

## CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE EL CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO<sup>1</sup>

**Pascual Martínez Espín**

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** El artículo analiza dos cuestiones prácticas sobre el contrato de tarjeta de crédito: plazo y forma de preaviso para modificaciones del contrato y validez de la certificación unilateral del saldo deudor.

**Palabras clave:** Contrato de tarjeta de crédito, modificaciones del contrato, certificación unilateral de deuda.

**Title:** Practical issues on credit card agreement

**Abstract:** Credit card contract, contract modifications, unilateral debt certification.

**Keywords:** The article identifies two practical issues regarding the credit card agreement: timing and form of notice for contract modifications, unilateral certification validity of the debt balance.

**SUMARIO.** 1. Plazo y forma de preaviso para modificaciones del contrato de tarjeta de crédito. 2. ¿Es válida la certificación unilateral que acredita el saldo deudor final ante la falta de acreditación por el consumidor del abono de tales débitos?

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

Este artículo tiene por objeto analizar dos cuestiones prácticas que plantean los contratos de tarjetas de crédito.

## 1. Plazo y forma de preaviso para modificaciones del contrato de tarjeta de crédito.

En concreto se plantea la validez de la siguiente cláusula: .../...

15. MODIFICACIONES. El presente contrato podrá ser modificado por \_\_\_\_\_. Las modificaciones que afecten a los tipos de interés, comisiones o gastos repercutibles, se comunicarán a las personas titulares mediante publicación con dos meses de antelación en los tablones de anuncios de \_\_\_\_\_ y comunicación personal, al domicilio que hayan indicado, con una antelación de 15 días. Transcurrido dicho plazo sin formularse oposición expresa se entenderán aceptadas las nuevas condiciones. También se entenderán aceptadas cuando tras la comunicación o publicación indicadas se produjera la utilización de la tarjeta por su titular. .../..."

A tenor de lo establecido el artículo 22 apartado 1 de la Ley de Servicios de Pago (Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; BOE núm. 275, de 14-11-2009):

"Artículo 22. Modificación de las condiciones del contrato marco.

1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el artículo 18 de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago.

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad. Cuando se haya convenido así, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones". (El subrayado es nuestro).

En este tema se plantean dos cuestiones:

a) Forma y plazo de preaviso

A la luz del precepto transcrito, la comunicación de las modificaciones del contrato debe ser realizada de manera individualizada (mediante papel u otro soporte duradero) con una antelación no inferior a dos meses respecto a la fecha de entrada en vigor de la modificación, no siendo ajustado a derecho lo establecido en la condición 15 trascrita anteriormente ("comunicación personal, al domicilio que hayan indicado, con una antelación de 15 días") ya que la publicación en el tablón de anuncios no se considera una comunicación de manera individualizada. Por el contrario, sí existe comunicación individualizada cuando, en caso de contratación de banca por internet, las modificaciones se realizan a través de los propios servicios (vgr. remitidas al correo electrónico, bandeja de SMS o intraweb). La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n. 9 de Madrid, de fecha 8 de septiembre de 2011 califica una cláusula similar como abusiva, si bien no accede a la acción de cesación al faltar el presupuesto de su aplicación (su utilización actual):

"La demandada no niega que se trate de un condición abusiva, si bien manifiesta que por error material aparece formalmente en el contrato de tarjetas, pero en todo caso no se está aplicando ni en los nuevos contratos ni tampoco en los suscritos con anterioridad, extremo este que resulta acreditado a través del documento núm. 5 aportado por BBVA, por lo que efectivamente falta el presupuesto material de la acción de cesación ejercitada".

#### b) Aceptación tácita de las modificaciones

Se cuestiona también la validez de la cláusula "También se entenderán aceptadas cuando tras la comunicación o publicación indicadas se produjera la utilización de la tarjeta por su titular"...

Como se ha señalado anteriormente, la Ley prevé, cuando se haya convenido así, que el proveedor de servicios de pago informe al usuario que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, "el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones".

El precepto se refiere a la no comunicación expresa de la aceptación en el plazo de dos meses que prevé la Ley. Pero ello exige: acuerdo previo; comunicación de la modificación de las condiciones por el proveedor de servicios; ausencia de respuesta por el consumidor en el plazo de 2 meses anteriores a la entrada en vigor; información posterior comunicando la aceptación y la posibilidad de resolver del contrato de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha de entrada en vigor de las modificaciones.

