédito.

A criterio del mismo autor Carlos Gilberto Villegas, esta teoría tampoco es sostenible por el hecho de que el emisor se obliga a pagar el valor reflejado en las órdenes de cargo firmadas por el titular de la tarjeta de crédito, siendo la obligación del establecimiento la de vender a crédito contra la presentación de la tarjeta de crédito.¹⁸

Debe tenerse presente que quien asume el riesgo por falta de pago en esta relación, es el emisor de la tarjeta de crédito, debido a que el establecimiento tiene el derecho a que los valores cancelados con tarjeta de crédito le sean pagados, sin perjuicio o no del pago por parte del tarjetahabiente al emisor, riesgo que asume el emisor, en función de su especialización en el negocio financiero.

El hecho de considerar que se trata de una cesión de derechos, sería el desconocer la relación de línea de crédito entre el emisor y el tarjetahabiente; según esta teoría, el establecimiento afiliado, sería un originador de cartera, que posteriormente es adquirida por la entidad bancaria para su cobro correspondiente, en este evento no sería necesaria la existencia de una tarjeta de crédito como medio de pago, sino únicamente un contrato de compra venta de cartera.

- Contrato de empresa. Por el hecho que cada una de las partes contrata en su propio interés, el emisor busca el obtener el pago de una tarifa por las compras realizadas en el establecimiento y el establecimiento busca incrementar sus ventas. A criterio de Carlos Gilberto Villegas, este se trata de un contrato sui generis, que es necesario para el funcionamiento del sistema de tarjetas de crédito. Siendo esta la tendencia que más se ajusta a la realidad de este contrato, ya que las dos partes están obteniendo un beneficio, el cual se refleja por una parte en una tarifa que cancela el establecimiento afiliado al emisor y por otra parte el incrementar las ventas,

¹⁸ Carlos Gilberto Villegas, Contratos....Ob. cit., pág. 518

mediante un medio de pago distinto al efectivo, pero con la seguridad de que los mismos serán cancelados en los plazos acordados por el emisor de la tarjeta de crédito.

Dentro de cada contrato de afiliación de establecimiento, se establecen obligaciones de las partes que buscan el funcionamiento del sistema de tarjetas de crédito, las cuales son obligaciones contractuales específicas, siendo la principal la de aceptar como medio de pago la tarjeta de crédito que presentare su titular, observar los procedimientos determinados por el emisor para el normal funcionamiento del sistema, emitir la nota de cargo correspondiente, verificar la identidad del tarjetahabiente, el pago de una tarifa por concepto del servicio prestado por parte del emisor de la tarjeta de crédito, entre otras. Por lo general, estas obligaciones mínimas se encuentran reguladas en las legislaciones correspondientes, así en el caso ecuatoriano, las condiciones mínimas que debe cumplir este contrato se encuentran reguladas en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, las mismas que se encuentran detalladas en el Art. 15 de su Capítulo V, Título I, Libro I.

1.2.3. Relaciones entre el Establecimiento Afiliado al Sistema y Tarjetahabiente

Esta relación es la que menos análisis requiere dentro del sistema de tarjetas de crédito, partiendo de las dos relaciones anteriormente descritas, por medio de la cual el emisor en calidad de entidad debidamente autorizada emite una tarjeta de crédito, la misma que es utilizada como un medio de pago, por otra parte el establecimiento afiliado al sistema acepta este medio de pago para comercializar sus bienes o servicios.

En este caso se trataría de una relación común de adquisición de bienes o servicios, la misma que se encuentra regulada por las disposiciones pertinentes aplicables para estos casos, que serían las normas del Código Civil y las de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

1.3. Legislación Ecuatoriana Aplicable a Tarjetas de Crédito como Actividad Financiera

Como se ha mencionado anteriormente, la actividad de emitir y operar tarjetas de crédito, en legislaciones, como la peruana y venezolana es otorgada únicamente a las instituciones del sistema financiero. El caso ecuatoriano así mismo la facultad de emisión y operación de tarjetas de crédito de circulación abierta, débito y de pago se las otorga a las entidades financieras, en función a las autorizaciones que se les otorgue el órgano de control, en función a lo establecido en el artículo 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Sin perjuicio de lo antes descrito, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, tiene la facultad de regular a los actores no financieros que realizan actividades de crédito.

1.3.1. Marco Constitucional

La Constitución Política de la República del Ecuador trata a la actividad financiera dentro de su título cuarto, el mismo que regula el “Régimen de Desarrollo”, estableciendo en su artículo 275 como el “...conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales...”¹⁹.

La sección sexta trata sobre la “Política Monetaria, Cambiaria, Crediticia y Financiera”, cuyos enunciados, son los lineamientos que persigue el Estado para la ejecución de las mismas; la aplicación de estas políticas, se las implementa por medio del sistema financiero tanto público como privado, ya que los referidos enunciados, tratan sobre índices de liquidez global adecuados; orientar los excedentes de liquidez; promover los niveles y relaciones entre la tasa de interés pasiva y activa.

La ejecución de las referidas políticas como herramientas que utiliza el Estado para la consecución de sus planes de gobierno, afectan de manera directa al sistema

¹⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20-X-2008

financiero, por ende al ser el negocio de tarjeta de crédito, parte de las actividades financieras, se encuentra también afectada de manera directa.

Vale la pena aclarar que estas políticas tal como lo establece el artículo 303 de la Constitución Política de la República del Ecuador, corresponde al ejecutivo, siendo el Banco Central del Ecuador únicamente un ejecutor de las mismas.

Más adelante la sección octava trata de manera directa sobre el sistema financiero, declarando a las actividades financieras como actividades de *orden público*. Si bien estas actividades son prestadas en gran parte por instituciones privadas, las mismas que a su vez tienen una relación contractual de carácter privado con sus clientes, por la naturaleza y por la sensibilidad de este sector, que se dedica a la intermediación financiera de forma masiva, el legislador ha considerado oportuno que esta actividad tenga el carácter de orden público.

A criterio del autor Julián Delgado Aguado²⁰, el concepto de orden público, se lo puede considerar en dos sentidos, un sentido material y un sentido amplio. El material, es el que se refiere a una situación de paz y tranquilidad, esto es que no existan incidentes callejeros o disturbios, siendo el encargado de controlar este orden público la policía.

En sentido amplio se refiere al orden general de la sociedad, es decir se lo considera de manera dinámica, por el hecho de que dependerá de la época, así como del momento social, económico y político que se encuentra pasando un Estado, ya que depende de los intereses que quiere proteger un gobierno de turno, para considerarlo de orden público. El orden público puede ser no únicamente como incumplimientos de normas sino también como dar este nivel a ciertos campos, por el interés que esto puede representar en su momento, tales como a los derechos humanos, de la familia, entre otros, a criterio del referido autor define al orden público en sentido amplio de la siguiente manera:

²⁰ Gobierno de Canarias, La Noción de Orden Publico en el Constitucionalismo Español, Editorial Dykinson, Madrid, 2011 págs. 18, 22

“De acuerdo con esta teoría que ha ido evolucionando de manera positiva, podemos hoy afirmar que el orden público implica un desarrollo social equilibrado en el que participan tanto el Estado como los propios administrados. Este orden público puede ser perturbado, no sólo por los ciudadanos que incumplen las normas de convivencia, sino por los propios poderes públicos cuando se promulga una ley injusta o los órganos de gobierno olvidan sus responsabilidades. Sientan las bases para que el orden público se deteriore una economía cuando empobrece, las instituciones cuando excluyen, la intolerancia cuando estigmatiza.”²¹

En función a lo descrito, es acertado considerar que el orden público es dinámico, debido a que los propios ordenamientos jurídicos así como la propia sociedad evolucionan con el tiempo, por otra parte, debe observarse que no solo los administrados pueden incumplir con el orden público, sino también el propio Estado al no observar los propios postulados constitucionales que han fijado los temas que se les ha otorgado la categoría de orden público, cumplimiento que se daría al momento en que se emitan normas que puedan afectar a la actividad declarada de orden público.

Los legisladores constituyentes en el caso ecuatoriano han declarado a la actividad financiera como de orden público, como bien se mencionó anteriormente, esto se originó en una coyuntura política y social, en la cual se consideró que la actividad financiera debía ser calificada de esta forma.

Sin perjuicio de la coyuntura política y social de ese momento, el considerar de orden público a esta actividad es acertado, puesto que la actividad financiera es una de las principales actividades para el desarrollo económico de un Estado; debe tenerse presente que el hecho de declarar de orden público a la actividad financiera, tal como lo describe el autor Julián Delgado Aguado, también debe ser observado por el poder público, debido a que este tiene la obligación de no emitir normas que puedan afectar a esta actividad.

²¹ Gobierno de Canarias, La Noción de Orden Publico ... Ob cit pág. 24

La misma Constitución, en su Art. 308, aclara que sin perjuicio de que se declara de orden público a esta actividad y por ende ejerce el Estado un mayor control sobre las mismas, este hecho no traslada la responsabilidad de solvencia bancaria ni significa ningún tipo de garantía por parte del Estado, siendo responsables de la administración que reciben los administradores de estas instituciones.

La Constitución Política de la República del Ecuador, como es común en toda legislación, brinda el marco general sobre el cual deben regir las actividades del sistema financiero en general, siendo parte de estas actividades la de tarjeta de crédito.

1.3.2. Normativa Legal Relacionada con Tarjetas de Crédito

En los términos del Art. 99 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la tarjeta de crédito es considerada como un medio de pago, distinto al dólar de los Estados Unidos de Norte América, el cual tiene poder liberatorio; el declarar a la tarjeta de crédito, como otro medio de pago, permite que se puedan pactar obligaciones, en función a lo establecido en el Art. 100 del mismo cuerpo legal. El reconocimiento como medio de pago, va de la mano con el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito, en específico, la relación entre establecimiento afiliado y tarjetahabiente, puesto que en este caso existe una compra venta de bien o prestación de servicio, en la cual se acepta como medio de pago a la tarjeta de crédito.

Luego de haber reconocido por medio de este cuerpo legal a la tarjeta de crédito como un medio de pago, debe analizarse quiénes pueden realizar este tipo de actividades, es decir la emisión de tarjetas de crédito.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, en su artículo 194, establece como un servicio que pueden brindar las entidades financieras, la emisión y administración de tarjetas de crédito, débito y pago. Por su parte dentro de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que en función a lo establecido por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero²², se encuentra vigente hasta la presente fecha al regular de una manera un poco más amplia

²² Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial 332, 12-IX-2014

la actividad de emisión y operación de tarjetas de crédito, establece que pueden emitir tarjetas de crédito de circulación general únicamente las instituciones financieras.

Si bien dentro de la legislación vigente no existe una norma de carácter general que permita a las casas comerciales emitir tarjetas de crédito de circulación restringida, las mismas se encuentran circulando en el mercado; ajustándose a esta realidad dentro de las facultades de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, consta la de regular a aquellos actores que sin pertenecer al sistema financiero realizan operaciones de crédito, facultad que permitiría a este órgano colegiado el crear la regulación necesaria para este tipo de tarjetas de crédito.

Con anterioridad a la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, emitió una resolución que reglamenta el control de ventas a crédito y de emisión de tarjetas de circulación restringida²³, por parte de compañías sujetas a supervisión. Esta norma establece que las compañías de comercio pueden realizar ventas a crédito por medio de instrumentos como tarjetas de circulación restringida, aclarando que no pueden otorgar operaciones de crédito, pues las mismas están restringidas para las instituciones del sistema financiero.²⁴

Un tema adicional que se encuentra regulado ya hace varios años y que a la presente fecha es facultad de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, es la fijación de los cargos que por los servicios prestan las instituciones financieras al público en general. En función a la normativa que se encontraba vigente hasta la publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico Monetario y Financiero, se categorizó a las tarifas de afiliación y renovación de tarjetas de crédito, como transacciones básicas, por ende no sujetas al pago de ningún valor, hecho que a la presente fecha ha sido ratificado por la Junta de Política y Regulación Monetaria y

²³ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos Ob Cit. Libro I, Título I, Capítulo V, Art. 1 Son "tarjetas de crédito de circulación restringida" las que se emiten para ser utilizadas, exclusivamente, por los clientes de un determinado establecimiento comercial.....