Por tanto, no es posible aplicar las modificaciones con carácter previo a esta comunicación; la carga de la prueba de todos estos aspectos corresponde al proveedor de servicios de pago (art. 20 Ley 16/2009).

Ahora bien ¿puede entenderse válida la cláusula que prevé la aceptación de la modificación por un acto presunto? Esto es ¿se entiende aceptada la modificación por el hecho de usar la tarjeta dentro del plazo de que goza el consumidor para aceptar o rechazar?

La respuesta ha de ser negativa pues no cabe una aplicación extensiva del precepto para supuestos no previstos en el mismo, restringiendo con ello los derechos del consumidor, por lo que le es aplicable la doctrina de la interpretación "contra proferentem" (art. 1.288 CC). El propio artículo 22 de la Ley 16/2009 sólo prevé la aplicación inmediata para todas aquellas modificaciones "que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago", lo que no sucede en el presente caso. Entender lo contrario supondría renunciar al plazo legal, el cual, ha de entenderse como imperativo y, por tanto, irrenunciable. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la Ley no vinculará al consumidor.

## **2. ¿Es válida la certificación unilateral que acredita el saldo deudor final ante la falta de acreditación por el consumidor del abono de tales débitos?**

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la SAP Valencia (Sección 9ª), núm. 121/2012 de 2 abril (JUR 2012\217947), confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 16, de 21 septiembre 2011 (JUR 2012\262229). El recurso de apelación se fundamenta en el hecho de que la certificación aportada de contrario se basaba en la cláusula décimo-sexta del contrato, que permite a la actora fijar, sin contradicción alguna la liquidación de la deuda a reclamar. Cita al respecto sentencia dictada por esa misma Sala para concluir que la certificación se fundamenta en una cláusula contractual de adhesión que la parte recurrente considera nula. En tanto considera no acreditada la deuda reclamada por lo indicado, alega no proceder tampoco daños y perjuicios, esto es intereses, solicitando nueva resolución por la que se desestime la demanda inicial de las actuaciones con imposición de costas en ambas instancias a la parte demandante. La SAP citada concluye que "aunque se declarase la nulidad de la cláusula del pacto de liquidación unilateral de deuda, tal declaración al no suponer la nulidad del contrato en su totalidad, meramente exigiría que la entidad demandante acreditase la realidad del importe reclamado".

Cierto es que las cantidades reclamadas vienen reflejadas en certificación al efecto librada por la entidad demandante, y que según lo establecido en la cláusula décimo-sexta del contrato, tal certificación no podía ser impugnada o no ser admitida en su contenido por el deudor, pero no menos cierto es que la parte recurrente no adujo en el momento procesal oportuno la nulidad absoluta