²⁴ Reglamento Para El Control De Las Ventas a Crédito y de la Emisión de Tarjetas de Circulación Restringida, por Parte de las Compañías Sujetas a la Supervisión, Resolución SC-DSC-G-11-016 (Registro Oficial 639, 13-II-2012)

Financiera, cambiando únicamente el nombre de tarifa por cargos, pero en concepto se ha mantenido la misma estructura como tal.

Dentro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el capítulo que tiene un impacto directo con las actividades financieras en general, es el que trata sobre la protección contractual a los consumidores; en el mismo, aparte de regular temas de vital importancia como son los de los contratos de adhesión, las cláusulas prohibidas, también establece reglas para los pagos anticipados y ventas con tarjetas de crédito, entre otros temas que no tienen una relación directa con el presente trabajo.

El artículo 48 del referido cuerpo legal hace referencia a la facultad del pago anticipado de un crédito, según el cual se puede cancelar la totalidad o de forma parcial el crédito contratado, en este segundo caso los intereses restantes solo se calcularían en base al capital que queda impago. Finalmente con la finalidad de precautelar los derechos de los consumidores, en el Art. 50 establece que los pagos con tarjeta de crédito deberán ser los mismos que los que fueren al contado, norma que también se encuentra recogida en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, según la cual esta práctica puede dar lugar a que el órgano de control disponga que ningún emisor de tarjetas de crédito tenga como establecimiento afiliado a aquel que realiza este tipo de prácticas. El resto de normas constantes en este cuerpo legal regulan principalmente la relación entre el consumidor y los proveedores de bienes y servicios por éste adquiridos, los mismos que se analizarán posteriormente.

1.3.3. Normativa Reglamentaria

Con la finalidad de analizar la normativa reglamentaria que aplica de manera directa a las operaciones de tarjetas de crédito, debemos partir del hecho que a la fecha de elaboración del presente trabajo, luego de la publicación del Código Orgánico Monetario y Financiero, los distintos órganos colegiados que regulaban temas relacionados con tarjeta de crédito (Directorio de Banco Central del Ecuador y Junta Bancaria), fueron eliminados y en su lugar se creó como un único órgano de regulación para los temas financieros, seguros y mercado de valores, que es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sin perjuicio de lo cual la Disposición Transitoria

Primera del referido Código Orgánico Monetario y Financiero, dispuso que las Codificaciones de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, así como de la Codificación de Regulaciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se encuentran vigentes, en lo que no se encuentre en contra del referido Código o en contra de lo resuelto por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Con este antecedente, a continuación se analizan las principales normas reglamentarias de la materia.

Dentro de la normativa reglamentaria que tiene una relación directa con las operaciones de tarjetas de crédito, tenemos principalmente las constantes en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, así como las resoluciones emitidas por parte de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Mediante resolución No. 043-2015-F, la cual fue reformada por la resolución No. 059-2015-F, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera se regula los segmentos de crédito en los que deben constar las operaciones correspondientes, y por ende las tasas máximas de interés que pueden cobrar las instituciones financieras, tasas que se regularon mediante resolución 044-2015-F. Del texto de las referidas resoluciones se puede llegar a la conclusión que el caso de tarjetas de crédito, por sus características, las líneas de crédito que se instrumentan por este medio de pago se encuadran dentro de los segmentos de crédito de comercial ordinario, comercial prioritario, consumo ordinario y consumo prioritario respectivamente.

Por otra parte dentro de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, al ser el órgano de control de las actividades financieras, regula la totalidad de la actividad financiera, entre los principales puntos que vale la pena mencionar son:

En el Libro I, Título I, Capítulo V, regula la constitución, funcionamiento y operaciones de estas compañías emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, así como de los departamentos especializados de tarjetas de crédito, normas que hasta la fecha se encuentran vigentes. Debe tenerse presente que en función a la anterior

legislación existía la figura de compañía de servicios financieros que se dedicaban a la emisión y administración de tarjetas de crédito, figura que con el actual Código Orgánico Monetario y Financiero, ha sido eliminada. En términos muy generales en este capítulo se encuentran regulados los tipos de tarjeta de crédito que pueden emitir las instituciones autorizadas, los requisitos que deben cumplir para su constitución, las operaciones que pueden realizar estas sociedades, los contratos y requisitos mínimos que deben existir dentro de esta relación, tales como contrato de emisión de tarjeta, contratos de afiliación de establecimiento, información mínima que deben contener las tarjetas de crédito, información mínima que deben contener las órdenes de cargo, requisitos mínimos del estado de cuenta, así como cierta información mínima que deben poner estas instituciones a disposición de sus clientes; el órgano de control, ha llegado a fijar formatos para ciertos casos como son los de los contratos de emisión de tarjeta de crédito, así como de los estados de cuenta que deben usar las compañías que emiten estos documentos, formatos que son de observancia obligatoria.

Por otra parte, en forma adicional a la regulación de carácter legal que deben cumplir los emisores de tarjetas de crédito mencionados anteriormente, en función a la documentación que respalda la operación, el órgano de control desde la perspectiva de riesgo operativo ²⁵ ha establecido varios requisitos de seguridad tecnológicos que deben cumplir las entidades del sistema financiero en general para los servicios que presten de canales electrónicos, así como de banca electrónica, dentro de los cuales se encuentran las tarjetas de crédito. Estos requisitos tecnológicos de seguridad, se dirigen principalmente a que se agreguen seguridades a este tipo de transacciones y de esta manera crear un ambiente seguro para la utilización de tarjetas de crédito por medios tecnológicos.

Como se puede apreciar la regulación de las actividades de tarjetas de crédito se encuentra dispersa en varios cuerpos normativos, la gran parte de la normativa regula las actividades que pueden realizar las compañías que emiten este medio de pago, quienes

²⁵ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos.... Ob Cit, Libro I, Titulo X, Capitulo V, Art. 4

se encuentran autorizados a emitirlas, así como requisitos de seguridad que se deben cumplir en las transacciones.

En relación a la utilización de la tarjeta de crédito, se encuentra regulado principalmente lo que se conoce como ventas físicas, es decir aquellas en las que el titular de la tarjeta comparece de manera personal a realizar su consumo ante el establecimiento, los requisitos que deben cumplir las órdenes de cargo, así como también, se encuentra regulado, las seguridades tecnológicas que deben cumplir las instituciones financieras, para los canales electrónicos, así como banca electrónica.

Capítulo Segundo

Adquisición de Bienes y Servicios por Medio de Tarjetas de Crédito sin Presencia Física

El avance del comercio ha dado lugar a que se ofrezca principalmente la venta de bienes y la prestación de servicios por medio de canales en los que no existe presencia física de los compradores. Frente a este fenómeno, en el sistema de tarjetas de crédito se han creado varios medios en los que de una manera indirecta se realiza un proceso de verificación física, verificación que se la ejecuta luego de la adquisición del bien. Así mismo han existido canales de venta mediante los cuales en ningún momento existe contacto entre el vendedor y el comprador, como es el caso de las ventas por internet. En el primer caso tenemos el denominado sistema de *digitación manual*, proceso que no cuenta con regulación de ningún tipo. Mediante este sistema el establecimiento obtiene información de la tarjeta de crédito, se realiza el consumo y posteriormente, al momento de la entrega del bien o servicio, en el lugar fijado por el tarjetahabiente, el dependiente del establecimiento entrega la orden de cargo, para que esta sea firmada por el tarjetahabiente, existiendo una validación del titular, pero con posterioridad al consumo, proceso que si bien no está normado, es una práctica generalizada.

Partiendo del presupuesto que cada una de las partes ha dado cumplimiento a sus obligaciones legales como contractuales, dentro de estos procesos las responsabilidades, así como la asunción de riesgo se basan en la voluntad de las partes, dado que es la forma contractual que se delimitan las obligaciones y responsabilidades de las mismas.

Dentro del presente capítulo se analizarán por una parte la principal forma de realizar adquisiciones sin presencia física, esto es por medio del internet, así como aquellas otras formas mediante las que sin tratarse de comercio electrónico no requieren de la presencia física del titular de la tarjeta al momento de la adquisición del bien.

2.1. Medios Electrónicos Para la Adquisición de Bienes y Servicios

Los medios electrónicos han suprimido tiempos así como espacios que con anterioridad existían entre el vendedor y comprador de un bien o servicio. Los referidos medios, son utilizados de forma cada vez más frecuente por intermedio de redes de comunicación que con la utilización de computadores, permiten que los interesados adquieran los bienes y servicios requeridos, así como que los compradores y vendedores puedan realizar sus transacciones por medio de su computador, dando lugar a los comerciantes a ofertar sus productos sin ningún tipo de limitación de tiempo o espacio. La utilización de estos medios brinda la oportunidad de que los bienes o servicios puedan ser ofertados a un mayor número de personas y a la vez reducir los costos del comerciante. Otro beneficio son las tiendas que se encuentran disponibles al público en general las 24 horas al día y en muchos casos la oferta se la realice a nivel internacional y no solo local.

A criterio del autor Rodolfo Fernández,²⁶ la contratación electrónica, ha generado que los particulares, empresas y el mismo gobierno, obtengan numerosas ventajas, tales como la agilidad en los procesos, búsqueda y obtención de cualquier información y el incremento de las transacciones como tal.

2.1.1. Formación del Consentimiento en la Adquisición de Bienes y Servicios

Con la finalidad de iniciar el análisis de la formación del consentimiento en la contratación electrónica, debe previamente verificarse cuáles son los contratos que más comúnmente se celebran por medios electrónicos. Así, analizando la oferta disponible en la Internet es posible concluir que los principales contratos que se celebran por este medio son los de adquisición de bienes o servicios; los mismos que se encuentran regulados por nuestro Código Civil, como contratos venta y el de arrendamiento de servicios inmateriales. Estos dos tipos de contratos por su naturaleza, se tratan de

²⁶ Rodolfo Fernández Fernández, El Contrato Electrónico: Formación y Cumplimiento, España, Librería Bosch S.L., 2013.

contratos consensuales²⁷, los mismos se perfeccionan al momento en que las partes han quedado de acuerdo en cosa y precio, claro está salvo ciertas excepciones como la adquisición de bienes inmuebles u otros establecidos en la propia Ley, por su propia naturaleza y forma de perfeccionamiento, no pueden ser transados por este medio.

En los casos que la declaración de voluntad se la realiza con la presencia de los dos contratantes, no existiría inconveniente en determinar el momento en el cual el contrato se reputaría como perfecto, al momento en que se expresa la voluntad sea esta verbal o escrita sobre cosa y precio, siempre partiendo del presupuesto de que los contratantes cumplen con los demás requisitos de la declaración de voluntad, esto es que sea capaz, que su consentimiento no se encuentre viciado, que exista objeto y causa lícita.

Por otra parte, en el caso de medios electrónicos, por tratarse de una contratación en la cual no existe una presencia física de las partes que declaran su voluntad, debería determinarse en qué momento se ha exteriorizado el consentimiento de las partes en relación a la contratación de un bien o servicio a ser adquirido por el consumidor. Adicionalmente, debe tenerse presente que la contratación por este medio genera la dificultad de que se pueda determinar si la persona que se encuentra a distancia cumple con los requisitos legales de la declaración de voluntad. Desde la perspectiva legislativa, debe recordarse que la Ley de Comercio Electrónico establece que los mensajes de datos tendrán igual validez jurídica que un documento escrito (art. 2). Por su parte la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor establece que los consumidores tienen derecho a ser informados de forma detallada sobre las características de los bienes o servicios (art. 4, numeral 4).

El autor Rodolfo Fernández, detalla que existen las siguientes teorías relacionadas con el perfeccionamiento del contrato son las que se describen a continuación:

²⁷ Codificación Código Civil, Registro Oficial 46, 24-VI-2005, Artículos 1459 y 1470

- La teoría de la emisión, establece que el oferente ha realizado su oferta y que la misma sea admitida por el aceptante, claro está que esta aceptación debe exteriorizarse, desde este momento el contrato ya existe y por ende son exigibles las obligaciones adquiridas, siendo la comunicación solo un trámite adicional.
- La teoría de la cognición, se da desde el momento en que el aceptante emite la aceptación, esta teoría se basa en el hecho de que el oferente necesita de la constancia de aceptación para conocer que las obligaciones asumidas empiezan a tener efecto.
- La teoría de la expedición que es una teoría intermedia, que tiene como base la teoría de la emisión, considera que no es necesario solo la exteriorización de la aceptación, es necesario también que el aceptante haya realizado las diligencias correspondientes para que el oferente conozca sobre la aceptación.
- La teoría de la recepción que tiene como base la teoría de la cognición, la misma que considera que se perfecciona al momento en el que la aceptación llega al círculo del oferente, esto es a su oficina, domicilio, servidor, o cualquier otro lugar que tenga una relación íntima con el oferente

La teoría más acertada es la de la emisión, porque el momento en que aceptó el adquirente la propuesta presentada, por medio de canales electrónicos, se formó el consentimiento de las partes, es decir existe un acuerdo en cosa y precio; siendo este el único requisito de perfeccionamiento para los contratos consensuales.

A criterio de Rafael Methus de Ros, la contratación por internet se parece más a la contratación clásica física que a la contratación a distancia que se encuentra regulada hace muchos años, esto por el hecho de que por medio del internet, los contratantes

pueden interactuar en tiempo real por mails, pedir información, otorgar información e inclusive declarar su voluntad.²⁸

Por otra parte el consumidor para tener una decisión clara y segura sobre la adquisición de un bien o servicio, debe encontrarse debidamente informado tanto sobre los bienes o servicios a adquirir, como sobre los medios por los que se encuentra realizando la adquisición que corresponde, que en este caso sería por medio de internet.

Si bien como se mencionó en un inicio estos tipos de contrato son consensuales, debe existir una constancia de la aceptación expresa por parte de la persona que está realizando la adquisición. La exteriorización de la voluntad no necesariamente debe constar de forma escrita mediante un mensaje en el cual se encuentre de manera expresa la aceptación de las partes, para efectos de conocer sobre la aceptación, bastaría con que se presione el “enter” ante una propuesta realizada por el proponente del bien o servicio para que se entienda aceptada la propuesta planteada y con esta confirmación el contrato se puede considerar como perfecto

Si bien las normas sobre seguridades para este tipo de transacciones de ninguna manera se encuentran vinculadas con el momento en que se reputa perfecta la transacción, sí pueden brindar elementos adicionales para considerar si la misma fue aceptada o no por el tarjetahabiente al momento de ser realizada. En especial existe la obligación por parte de las instituciones financieras de notificar a los tarjetahabientes sobre las transacciones realizadas por estos medios, con la finalidad de evitar posibles transacciones fraudulentas²⁹.

A criterio del mismo autor, Rafael Matheus de Ros, el contrato on line, (entendiéndose como tal un contrato de adhesión, mediante el cual, el consumidor realiza la adquisición del bien o servicio, aceptado las condiciones establecidas por el

²⁸ Rafael Matheus de Ros, Derecho de Internet Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinadores: Rafael Matheus Ros y Juan Manuel Cendoya Mendez de Vicio, El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica, 1ra. Edición, Editorial Arazandi, 2000, Navarra, pág. 43

²⁹ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos.... Ob Cit, Libro I, Titulo X, Capitulo V, Art. 4

proveedor mediante un mensaje de datos) no podría ser suplido, el mismo se trataría de una herramienta que pueda ser utilizada para a interpretaciones y solución de conflictos.³⁰

La existencia de un contrato on line no es un requisito para que se perfeccionen las transacciones que se realizan por internet, sin perjuicio de lo cual en la práctica este documento podría ayudar en casos de conflictos entre oferente y aceptante

Con base en lo anteriormente descrito, se puede concluir que la declaración de voluntad para la adquisición de bienes o prestación de servicios se perfecciona en el momento en el cual el usuario acepta las condiciones establecidas por el proveedor para estas transacciones. La aceptación de la oferta se da en el momento que la contraparte ha expresado su aceptación por los medios que para el efecto ha puesto a su disposición el oferente. En los casos de transacciones que se realizan con tarjetas de crédito, generalmente se da mediante la aceptación en un “click”, sobre el bien o servicio que se está ofertando, de esta manera se estaría expresando la voluntad del aceptante.

2.1.2. Responsabilidades de las Partes en el Proceso de Adquisición de Bienes y Servicios por Medios Electrónicos en el cual se Realiza el Pago Mediante la Utilización de Tarjetas de Crédito.

Si bien la tecnología nos ha dado la facultad de realizar transacciones en tiempo real para la adquisición de bienes y servicios entre partes distantes, ahora analizaremos el principal medio de pago que se utiliza por este canal de distribución.

Al encontrarse las partes distantes y no poder realizar de manera inmediata el pago por concepto de la adquisición de bienes o servicios por medios como moneda de curso legal o cheque. Las tarjetas de crédito, se han convertido en el principal medio a utilizarse como forma de pago por este canal.

Los emisores de tarjetas de crédito, así como los establecimientos afiliados a los sistemas de tarjetas de crédito, con la finalidad de no perder este campo de mercado y a

³⁰ Rafael Matheus de Ros, Derecho de Internet.... Ob. cit. pág. 53

la vez brindar a sus clientes servicios de valor agregado, se han visto en la necesidad de crear sistemas que permitan realizar transacciones por medios electrónicos de manera segura; teniendo en cuenta que en las mismas no existe por una parte la verificación de la tarjeta física por parte del establecimiento y tampoco existe la suscripción de la nota de cargo por parte del tarjetahabiente, lo que da lugar a que no se cumplan estos dos procesos que van encaminados principalmente a evitar la utilización fraudulenta de este medio de pago.

Para los proveedores de bienes o servicios no existe dentro de nuestra legislación obligatoriedad de aplicar procesos de seguridad para las transacciones realizadas por este medio. Como contraparte, para los emisores de tarjetas de crédito, la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, al regular temas sobre riesgo operativo, dentro del Libro I, Título X, Capítulo V, establece varios requisitos que deben ser observados por estas sociedades, los que buscan principalmente brindar a sus tarjetahabientes un ambiente seguro para utilizar este canal. Vale la pena mencionar que adicionalmente a la normativa interna antes descrita, las emisoras de tarjetas de crédito autorizadas por franquicias internacionales ya tenían desarrollados sistemas con la misma finalidad, en función de que las propias franquicias internacionales exigen la realización de desarrollos como mejores prácticas.

Los contratos tanto de emisión de tarjeta de crédito, como los contratos de afiliación a un sistema de tarjetas generan obligaciones encaminadas a que todos los comparecientes del sistema cumplan con ciertas obligaciones dirigidas a evitar cualquier tipo de fraude que pueda afectar a las transacciones que se realizan por medio de tarjeta de crédito.

Las obligaciones asumidas por las partes que intervienen en un proceso de transacción de tarjeta de crédito (emisor, tarjetahabiente y establecimiento), a criterio de Andrés Mariño López, son en interés ajeno y no en interés propio, buscando como interés final el de prevenir la utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito.³¹ Al sostener

³¹ Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización Indevida de Tarjetas de Crédito*, 1ra. Edición, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2004, pág. 112

el autor que son en interés ajeno, lo que buscan las medidas de seguridad en es el no permitir que se realicen consumos con una tarjeta robada o clonada, que sería en perjuicio de su titular.

Debe tenerse presente que el perjuicio del titular de la tarjeta, se refleja en un perjuicio también para el emisor, quien entrara en un proceso de reclamo presentado por el tarjetahabiente, reclamo que dependiendo de la circunstancia podría resultar con un fallo desfavorable para el emisor y tener que asumir los valores correspondientes; o simplemente el tarjetahabiente deje de utilizar sus servicios por no considerarlo seguro. Así mismo el perjuicio podría reflejarse para el establecimiento, pudiendo ser obligado a asumir los valores reclamados y si el este tipo de consumos es muy frecuente, el cancelar la afiliación a la red de tarjeta de crédito.

Siendo todas estas las causas por las que a criterio del referido autor, se busca proteger al titular de la tarjeta de crédito, es decir busca proteger el interés ajeno.

Sobre las obligaciones de las partes en el sistema de tarjetas de crédito, el autor Andrés Mariño López, considera lo siguiente:

“Si uno de los sujetos incumple las obligaciones preventivas del empleo ilícito de la tarjeta de crédito que ha asumido, los restantes individuos con quienes se ha vinculado contractualmente tienen derecho a exigirle el cumplimiento de aquéllas y el resarcimiento de los daños causados.”³²

El grado de responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el sistema de tarjetas de crédito dependerá de las obligaciones asumidas, como se analizará posteriormente.

Responsabilidades de los Emisores de Tarjetas de Crédito. El emisor de tarjeta de crédito, debe cumplir un papel fundamental dentro del proceso tanto de emisión como de adquisición de bienes y servicios, siempre teniendo presente que en el caso de tarjetas de crédito, las acciones dirigidas a la no utilización indebida de este medio de pago

³² Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización...* Ob. Cit. pág. 112

corresponden a todos sus intervinientes, es decir emisor, tarjetahabiente y establecimiento afiliado. La principal función del emisor dentro del sistema de la tarjeta de crédito administrada es la de brindar una operativa regular del sistema con la finalidad de prevenir la utilización indebida de este medio de pago.

La principal responsabilidad de los emisores es la de procurar un normal funcionamiento del sistema, a criterio del autor Andrés Mariño López, la responsabilidad del emisor de tarjeta de crédito se encontrará limitada en relación a la causalidad de cada hecho ocurrido en particular, es decir si el inconveniente se origina de una situación ajena a la voluntad del emisor, por falta de inobservancia de las obligaciones del establecimiento afiliado o del mismo tarjetahabiente, el emisor se encontraría exonerado de responsabilidad.³³ En este contexto, es importante analizar cuál es el nivel de responsabilidad del emisor.

Partiendo del hecho de que la actividad de tarjeta de crédito se trata de una actividad bancaria, el autor Manuel José Álvarez al analizar en que consiste la actividad bancaria, la define de la siguiente manera:

“Es la función de la empresa bancaria como tal, primordialmente consistente en concentrar y regular profesionalmente las operaciones monetarias y de crédito. Las instituciones que operan en los mercados financieros se centran en coleccionar los recursos de los agentes superavitarios de la economía que no los invierten directamente en el consumo, la producción o la especulación, para dedicarlos a la inversión lucrativa o colocarlos en manos de los agentes deficitarios que carecen de ellos. En este proceso de intermediación financiera están implícitas las funciones económicas del sistema: canalizar y proveer los recursos que demanda la economía con los mayores niveles de eficiencia y seguridad....”³⁴

Como se puede apreciar, la actividad bancaria, consiste en vincular por su intermedio a los sujetos superavitarios de la economía con los sujetos deficitarios, de

³³ Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización... Ob. Cit.* pág. 213

³⁴ Manuel José Álvarez Didyme-Dôme, *Contratos... Ob Cit.* pág. 157

una forma profesional; un tema relacionado de manera directa con el profesionalismo con el que debe actuar el negocio financiero. Un punto especial que considera el mismo autor Manuel José Álvarez³⁵, es que en este negocio prima la confianza, por parte del depositario, confiando en que la entidad financiera tenga a su disposición los recursos al momento de requerirlos; por su parte, la institución financiera, confía en que el prestamista le cancele los valores entregados en la forma y plazo pactados. Todo este proceso tanto de la captación de recursos, como de la colocación del crédito se la debe realizar con un manejo profesional del negocio financiero.

En función a lo antes descrito, si bien la responsabilidad de los emisores de tarjetas de crédito corresponde a la causalidad de cada uno de los casos, los mismos deben actuar como profesionales expertos. Dentro de las obligaciones de los emisores de tarjetas de crédito, a criterio de Fernando García Solé³⁶, las obligaciones de los emisores variarán según lo establecido en el contrato, sin perjuicio de lo cual, las que se mantienen como principales son las que se describen a continuación:

- Conceder al tarjetahabiente de una cantidad de dinero de la cual podrá o no disponer, dentro de un período determinado de tiempo, en función a la vigencia de la tarjeta.

En relación a este punto, no es acertado el afirmar que la cantidad de dinero está a su disposición durante la vigencia de la tarjeta, porque aunque la tarjeta se encuentre vigente y el tarjetahabiente tenga un cupo establecido, es parte de la función de la entidad financiera, el controlar que las condiciones sea del propio tarjetahabiente e inclusive del mercado, sean las adecuadas para continuar otorgando crédito, hecho que se desprende de la administración profesional que tienen las instituciones financieras de los recursos que manejan y teniendo en cuenta que esta es una de las operaciones activas, es decir por medio de la cual se otorgan los recursos a

³⁵ Manuel José Álvarez Didyme-Dôme, Contratos... Ob Cit. pág. 158

³⁶ Adolfo Sequeira – Enrique Gadea – Fernando Sacristan (Dirección), Contratación... Ob cit, pág. 485

los sectores deficitarios. El titular de la tarjeta podrá disponer de manera total o parcial de la línea de crédito, mediante consumos en establecimientos, retiros de dinero en efectivo por cajeros e inclusive retiros de dineros ante la propia entidad financiera.

Al igual que en el caso anterior, esta obligación se debe cumplir siempre y cuando las situaciones del titular de la tarjeta y del propio mercado lo permitan.

- Entregar la tarjeta en caso de pérdida extravío o robo.
- Entregar al tarjetahabiente de manera periódica el resumen de los consumos realizados en el mes anterior, con la finalidad de conocer la situación de la línea de crédito otorgada.
- Entregar el número de seguridad o PIN con la finalidad de que el tarjetahabiente pueda realizar transacciones por medios electrónicos, cuando para este tipo de transacciones se lo requiera.

En este punto y específicamente para el caso de adquisiciones por medio de canales electrónicos la responsabilidad de mantener un registro del log de aceptación por parte del tarjetahabiente sobre la adquisición del bien o servicio, debería ser del establecimiento en cuya página web se realiza la transacción, esto se origina al no existir la presencia física, por ende no existir la firma del tarjetahabiente en una orden de cargo, se debe encontrar los medios necesarios para poder demostrar la veracidad de la relación de venta o prestación de servicio por parte del establecimiento con el tarjetahabiente, siendo el registro de la aceptación del tarjetahabiente el respaldo que tendría validez.

Sin perjuicio de lo antes descrito, dentro de las normas de la Superintendencia de Bancos que tratan sobre riesgo operativo, es obligación del emisor el registrar en estos casos el IP desde el cual se realizó la

transacción, lo cual en un proceso de investigación podría facilitar el origen de la misma.

Con base en lo anteriormente expuesto y en función a lo establecido en nuestra legislación sobre las obligaciones, el Art. 1562, del Código Civil establece que los contratos se ejecutarán de buena fe, por lo que no solo se deberá ejecutar lo que en ellos consta, sino también se deberán ejecutar todas las cosas que emanan de su naturaleza. Las obligaciones que se han analizado anteriormente que se originan de operaciones financieras, son obligaciones que le corresponden al emisor y no pueden dentro de sus contratos de emisión de tarjetas de crédito atribuir estas responsabilidades de manera directa o indirecta a sus tarjetahabientes, en función a lo establecido en el Art. 43 numeral 1, de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, según la cual considera como una cláusula prohibida a aquellas que atenúen la responsabilidad de los proveedores por vicios en la prestación de sus servicios.

Por otra parte, analizando el nivel de responsabilidad por el que deberían responder los emisores de tarjetas de crédito ante sus tarjetahabientes y partiendo del hecho que en el contrato de emisión de tarjeta de crédito las dos partes tienen un beneficio, debe tenerse en cuenta el Art. 1563 del mencionado Código Civil, norma que establece que en estos casos las partes responderán hasta por culpa leve, pero por otra parte, también debe tenerse presente que el emisor de tarjeta de crédito, se trata de una empresa profesional especializada en la materia, debería responder tal como lo establece el Art. 29 del mencionado Código Civil, hasta por culpa levísima, esta es la que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, siendo en el presente caso su giro ordinario de negocio.

Responsabilidad de los Tarjetahabientes. Si bien en la actividad del uso de tarjeta de crédito, como se concluyó anteriormente, el profesional experto en la materia es el emisor de la tarjeta de crédito, también debe tenerse presente que el tarjetahabiente, en su calidad de titular y usuario de este medio de pago, tiene responsabilidades relacionadas con la tenencia así como con la utilización de la misma dentro de los

límites pactados entre las partes, límites que constan en los contratos de emisión de tarjeta de crédito.

Tal como lo expone el autor Andrés Mariño López, según el régimen de responsabilidad subjetiva del ordenamiento jurídico español, los titulares de tarjetas de crédito deberán tener la diligencia de un buen padre de familia.³⁷

Entre las principales obligaciones que debe cumplir el tarjetahabiente que tienen una vinculación directa con las adquisiciones por medios electrónicos, merecen ser mencionadas las siguientes:

- El tarjetahabiente tiene como una de las principales medidas de precaución, la de custodiar la tarjeta de crédito. Debe tenerse siempre presente que en el evento de que la tarjeta de crédito, por cualquier motivo se encuentre en poder de una tercera persona que no se trata de su titular, con este instrumento podría realizar consumos de manera ilegal; a criterio del autor Andrés Mariño López, considera lo siguiente: “...Por eso las medidas de precaución a su respecto no son las mismas que se emplean para cualquier objeto, sino, las muy especiales que se deben utilizar en un instrumento de pago como es la tarjeta de crédito.”³⁸.

Esta obligación tiene una estrecha relación con la custodia de claves de seguridad, las mismas que deben ser resguardadas por parte del tarjetahabiente, la importancia del resguardo de estas claves, que permite al tarjetahabiente realizar avances en efectivo e inclusive transacciones de comercio electrónico.

Por su parte el autor Fernando García Solé³⁹ al referirse a una de las principales obligaciones del tarjetahabiente, hace mención a seguir las

³⁷ Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización... Ob. Cit.* pág. 268

³⁸ Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización... Ob. Cit.* pág. 280

³⁹ Adolfo Sequeira – Enrique Gadea – Fernando Sacristan (Dirección), *Contratación... Ob cit,* pág. 485

medidas de seguridad realizadas por parte del emisor, lo cual tiene una relación específica con la custodia de la tarjeta, de sus claves y que las mismas sean utilizadas única y exclusivamente por parte del titular de la tarjeta y no por parte de un tercero. Esta custodia debe ser realizada con diligencia por parte del tarjetahabiente.

Como contraparte, el emisor tiene la obligación, en su calidad de profesional en el negocio de tarjeta de crédito, la de monitorear las transacciones que realizan sus clientes y alertar en el evento de que llegare a identificar posibles alertas de fraudes, estas notificaciones, se dan luego de que se efectuó el consumo, es decir lo que buscan es evitar que continúen realizando más consumos fraudulentos y el perjuicio se incremente.

En el caso de transacciones por comercio electrónico, es más complicado, porque no existe una presencia física del tarjetahabiente y basados en el principio de buena fe de la ejecución de los contratos, el emisor no tiene motivo para dudar de las transacciones realizadas por sus tarjetahabientes por este medio, salvo que esta transacción se trate de una inusualidad y se logre detectar a tiempo la misma, a efectos de cancelarla y por ende no permitir el consumo.

- Otra de las principales obligaciones del tarjetahabiente es la de reportar cualquier tipo de situación que ponga a la tarjeta de crédito en una situación en que la misma pueda ser utilizada por terceras personas de forma ilícita. Dentro de nuestra legislación en el numeral 13.9 del Art. 13 del Capítulo V, Título I, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, se establece como uno de los requisitos con los que deben contar los contratos de emisión y uso de tarjeta de crédito a ser suscrito con los tarjetahabientes la obligación del tarjetahabiente de reportar la pérdida o robo de la tarjeta. Esta obligación se encuentra contemplada en los formatos de contrato de emisión de tarjeta de crédito establecidos por el propio órgano de control, determinando de

manera clara que solo desde este momento, los consumos realizados son de responsabilidad del emisor. Así mismo dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, en su artículo 249, en la misma línea, establece que la institución financiera es responsable de los consumos únicamente luego de que la tarjeta haya sido reportada como perdida o robada, esto es manteniéndose en la misma línea de que el tarjetahabiente tiene la responsabilidad sobre la custodia de este medio de pago.

Por otra parte el autor Fernando García Solé⁴⁰, considera como otras de las principales obligaciones del tarjetahabiente a las siguientes:

- Abonar la cuota anual por el servicio de tarjeta de crédito, debe tenerse presente que el servicio que presta la institución financiera en este caso es la de tener a disposición del cliente una línea de crédito a su disposición para cuando el tarjetahabiente desee utilizarla, con toda la infraestructura de seguridad y de análisis de crédito que esto significa;
- Abonar los valores que corresponden al crédito utilizado, en los plazos acordados, así como los intereses pactados de ser el caso;
- Firma de la orden de cargo, obligación que por los avances tecnológicos, ya no es universal, al existir otros medios distintos al físico para realizar consumos como son por medios electrónicos, autorizaciones telefónicas u otros.
- Devolver al emisor o destruir la tarjeta una vez llegada su fecha de caducidad, esta obligación se origina en el hecho de que la tarjeta como tal es propiedad del emisor.

De lo anteriormente descrito se puede concluir que adicionalmente a las obligaciones de pago que se originan por la operación de crédito como tal, las principales obligaciones del tarjetahabiente se encuentran dirigidas a que este tenga en

⁴⁰ Adolfo Sequeira – Enrique Gadea – Fernando Sacristan (Dirección), Contratación... Ob cit pág. 484

su custodia la tarjeta de crédito y las claves correspondientes, esto se origina por el hecho de que tanto el documento como la clave entregada al tarjetahabiente, se trata de medios que permiten a su titular hacer consumo, sea de manera presencial, como no presencial. La referida obligación de custodia es de vital importancia para las transacciones de comercio electrónico, puesto que al no existir la presencia física del tarjetahabiente, los datos ingresados por medio de comercio electrónico en ciertas ocasiones son datos que constan únicamente en la tarjeta de crédito, es decir, no se requiere de otra información distinta a la que consta impresa en la tarjeta como tal.

En este punto cabe analizar desde la perspectiva legal hasta qué tipo de culpa se encontraría obligado a responder el tarjetahabiente por sus actuaciones, analizando nuevamente el Art. 1563 del Código Civil, al tratarse de una actividad en la cual obtienen beneficio las dos partes y al no tratarse la utilización de la tarjeta de crédito del giro ordinario del negocio del tarjetahabiente, este debería responder hasta por culpa leve, entendiéndose en función de lo establecido en el Art. 29 del mismo Código Civil, como el cuidado que debe tener una persona en sus propios negocios.

Responsabilidades de los Establecimientos Afiliados al Sistema de Tarjetas de Crédito. Dentro del proceso de adquisición con tarjeta de crédito el último integrante del mismo sería el establecimiento afiliado al sistema. Este, a criterio del autor Andrés Mariño López, es responsable únicamente de una de las etapas del proceso de adquisición, que es la de la admisión de la tarjeta como medio de pago.⁴¹ Por lo que sus principales obligaciones serían las de verificar que la transacción se realice de manera adecuada, solicitando la autorización que se requiera al emisor de la tarjeta y a su vez la verificación de los datos y firmas constantes en la orden de cargo y en los datos de identificación del tarjetahabiente.

Es una práctica que los emisores de tarjetas de crédito capaciten a los establecimientos que se encuentran afiliados a sus sistemas en relación a los procedimientos que estos deben seguir para evitar que se realicen consumos irregulares,

⁴¹ Andrés Mariño López, *Responsabilidad por Utilización... Ob. Cit.* pág. 307

así mismo en los contratos de afiliación de establecimientos se acostumbra hacer constar cláusulas en las que los establecimientos se obligan a seguir los procedimientos establecidos por el emisor, y en el evento de que se detectare que no ha observado los mismos, por los consumos que se originaren reclamos, no deberían ser pagados al establecimiento y en su lugar estos valores deben ser devueltos al tarjetahabiente, con la finalidad de no causarle un perjuicio.

En relación a las adquisiciones por medios electrónicos, la Ley de Comercio Electrónico, regula otros aspectos tales como la formación del consentimiento que ya fue analizado con anterioridad y la información con la que debe contar el adquirente de un bien o servicio.

En relación a la responsabilidad hasta la cual deben responder los establecimientos afiliados al sistema de tarjeta de crédito en las transacciones de comercio electrónico, debe tenerse presente que en este tipo de transacciones no existe presencia física por parte del tarjetahabiente, por lo que el establecimiento no podría realizar la verificación que inicialmente está obligado. Sin embargo, sus sistemas para poder realizar este tipo de transacciones deberán solicitar los requisitos mínimos de validación que exigen los emisores correspondientes, tales como fechas de caducidad, número de seguridad, entre otros que se requieren a efectos analizar la validez de la tarjeta y por ende quien realiza la transacción es el titular de la misma, transfiriéndose en este momento la responsabilidad al titular de la tarjeta, por su obligación de custodia de la misma.

Al no existir dentro de nuestro ordenamiento normas sobre cuáles serían las obligaciones de emisores y de establecimientos afiliados en estas transacciones, las mismas se encontrarían reguladas por la voluntad de las partes, es decir, en lo establecido en los contratos que para el efecto y específicamente para este tipo de transacciones suscriban las partes, así como los riesgos que asumen los establecimientos afiliados.

En este punto vale la pena analizar hasta que tipo de responsabilidad responden los establecimientos afiliados, sobre lo cual se debe realizar una reflexión: si bien los

establecimientos han sido previamente capacitados por los emisores sobre los procesos que deben cumplir, estos no son los expertos y este no es el giro de su negocio, pero están aceptando la tarjeta de crédito como un medio de pago.

En los casos de ventas físicas, una de las principales obligaciones del establecimiento afiliado, es la validación del titular de la tarjeta de crédito, al obtener en esta operación un beneficio el establecimiento, es claro que a la luz del Art. 1563 del Código Civil, el mismo debería responder por culpa leve.

La dificultad sobre el nivel de responsabilidad se origina en las transacciones de comercio electrónico, ya que en las mismas no existe una presencia física del tarjetahabiente; como se mencionó al inicio del presente acápite, dependerá de los requisitos que establece el emisor para este tipo de transacciones. Partiendo de que los emisores en distintos niveles pueden solicitar distintos tipos de requisitos como son seguridades en páginas web, validación de identificación al momento de entrega del bien o servicio, entre otros, estas obligaciones deben ser observadas por el establecimiento, y al recibir un beneficio por esta transacción, en este tipo de transacciones, el establecimiento respondería también por culpa leve, a la luz de la legislación vigente.

2.2. Otras Formas de Adquisición de Bienes y Servicios sin Presencia Física

Dentro de la práctica de emisores de tarjetas de crédito se han creado adicionalmente a las transacciones mediante comercio electrónico, otras formas de adquisición de bienes y servicios sin presencia física, las mismas que buscan que el tarjetahabiente no se acerque al establecimiento afiliado donde se realiza la adquisición, pero al momento de prestar el bien o servicio adquirido, realizará el proceso de verificación como si se tratara de una venta física.

Este tipo de contratación, en muchas ocasiones se realiza de manera telefónica. Mediante este medio de comunicación el tarjetahabiente adquiere el bien o servicio entregando al establecimiento la información sobre la tarjeta de crédito como es números, fecha de caducidad y otra información que requiere el establecimiento para realizar la transacción. El establecimiento por su parte requiere la correspondiente autorización al emisor, autorización que se realiza únicamente sobre en relación a que la

tarjeta no se encontrare reportada como robada o perdida y en los casos de tarjetas que cuenten con un cupo máximo que el consumo no exceda del mismo.

Por su parte el establecimiento al realizar la entrega del bien o servicio, realiza una verificación física, tanto de la tarjeta como del titular de la misma, obteniendo la firma del tarjetahabiente en la orden de cargo correspondiente, realizándose en este momento la validación del titular de la tarjeta de crédito, la misma que se hubiere realizado si el tarjetahabiente hubiera acudido de manera personal al establecimiento afiliado.

Con base en lo anteriormente expuesto, en estos casos al realizarse una verificación aunque sea posterior a la del consumo, se están utilizando los mismos procedimientos de verificación del titular que aquel que se utiliza para las ventas físicas, asumiendo el establecimiento las mismas responsabilidades, salvo ciertas obligaciones que son operativas que en este caso se encontraría obligado a observar el establecimiento, tales como no guardar información de tarjetas, entre otras.

Se puede concluir que estos canales de transacciones sin presencia física, son solo una variación de las transacciones clásicas con presencia física, ya que en uno u otro momento, se cumple con la verificación que se hace en las transacciones físicas, por ende en este tipo de transacciones, asumiendo el establecimiento y el tarjetahabiente las mismas responsabilidades inherentes una venta con presencia física, siendo las principales obligaciones del establecimiento verificar la identidad del titular de la tarjeta al momento de la entrega del bien o servicio y en el caso del tarjetahabiente, mantener la custodia de la tarjeta y no entregarla a terceros para su uso.

Capítulo Tercero

Rol del Estado

3.1. Regulación y Control

Como se ha mencionado en varias oportunidades, la actividad de emisión y administración de tarjetas de crédito, en los términos del Art. 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero, constituye un servicio financiero, que da origen a una línea de crédito a la que tiene acceso el tarjetahabiente. Dentro de este contexto, las compañías que se dedican a esta actividad se rigen en general por las normas de carácter financiero emitidas por la Superintendencia de Bancos, que a la fecha se encuentran vigentes, así como por las normas que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en materia de provisiones, reservas, tasas de interés, transparencia, entre otras obligaciones de prudencia que deben mantener las instituciones del sistema financiero

A continuación se realizará un análisis general sobre el control desde los distintos ámbitos que se relacionan con la actividad de tarjetas de crédito.

3.1.1. Atribuciones de los Órganos de Regulación y Control

Dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, se establece el funcionamiento de dos órganos distintos, otorgándoles las funciones de regulación y control correspondientemente.

En función a lo establecido en el Art. 14 del referido cuerpo legal, la función de regulación en términos generales, específicamente la de normar las actividades financieras, le corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, por ende este órgano colegiado tiene la facultad de regular todos los aspectos relacionados con la actividad de tarjetas de crédito, incluyendo los requisitos que se

deben cumplir en las transacciones que se realicen por medio de comercio electrónico con este medio de pago.

El órgano de vigilancia, auditoría, control y supervisión del sistema financiero es la Superintendencia de Bancos, que tiene como finalidad primordial el vigilar que las actividades que realizan las instituciones financieras públicas y privadas, se ajusten al ordenamiento jurídico vigente.

Como antes mencionamos, con anterioridad a la emisión del Código Orgánico Monetario y Financiero, la derogada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, tenía como órgano de regulación del sistema financiero a la Junta Bancaria, organismo que dentro de sus facultades emitió algunas resoluciones de carácter general, las mismas que de acuerdo a lo establecido por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero, se encuentran vigentes hasta que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera emita otras normas sobre la materia.

Dentro de la normativa emitida por parte de la Junta Bancaria, existen algunas normas que reglan la actividad de tarjeta de crédito como tal, así como impone algunos requisitos de seguridad para las operaciones de comercio electrónico, las cuales se mencionan de manera breve a continuación.

El Libro I, Título I, Capítulo V, trata sobre “Constitución, Funcionamiento y Las Operaciones de las Compañías Emisoras o Administradoras de Tarjetas de Crédito y los Departamentos de Tarjetas de Crédito de las Instituciones Financieras”; en este capítulo constan los conceptos básicos relacionados con tarjetas de crédito, así como regula las actividades que pueden realizar este tipo de compañías que se dedican a esta actividad, también regula los requisitos mínimos para que las entidades del sistema financiero puedan ejercer la actividad de tarjetas de crédito, los formatos de contratos mínimos que debe tener el emisor para la actividad, así como las cláusulas mínimas que deben contener estos contratos, entre otros temas que no es necesario ampliar en el presente trabajo. Un punto que sí vale la pena mencionar, es que los contratos de emisión de tarjeta de crédito, por una parte deben ser aprobados por el órgano de control y por otra parte deben basarse en el formato que para el efecto ha emitido el mismo

órgano de control; dentro del formato emitido por parte de la Superintendencia de Bancos, se reconoce las transacciones de comercio electrónico, en función de la cláusula que se transcribe a continuación:

“De igual manera, el TARJETAHABIENTE se compromete al pago de los consumos realizados en el país o en el exterior mediante el sistema de pedido y aceptación telefónica, internet, catálogos, revistas, órdenes de cargo, cupones y otros medios de venta implementados por la marca o franquicia que corresponda y los establecimientos afiliados a la red respectiva, aún cuando en este tipo de transacciones no quede constancia firmada por el TARJETAHABIENTE. En caso de inconformidad del cliente respecto de los consumos realizados, LA INSTITUCIÓN FINANCIERA Y/O EMISOR se compromete a facilitar los mecanismos necesarios que permitan demostrar los consumos efectuados mediante esta modalidad.”

Por otra parte en relación a seguridades que se deben otorgar a los clientes que realizan transacciones por este medio, el órgano de control en las normas de riesgo operativo que constan dentro del Libro I, Título X, Capítulo V, establece en lo principal las siguientes:

- Brindar a sus clientes mecanismos para que personalicen los tipos de transacciones que deseen realizar por canales electrónicos, en el caso específico de tarjetas de crédito, la personalización a que hace referencia la norma consiste en permitir al tarjetahabiente que pueda limitar ciertos consumos, tales como que la tarjeta solo se utilice para consumos nacionales, que no pueda ser utilizada para realizar consumos por internet, entre otros.
- Registrar las direcciones de IP y números de teléfono celular por medio de los cuales se realizarían las transacciones; y
- Enviar mensajes en línea sobre las transacciones realizadas por los tarjetahabientes.

Dentro de la normativa emitida por la Superintendencia de Bancos, se ha podido identificar, que en la misma se reconoce a los consumos por internet u otros medios en los que no existe una presencia física como tal, lo cual es algo positivo, al reconocer mediante el formato de contrato emitido por el órgano de control se tomando en cuenta las transacciones que no han sido reguladas por parte de la Superintendencia de Bancos, sin perjuicio de lo cual considero que el actual regulador de la materia, que es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, debería preocuparse por normar estas transacciones que cada vez se vuelven más comunes.

Por su parte, las medidas de seguridad que se han fijado para este tipo de transacciones, en lo personal considero que si bien las mismas pueden presentar una molestia tanto para las instituciones financieras, como para los propios usuarios de tarjetas de crédito, las mismas están dirigidas a disminuir consumos fraudulentos, por lo que si bien en ciertos casos se las considerar exageradas, por otra parte estas medidas ayudan a disminuir consumos fraudulentos.

Estas medidas y específicamente los mensajes sobre los consumos, permite que los tarjetahabientes interactúen con las instituciones financieras para alertar de consumos fraudulentos, como se mencionó en su momento una de las principales obligaciones del tarjetahabiente es su custodia y reporte en caso de pérdida o robo para su respectiva cancelación, el hecho de ser alertado de los consumos realizados y que el tarjetahabiente no realice ninguna acción daría a entender que el tarjetahabiente es quien está realizando estos consumos. Debe tenerse presente, como se analizó anteriormente que el tarjetahabiente responde hasta por culpa leve, por lo que su obligación deberá ser, en los casos de que no está realizando los consumos, el reportar este hecho al emisor de manera inmediata.

3.1.2. Atribuciones del Banco Central del Ecuador

El papel del Banco Central del Ecuador ha dado un giro importante, siendo hoy por hoy, una institución de derecho público que ejecuta lo dispuesto por el ejecutivo; esta institución tiene como finalidad instrumentar las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera, lo cual se encuentra establecido en la actual Constitución Política

de la República del Ecuador. El Banco Central del Ecuador tiene la facultad de actuar como órgano ejecutor de las políticas monetarias y cambiarias que dicte el Presidente de la República.

La función del Banco Central que mantiene una relación directa con el tema de tarjetas de crédito es la que consta en el numeral 25 del Art. 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero⁴², esto es, el monitorear el cumplimiento de las tasas de interés aprobadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Por su parte esta Junta, mediante resolución 043-2015 F⁴³, reformada mediante la regulación 059-2015F⁴⁴, ha regulado de manera general los segmentos de crédito aplicables a cada tipo de operación, sobre las cuales el mismo órgano colegiado emite las tasas de interés máximas que se pueden cobrar.

Si bien el Banco Central del Ecuador dentro de esta materia, tiene la responsabilidad de monitorear el cumplimiento de las tasas de interés que se encuentran cobrando los emisores de tarjetas de crédito y en general el sistema financiero, cualquier tipo de sanción sobre el incumplimiento a las mismas le correspondería aplicar a la Superintendencia de Bancos, en calidad de órgano de control del sistema financiero.

3.2. Protección del Usuario

Como se ha mencionado en varias ocasiones, en la operación de tarjetas de crédito se originan por lo menos tres relaciones, una entre el tarjetahabiente y el emisor, otra entre el emisor y el establecimiento afiliado, y una tercera entre el establecimiento afiliado y el tarjetahabiente. La relación que nos interesa para este análisis es la que se establece entre el tarjetahabiente con el emisor, debido a que se trata de un servicio financiero.

⁴² Código Orgánico Monetario y Financiero, Segundo Suplemento de Registro Oficial 332, 12-IX-2014

⁴³ Resolución 043-2015-F (Expídase las Normas que Regulan la Segmentación de la Cartera de Créditos de las Entidades del Sistema Financiero Nacional), Registro Oficial 483, 21-VI-2015

⁴⁴ Resolución 059-2015-F (Reformatoria a la Resolución 043-2015-F), Suplemento de Registro Oficial 492, 4-V-2015

Dentro de la legislación ecuatoriana, y específicamente en el sistema financiero, tanto el órgano de control como las autoridades judiciales competentes, deben observar las normas que se destinan a la defensa de los intereses de los consumidores.

Al tratarse el usuario de tarjetas de crédito de un actor importante dentro del sistema de tarjetas de crédito, sus derechos merecen un análisis detallado, motivo por el cual a continuación se describen las normas que con la finalidad de proteger al usuario del sistema de tarjetas de crédito, constan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.2.1. Derechos del Usuario

Con la finalidad de iniciar este análisis, es apropiado el partir de la definición de consumidor, la cual a criterio del autor José Ovalle Favela, en su obra “Derecho del Consumidor”, define al derecho del consumidor como:

“...el conjunto de derechos que se confieren específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios...”⁴⁵

Por su parte los autores Luis Carranza Torres y Jorge Rossi, afirman que el concepto de consumidor se origina en la ciencia económica, considerando al consumidor como un sujeto de mercado que adquiere bienes o servicios para uso propio o familiar; en función de lo cual no puede realizarse un concepto definitivo, sino que dependerá de lo que busca proteger la propia definición; pudiendo la misma ser concreta o estricta que se dirija a los sujetos que adquieren bienes o servicios o una amplia y abstracta, que se refiere a todos los habitantes que tienen la intención de adquirir bienes y servicios para tener una adecuada calidad de vida.⁴⁶

Dentro de nuestra legislación, la definición de consumidor es concreta y estricta, ya que el Art 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al consumidor de la siguiente manera:

⁴⁵ José Ovalle Favela, *Derechos del Consumidor*, 1ra. Edición, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 23

⁴⁶ Carranza Torres Luis R.- Rossi Jorge O., *Derecho del Consumidor: Derechos y Acciones de Resguardo de los Consumidores y Usuarios*, 1ra. Edición, Córdova – Argentina, Alveroni Ediciones, 2009 pag. 27

“Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.”⁴⁷

La definición con la que cuenta nuestra legislación es apropiada, siendo una definición concreta que busca precautelar específicamente las relaciones de adquisición de bienes o servicios; el tratar de incluir un concepto más amplio, podría dar lugar a que esta cuerpo legal se inmiscuya en temas que no están relacionados con la materia específica de defensa al consumidor.

Debe tenerse presente que las normas que se destinan a la protección del consumidor no se encuentran dirigidas para transacciones que se realicen de manera física únicamente, ya que la protección al usuario, así como la protección contractual es aplicable también para las transacciones que se puedan realizar mediante comercio electrónico.

El principal cuerpo legal que norma los derechos del usuario tanto del área financiera, como del área comercial, dentro de la adquisición de bienes y servicios es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Este cuerpo legal declara los derechos de los consumidores, así como les brinda la protección contractual correspondiente, bajo el presupuesto de que el consumidor es la parte más débil de la relación, por lo que merece la protección por parte del Estado a efectos de que no se presenten prácticas o actuaciones abusivas por parte de los proveedores de bienes o servicios.

Los derechos que tiene el consumidor, se encuentran descritos en el Art. 4 de la referida Ley Orgánica del Defensa al Consumidor, si bien se tratan de normas de carácter general, entre las principales que pueden enumerarse son las siguientes:

- Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad. Uno de los principales derechos que consta aquí consagrado, es el de recibir bienes y

⁴⁷ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Ley 2000-21, Suplemento del Registro Oficial 116, 10-VII-2000.

servicios de calidad, los cuales no deban ser impuestos por parte de los proveedores.

Entre las prácticas prohibidas que tienen relación directa con este derecho, es la establecida en el numeral 1 del Art. 51 de la referida Ley, la cual establece que los proveedores no pueden obligar a sus clientes el adquirir un bien o servicio como condición para la adquisición de otro bien o servicio. Otra de las prácticas prohibidas que se encuentra relacionada con este derecho es la de enviar cualquier producto o servicio al consumidor que no hubiere sido solicitado o contratado por este, en cuyo caso el numeral 3 del mismo Art. 51 brinda una solución, esto es que el producto así enviado se considera como muestra gratuita del bien o servicio.

- Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar. Lo que busca proteger este derecho es que el usuario se encuentre debidamente informado sobre los bienes ofrecidos en el mercado en general. Debe tenerse presente que las instituciones del sistema financiero se encuentran obligadas a informar a sus clientes sobre los costos que tiene cada uno de los productos, los mismos que se encuentran debidamente autorizados por parte del órgano de control. Esta obligación por parte de las referidas instituciones del sistema financiero se encuentra regulada en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, así como en el Código Orgánico Monetario y Financiero, como consta más adelante.

A criterio del autor José Ovalle Favela, este derecho es el más importante sobre el cual se ha construido el derecho del consumo. Este derecho se encuentra principalmente dirigido a brindar a los consumidores la información más clara y detallada posible sobre los bienes y servicios que se le ofertan. Debe distinguirse entre información y publicidad, afirmando que

la información se la da por medio del propio productos o servicios, esta contiene datos sobre el producto como tal, tales como sus ingredientes, peso, precio, advertencias, entre otros; por su parte la publicidad por lo general se realiza por medios sociales y lo que busca es el emitir mensajes de invitación o sugerencia para que consuman los bienes o servicios ofertados ⁴⁸.

- Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios”. En este punto, debe tenerse presente que según el Código Civil (art. 1572) la indemnización de daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Si bien dentro de nuestra legislación de habla de manera clara sobre el derecho de indemnización por los daños y perjuicios; los autores Luis Carranza Torres y Jorge Rosi, al tratar sobre el resarcimiento del daño directo, hacen una distinción entre los daños que forman el daño emergente y el lucro cesante, los cuales a criterio de estos autores sin son susceptibles de apreciación pecuniaria; en el daño emergente existe un desmedro en el patrimonio, mientras que por el lucro cesante, se deja de percibir los ingresos, en los dos casos existe una forma clara de determinar el daño percibido de manera pecuniaria⁴⁹.

Por otra parte, también se realiza un análisis sobre la posible inclusión del daño moral dentro de la definición “daño directo”, tomando como referencia que la legislación argentina, menciona que este daño se origina por un: “...perjuicio o menoscabo [...] susceptible de apreciación pecuniaria”⁵⁰, al referirse al daño moral, mencionan que el perjuicio a un derecho que es donde se origina el daño moral, es una lesión a un derecho, que no integra el patrimonio, por lo que no es susceptible de apreciación monetaria, debido a

⁴⁸ José Ovalle Favela, Derechos del Consumidor.....Ob. Cit., pág. 51

⁴⁹ Luis R. Carranza Torres - Jorge O. Rossi, Derecho del Consumidor....Ob cit,, pág. 314

⁵⁰ Luis R. Carranza Torres - Jorge O. Rossi, Derecho del Consumidor ... Ob cit, pág 314

que no tiene una afectación económica como tal, sin perjuicio de lo cual, la lesión de un derecho, si podría ser susceptible de una apreciación pecuniaria.

En definitiva, en todos los casos los perjuicios que pueden sufrir los consumidores son susceptibles de apreciación pecuniaria. Claro está y como se mencionó anteriormente, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no tenemos este inconveniente, dado que nuestra legislación se encuentra adecuadamente delimitado el derecho a una indemnización por daños y perjuicios, lo cual concuerda con lo establecido en el Código Civil.

Luego de analizar las normas sobre los derechos que tienen consagrados los consumidores dentro del referido cuerpo legal, vale la pena analizar la protección contractual que tienen los consumidores. La cual consta tanto en la referida Ley Orgánica de Defensa al Consumidor como en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en lo principal en su Art. 43 establece cuales son las cláusulas prohibidas que no pueden constar en contratos que se celebren entre proveedores y consumidores. Los principales enunciados que vale la pena mencionar son los siguientes:

- “Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados”⁵¹. Esta norma aplica para la prestación de servicios financieros en general. En el caso específico de tarjetas de crédito no debe olvidarse el hecho de que todos los integrantes que forman parte del sistema, tienen obligaciones distintas, las que se destinan a que funcione el sistema y que constan en cada uno de los contratos, por lo que en base a esta norma no podrían dejarse a un lado las obligaciones que debe cumplir el tarjetahabiente, a pretexto de que una u otra obligación le correspondía al emisor o al establecimiento.

⁵¹ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Suplemento de Registro Oficial 116, 10-VII-2000

- “Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato”⁵²; debe tenerse presente que los servicios financieros, se encuentran regulados por parte del órgano de control, fijando los techos que pueden cobrar los proveedores de servicios. El Art. 247 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece de manera clara que las instituciones del sistema financiero no podrán realizar cargos por servicios que no hayan sido prestados y tampoco podrán realizar cargos por valores que no hayan sido aprobados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera

Por su parte como se mencionó anteriormente dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, así como en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, existen normas que buscan proteger los derechos de los usuarios del sistema financiero en todos los productos que este brinda.

Las normas antes mencionadas se pueden dividir en dos grandes grupos, el primero, relativo a transparencia de información y el segundo sobre los derechos de los usuarios financieros.

Las normas de transparencia de información, tienen la intención principal de que el cliente se encuentre debidamente informado, derecho que es consagrado a favor de los consumidores y se encuentra contemplado en estas normas, esta información abarca tanto las características del servicio financiero que está contratando, los costos que incurriría en la contratación del servicio, así como las características principales de la institución que provee el servicio. Las principales obligaciones en materia de información son las siguientes:

- Publicación de información sobre operaciones activas y pasivas;
- Difusión sobre tasas de interés, comisiones y gastos de servicios y productos financieros;

⁵² Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Suplemento de Registro Oficial 116, 10-VII-2000

- Información a entregarse al usuario el momento de la contratación de una operación activa o pasiva, la cual se refiere a información específica sobre la operación en particular realizada por el cliente, como son tasas de interés corriente, tasas de interés por mora, costos por servicios financieros, costos por servicios de terceros, entre otros, pero siempre dirigido a la operación contratada;
- Información sobre la situación de la institución financiera.

El segundo gran campo dirigido a la protección de los usuarios, es la declaración de derechos de los usuarios financieros en específico, para estos efectos, dentro de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el Libro I, Título XIV, Capítulo III, consta el “Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero”, código, el cual recoge varios enunciados sobre los derechos que tienen los usuarios financieros, tales como:

- Derecho a educación financiera;
- Derecho a la información de productos y servicios financieros;
- Derecho a elegir con libertad los productos y servicios financieros;
- Derecho a acceder a productos y servicios financieros;
- Derecho a obtener productos y servicios financieros de calidad;
- Acceso a información y documentación; y
- Derecho de protección.

3.2.2. Medios para Ejercer los Derechos Consagrados en la Legislación Vigente

Estos medios podrían dividirse en dos, el primero que se origina de la relación entre prestador y consumidor de un servicio en general, y un segundo, que trata sobre los servicios adicionales que se encuentran obligados a brindar las instituciones del sistema financiero en relación a los reclamos que puedan presentar sus clientes.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, a partir del Art. 82⁵³, establece la competencia y el procedimiento que se debe seguir en los casos de incumplimiento del referido cuerpo legal: Este en términos generales, otorga la facultad de que de manera previa la Defensoría del Pueblo intervenga con la finalidad de que se logre un acuerdo entre las partes, mediante procesos principalmente de mediación. En el evento que no se hubiere conseguido en este fin, la Defensoría del Pueblo emitirá el correspondiente informe, requiriendo el cumplimiento de lo pactado o en su defecto solicitando la imposición de sanciones en base al mismo cuerpo legal, con la finalidad de que las autoridades competentes observen este requerimiento.

En los términos de la misma Ley, es competente para conocer cualquier tipo de contravención relacionada con los derechos del consumidor, los jueces de contravenciones y en casos de apelaciones los jueces de lo penal.

Como se puede apreciar la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, ya está brindando un procedimiento especial para los casos de reclamos originados por la relación entre vendedor del bien o prestador del servicio y el consumidor. En el caso de tarjetas de crédito, por tratarse de una relación que se origina por la prestación del servicio financiero, es totalmente aplicable esta norma, en función de que el consumidor que se sintiere afectado, sobre por los servicios prestados por el emisor de tarjeta de crédito, tiene la opción de comparecer a esta instancia para presentar su reclamo.

Por otra parte, como se ha comentado anteriormente, la Superintendencia de Bancos, con la finalidad de otorgar a los clientes de las instituciones del sistema financiero herramientas para presentar sus reclamos de una manera más ágil, ha dispuesto mediante resoluciones que las instituciones del sistema financiero deberán contar con una persona que será la responsable para atención al cliente, cargo que se sustenta en lo regulado en el Libro I, Título XIV, Capítulo V. Este servicio de atención al cliente, tiene como uno de sus objetivos el de atender quejas y reclamaciones que sus clientes presenten, derivadas de las relaciones contractuales y comerciales. Vale la pena

⁵³ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Suplemento de Registro Oficial 116, 10-VII-2000

aclarar que este servicio se encuentra a disposición únicamente de usuarios de los servicios financieros prestados por cada institución.

Dentro de los principales temas que se pueden mencionar en este punto, es que las instituciones del sistema financiero se encuentran obligadas en los términos constantes en el referido cuerpo legal a dar respuesta a los reclamos presentados por sus clientes, en los plazos establecidos en la misma codificación. La contestación que diera la institución del sistema financiero a su cliente, podrá en caso de disconformidad comparecer ante el órgano de control, para que este luego del análisis correspondiente disponga las medidas que considere necesarias dentro de su ámbito de aplicación.

Finalmente, dentro del propio sistema financiero, por disposición de la Constitución Política de la República del Ecuador, se ha creado la figura del “Defensor del Cliente”, que toda institución del sistema financiero tiene la obligación de tener, a efectos de que atienda los reclamos e inquietudes planteadas por los clientes de la correspondiente institución. Es elegido por el Consejo de Participación Ciudadana, por medio de un concurso realizado para el efecto y no tiene ningún tipo de relación de dependencia ni con la Superintendencia de Bancos ni con la institución financiera a cuyos clientes presta sus servicios.

Analizando específicamente las funciones del Defensor del Cliente, este por principio, deberá velar por los derechos e intereses particulares de los clientes de las instituciones del sistema financiero. El Defensor del Cliente podrá conocer aquellos casos que luego de haber pasado por el servicio de atención al cliente, el cliente no haya obtenido una respuesta favorable o no hubiere obtenido ninguna respuesta, vale la pena aclarar que esta instancia es voluntaria y no obligatoria. Los pronunciamientos que emite el Defensor del Cliente son únicamente de carácter informativo y por ende no son de aplicación obligatoria ni para la institución del sistema financiero ni para el cliente de la misma; es decir, sus funciones son las de un mediador entre el usuario y la institución financiera; debe tenerse presente que el Defensor del Cliente tiene la obligación de remitir el expediente de cada caso al órgano de control para su análisis, quien puede de

oficio continuar con el proceso en aquellos casos en los que las partes no han llegado a un acuerdo.

Luego de haber realizado un muy breve análisis de las herramientas con las que cuentan los usuarios en general de los servicios prestados por las instituciones del sistema financiero, entre las que se encuentran incluidas las de tarjetas de crédito, podemos concluir lo siguiente:

- La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor brinda a los consumidores de bienes o servicios en general de un proceso especial, lo cual da lugar a que se obtengan resultados más rápidos que cualquier tipo de acción ordinaria.
- La legislación financiera le brinda a sus usuarios tres herramientas adicionales, que son las del departamento de atención al cliente, del Defensor del Cliente y el poder acudir ante el propio órgano de control. En relación a la figura de atención al cliente, es la que en la práctica más se utiliza y esto por una simple razón, al momento de que el tarjetahabiente tiene alguna inquietud o disconformidad, al primer lugar que acude es a la propia institución financiera a efectos de obtener una explicación o la solución a su malestar, esta área por su parte, tiene la obligación de pronunciarse ante los reclamos presentados por los clientes. Este pronunciamiento puede ser aceptando el reclamo de manera favorable y realizando los correctivos correspondientes o simplemente rechazando el mismo con los fundamentos que correspondan.

La segunda herramienta que en la práctica es más utilizada es el órgano de control, ya que el cliente puede acudir al mismo en forma previa a presentar su reclamo ante la institución financiera o una vez recibida la respuesta de la institución financiera o por falta de respuesta de la misma. El resto de herramientas también son utilizadas pero en un menor grado a las antes mencionadas.

Centrándonos en el tema de análisis, el principal riesgo a los que pueden encontrarse expuestos los usuarios de tarjetas de crédito por compras por internet, es una clonación de tarjetas, es decir que de alguna manera en los sistemas informáticos se almacene la información de las tarjetas de crédito y estas sean utilizadas de manera fraudulenta. En la actualidad con las normas emitidas por parte del órgano de control que han sido previamente analizadas, se disminuyen estos riesgos. Adicionalmente, las franquicias a nivel mundial exigen parámetros mínimos de cumplimiento con la finalidad de evitar este tipo de incidentes y han desarrollado procesos que se aplican entre los distintos usuarios de las franquicias internacionales a efectos de que en el evento de presentarse estos casos asuman responsabilidades que corresponden los franquiciados que deban asumir las mismas.

Los reclamos relativos a consumos por internet, cuando son realizados en el país, no presentan inconveniente en su manejo; ya que existe una relación directa entre el emisor y el establecimiento donde se realizó el consumo, quienes se ha firmado los contratos correspondientes que delimitan los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

El problema se origina cuando los consumos se realizan en el exterior, en función de que los establecimientos comerciales foráneos se rigen por sus propias legislaciones y no se conoce su legislación ni cuáles son las responsabilidades que tienen los establecimientos comerciales, ni la relación contractual que mantiene con el correspondiente emisor. En este tipo de reclamos juega un papel muy importante las normas de seguridad que se manejan tanto a nivel local como internacional, y que son exigidas por las franquicias.

Debe tenerse presente que los casos de clonación de tarjetas de crédito, son temas que tienen componentes muy técnicos, así mismo son dinámicos, ya que cada vez se crean nuevas formas de cometer ilícitos por este medio.

En la legislación ecuatoriana, hasta la presente fecha se ha regulado a este tipo de actividades ilícitas únicamente desde el campo penal, tanto en la figura de la estafa, como la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, que consta en los Art. 186 y

190 del Código Orgánico Integral Penal, pero nada se ha regulado en relación a la responsabilidad civil y correspondiente resarcimiento a los afectados por este ilícito.

La responsabilidad civil por los casos de clonación se originaría en función de los contratos firmados entre las partes, es decir, en estos casos quienes tienen la principal responsabilidad de impedir este ilícito, son los establecimientos comerciales, debido a que estos son quienes tienen acceso a la información de las tarjetas de crédito, pudiendo copiar la misma y duplicarla.

No es apropiado que se regule a nivel reglamentario o legal los eventos de clonación de tarjeta, debido a que cada caso tiene su correspondiente peculiaridad y más bien esto debería tratarse por medio de los contratos suscritos entre las partes, debiendo asumir las responsabilidades correspondientes en función a las obligaciones de seguridad que tiene cada parte, esto por el hecho de que si se origina una clonación, es por no haber cumplido con las medidas de seguridad que se requiere para el efecto y por ende estamos frente a un incumplimiento contractual.

Conclusiones

En función al análisis realizado a lo largo del presente trabajo, como se podrá apreciar, las ventas de bienes y servicios por el canal de internet, utilizando para el efecto la tarjeta de crédito, se encuentran reguladas principalmente desde el punto de vista de seguridades a los usuarios de este medio de pago, para de esta forma mantener un control sobre el riesgo operativo en el que se pueden ver inmersas las sociedades que emiten este tipo de documentos. Este tipo de seguridades aparte de brindar seguridad al usuario, otorga seguridades a los establecimientos en los que se realizan los consumos, por el mismo hecho de que existen herramientas que permiten verificar la veracidad de los mismos así como dónde se originaron los consumos.

Por otra parte, si bien en la actualidad tenemos la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, la misma se preocupa principalmente de establecer los requisitos así como la forma de los mensajes de datos, firmas digitales y de la prestación de estos servicios, sin que en este cuerpo legal se trate a detalle temas relacionados a la formación de la voluntad y a la oferta de servicios, que son temas fundamentales dentro de los procesos de transacción de tarjetas de crédito por este medio.

Las normas constantes en la referida Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establecen de manera muy general la formación del consentimiento de las partes en este tipo de contratación, dejando a voluntad de los comparecientes el determinar el momento en el cual se perfecciona el consentimiento.

Esta ley debería regular la oferta de servicio, así como aclarar el momento en el cual se perfecciona el consentimiento. Como se expuso en su momento, nuestra legislación debería adaptarse a la teoría de la emisión, mediante la cual, al momento en el cual el comprador acepta la propuesta planteada por el vendedor se está perfeccionando la relación contractual.

Por la ausencia de una determinación categórica antes descrita, en el caso ecuatoriano, en el evento de que falte este acuerdo entre las partes sobre la formación del consentimiento, deberán aplicarse las normas establecidas en el Código Civil, este cuerpo legal nos otorga las normas básicas sobre los derechos y obligaciones así como los niveles de responsabilidad que debe asumir cada una de las partes en sus actividades, aplicándose para estos casos los mismos principios que para todo tipo de actividad en la que las partes asumen derechos y obligaciones, dentro de las relaciones de adquisición de bienes o servicios.

Considero que lo más acertado es la equiparación entre la contratación por estos dos distintos canales, presencial y electrónico; las transacciones que se realizan por comercio electrónico siguen siendo transacciones de compra venta de bienes o prestación de servicios, siendo la única diferencia el canal por el cual interactúan las partes. En función a lo descrito, el adaptar la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, a la teoría de la emisión, daría lugar a que esta normativa se encuentre alineada con el Código Civil, esto es que se perfeccionen únicamente con el acuerdo de las partes, esto por el hecho de que estos contratos en su gran mayoría son consensuales.

La primera problemática que se encuentra en este tipo de transacciones, es la de acceder a un portal en el cual se está depositando información sensible sin que se tenga seguridad sobre el uso que podría dar el establecimiento comercial a la misma. En este punto es de primordial importancia la interacción entre las partes que comparecen en el sistema de tarjeta de crédito, esto es emisor, establecimiento afiliado y tarjetahabiente; aun cuando el emisor brinde todas las seguridades, así como los medios para prevenir posibles consumos fraudulentos, si no existe una correspondencia por parte del tarjetahabiente en sus obligaciones de custodiar la tarjeta y de mantener información actualizada y del establecimiento de no almacenar información sensible, serían ineficientes las medidas que puedan tomarse, por ende cada una de las partes debe asumir sus obligaciones sobre los consumos fraudulentos que se puedan originar en función de los derechos y obligaciones asumidos entre las partes. En función de lo antes

expuesto, la responsabilidad sobre consumos fraudulentos, debe recaer sobre la parte que ha incumplido con sus obligaciones contractuales o legales de ser el caso.

El cumplimiento de las obligaciones contractuales debe darse por todos los actores. El hecho de que el tarjetahabiente no tenga acceso a la misma información que el emisor, no significa que se le puede eximir de sus obligaciones. En el caso ecuatoriano en específico, en función a las normas descritas en el presente trabajo, se ha podido constatar que el tarjetahabiente tiene suficientes herramientas para poder evitar los consumos fraudulentos, tales como personalizar los canales por los que realiza los consumos, recibir notificaciones sobre todos sus consumos, entre otras. El no utilizar las mismas, como por ejemplo el no responder a una notificación de un consumo que no ha realizado, denota un nivel de negligencia por parte del tarjetahabiente. Debe tenerse presente que en todo momento el tarjetahabiente debe responder hasta por culpa leve, esto es el cuidado que los hombres emplean en sus propios negocios; en contraparte si los procedimientos de control y seguridad que se realizan tanto el establecimiento como el emisor de la tarjeta no se cumplen, debería la parte que dejó de cumplir con su obligación asumir los perjuicios producidos.

Como se analizó en su momento, tanto el establecimiento afiliado, como el tarjetahabiente deberían responder por culpa leve, siendo el emisor, en su calidad de especialista en la materia el único que debería responder hasta por culpa levísima, es decir la problemática descrita, se encontraría subsanada con las estipulaciones contractuales que se mantiene en las distintas relaciones jurídicas que forman parte del sistema de tarjeta de crédito y las reglas generales sobre responsabilidades establecidas en el Código Civil.

Otra problemática que puede presentarse en este tipo de transacciones es la que se origina de consumos realizados en establecimientos comerciales del exterior, sobre los cuales el consumidor no puede conocer la normativa que aplica a los mismos ni las obligaciones contractuales asumidas por los correspondientes establecimientos comerciales con cada uno de los emisores de tarjetas de crédito del país correspondiente. En este caso juegan un papel muy importante las seguridades adoptadas por las

franquicias correspondientes, los establecimientos afiliados y los tarjetahabientes, con estos procedimientos se podría determinar el lugar en que existió la vulnerabilidad o no se observaron los pasos de seguridad. Al igual que en el caso anterior, se deberá determinar la parte que incumplió con los procedimientos de seguridad que para el efecto ha determinado cada franquicia, las mismas que fueron asumidas como sus obligaciones por cada uno de los emisores que firmaron los contratos de franquicia.

En función a lo antes descrito, si bien en este caso no existe una legislación aplicable, debido a que las partes que comparecen se encuentran en distintos países, la solución nuevamente se da por la ejecución de los contratos correspondientes, pero en este caso se trataría de los contratos firmados entre el franquiciante y cada uno de sus franquiciados, en los que se agregan temas de seguridad para este tipo de transacciones; en relación a los tarjetahabientes que no tienen ninguna responsabilidad sobre este tipo de consumos, al no haber incumplido ningún tipo de obligación asumida, se le debería restituir los valores correspondientes.

Por otra parte debe tenerse presente que los usuarios y consumidores de bienes y servicios así como específicamente los usuarios de servicios financieros, cuentan con cauces administrativos y procesales que les permite proteger sus derechos, partiendo del hecho de que en los casos de consumos fraudulentos, sea de forma física como por medio de canales electrónicos, los reclamos son dirigidos al emisor. Los mecanismos de tutela con los que puede contar el usuario son los siguientes:

- El reclamo directo ante la misma institución, en esta instancia dependiendo las circunstancias podría obtenerse un resultado positivo o negativo para el reclamo planteado, pudiendo en este punto llegarse a un acuerdo entre el tarjetahabiente y el emisor;
- Una segunda opción es el Defensor del Cliente, quien como se mencionó anteriormente, cumple una función de mediador, pero no tiene la facultad de resolver sea en contra o a favor del emisor o del tarjetahabiente, por lo

que a mi criterio esta figura no se vuelve lo suficientemente eficiente para efectos de resolución de reclamos;

- La tercera opción es la de acudir a la Superintendencia de Bancos, la misma que tiene la facultad de resolver a favor o en contra de las instituciones financieras o del usuario del sistema financiero, volviéndose una herramienta muy eficiente en el evento de que las partes habiendo agotado las anteriores instancias no hubieren llegado a un acuerdo satisfactorio; y
- La última instancia y no menos importante está la de la justicia ordinaria, la cual ya se aparta del ámbito administrativo de las herramientas antes descritas, dentro de esta se encuentra el procedimiento especial que consten la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, debido a que en estos casos el tarjetahabiente, el emisor y en los casos que correspondiere el establecimiento, deberían demostrar el incumplimiento contractual en la que incurrió cualquiera de las partes.

Como se describió anteriormente, al existir las suficientes herramientas tanto para los consumidores en general como para los usuarios del sistema financiero, considero que no se está dejando de ninguna manera desprotegido a quienes realizan transacciones por medio de comercio electrónico, inclusive para las transacciones en el exterior, ya que las alertas que emiten las instituciones financieras a los consumidores corresponden tanto a transacciones locales como internacionales.

En función de lo antes expuesto, las transacciones que se realizan por medio de comercio electrónico con tarjetas de crédito se encuentran debidamente reguladas, tanto desde el punto de vista contractual, como desde el punto de vista de seguridades para los usuarios del sistema, lo cual da lugar a que de ninguna manera el usuario financiero se encuentre desprotegido en este tipo de transacciones.

Bibliografía

Álvarez Didyme-Dome Manuel José, *Contratos Mercantiles*, Universidad de Ibagué, Ibagué – Colombia, 2012

Cano Rico José Ramón, *Manual Práctico de Contratación Comercial*, Tomo II, 5ta. Edición, Madrid – España, Editorial Tecnos, 2002.

Carranza Torres Luis R.- Rossi Jorge O., *Derecho del Consumidor: Derechos y Acciones de Resguardo de los Consumidores y Usuarios*, 1ra. Edición, Córdoba – Argentina, Alveroni Ediciones, 2009.

Farina Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, 3ra. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

Fernández Fernández Rodolfo, *El Contrato Electrónico: Formación y Cumplimiento*, España, Librería Bosch S.L., 2013.

Gobierno de Canarias, *La Noción de Orden Publico en el Constitucionalismo Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

Mariño López Andrés, *Responsabilidad por Utilización Indevida de Tarjetas de Crédito*, 1ra. Edición, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2004.

Matheus de Ros Rafael, *Derecho de Internet Contratación Electrónica y Firma Digital*, Coordinadores: Rafael Matheus Ros y Juan Manuel Cendoya Mendez de Vicio, El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica, 1ra. Edición, Editorial Arazandi, 2000, Navarra

Ovalle Favela José, *Derechos del Consumidor*, 1ra. Edición, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Rodriguez Azuero Sergio, *Contratos Bancarios Su Significación en América Latina*, 5ta. Edición, Colombia, Legis Editores S.A., 2003,

Villegas Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Tomo II, 1ra. Edición, Buenos Aires, El Autor, 2005.

Sequeira Adolfo – Gadea Enrique – Sacristan Fernando (Dirección), *Contratación Bancaria*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2007.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20-X-2008.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial 332, 12-IX-2014.

Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Ley 2000-21, Suplemento del Registro Oficial 116, 10-VII-2000.

Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, Registro Oficial 375, 13 –XI-2014.

Resolución 043-2015-F (Expídase las Normas que Regulan la Segmentación de la Cartera de Créditos de las Entidades del Sistema Financiero Nacional), Registro Oficial 483, 21-VI-2015

Resolución 059-2015-F (Reformatoria a la Resolución 043-2015-F), Suplemento de Registro Oficial 492, 4-V-2015

Reglamento Para El Control De Las Ventas a Crédito y de la Emisión de Tarjetas de Circulación Restringida, por Parte de las Compañías Sujetas a la Supervisión, Resolución SC-DSC-G-11-016 (Registro Oficial 639, 13-II-2012)