del negocio en que se fundaba la pretensión de la contraparte por vía de demanda reconvenzional, tal y como exige el artículo 408.2 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892). En la SAP Valencia de fecha 28 de septiembre de 2005 en la que las condiciones generales de dicho contrato aparecen impresas después de las particulares y carecen de firma de los contratantes, estableciéndose como cláusula general 16ª la siguiente: "En caso de reclamación judicial, las partes convienen que el saldo líquido exigible adeudado que hará fe en juicio, será la el que arroje la contabilidad de la Caja acreditado mediante certificación expedida por la misma, sin posibilidad de ser impugnado o no admitir su contenido, y reconociendo el deudor o deudores al mismo por anticipado plena eficacia en juicio". El contenido de cláusula idéntica a la que se acaba de transcribir ya fue objeto de análisis y valoración por ese Tribunal, indicando en sentencia de fecha 10 de julio de 2002 (Pte. Sr. Caruana.), (Rfª El Derecho 2002/45773) lo siguiente: "Esta cláusula se tilda por el demandado de nula o por no incorporada a la vista del contenido de la Ley 7/1998, apreciación con la que mostramos nuestra conformidad. A la operación bancaria concertada le es de plena aplicación la Ley 7/1998 de 13 de abril ( RCL 1998, 960 ), sobre Condiciones Generales de Contratación, dado que ya estaba vigente a la hora de perfeccionarse el contrato, al ser un negocio de adhesión cuyos pactos generales están predispuestos e incorporados al contrato por la entidad profesional de la financiación, con la finalidad de estar acompañadas a las operaciones que de igual corte efectúa la entidad Bancaria y el adherente es una persona física (Artículo 1 y 2 de la citada Ley). ... la Sala considera como principal motivo grave de nulidad de tal cláusula, el impedimento absoluto de una parte contratante a poder fijar e intervenir en las operaciones de liquidación de la deuda y que únicamente puede ser fijada por la Caja de forma unilateral y sin poder ser objeto de discusión ni fuera ni dentro del proceso judicial. Es decir tanto la parte como el órgano judicial tendrían que estar y pasar por el certificado que emite la propia Caja, sin posibilidad de contradicción en proceso judicial, aspecto contrario al derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva, sentado en el artículo 24 de la Constitución Española. La determinación de deuda en operaciones crediticias, que por ende exigen una actividad liquidadora, en los términos expresados en dicha cláusula, no puede ser establecida exclusivamente por una sola parte contratante sin posibilidad de intervención o impugnación por la contraria, ya que es contraria no sólo al artículo 1256 del Código Civil que proscribe dejar a una de las partes el efectivo cumplimiento de los contratos, sino que igualmente es contraria al principio de justo equilibrio de prestaciones, y el artículo 10 bis de la ley 26/1984 considera abusiva toda aquella cláusula que no negociada individualmente esté en contra y en perjuicio del consumidor causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y por consiguiente es un pacto nulo por aplicación del artículo 8-2º de la citada ley 7/1998".

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 26/1984, entonces vigente, ha de declararse la nulidad del pacto de liquidación (cláusula 16ª), no la del total contrato de crédito, de modo que la única consecuencia

que de ello deriva es que la entidad habrá de acreditar en autos la realidad del saldo reclamado...".

Por tanto, aún declarándose la nulidad de la cláusula décimo-sexta del contrato de tarjeta, tal declaración al no suponer la nulidad del total contrato meramente exigiría que la entidad demandante acreditase la realidad del importe reclamado, siendo que en el caso de autos, y a tenor de la prueba documental practicada, tal extremo ha quedado probado. Así, además de la certificación unilateral que la financiera acompañaba a su inicial demanda de juicio monitorio, se incorporó a los autos el histórico de movimientos correspondiente a la cuenta del consumidor en la que se cargaban las disposiciones realizadas por medio de la tarjeta y en el que se reflejan los distintos cargos que han motivado el saldo deudor final, sin que de contrario se haya acreditado el abono de tales débitos conforme a la carga probatoria que al efecto establece el artículo 217 de la LEC.

Con relación a la prueba de la cantidad reclamada, la AP Vizcaya (Sección 3ª), en sentencia núm. 198/2006 de 22 marzo (AC 2006\515), desestimó la reclamación de cantidad por falta de acreditación del origen de la deuda. A juicio de este Tribunal, es cláusula abusiva la fijación unilateral del saldo deudor por entidad bancaria impidiendo su discusión fuera o dentro del proceso judicial. La Sala considera que, alegándose la insuficiencia probatoria por parte de la entidad, de la deuda objeto de su reclamación en base a su propia certificación de liquidación, deviene obligado el análisis del contrato como principal motivo a examinar, apreciándose que conforme a la condición general octava, se establece que «En caso de demora en el pago de algún recibo, se devengará desde la fecha del vencimiento, un interés nominal del 2%, mensual (TAE 28,32%) sobre la cantidad adeudada y una comisión de devolución del 3%», estableciéndose unos importes mínimos conforme a los importes de compra, y seguidamente dicha condición general establece: «Será prueba suficiente de la cantidad reclamada, certificación expedida por el Banco del saldo deudor de la cuenta de la tarjeta, teniendo dicho saldo la consideración de cantidad líquida y exigible a los efectos de pago, reconociéndole por anticipado el Titular-deudor plena eficacia en juicio». En tal sentido podría predicarse la nulidad de tal cláusula, toda vez que el impedimento absoluto de una parte contratante a poder fijar e intervenir en las operaciones de liquidación de la deuda y que únicamente puede ser fijada por el Banco de forma unilateral y sin poder ser objeto de discusión ni fuera ni dentro del proceso judicial. Es decir tanto la parte como el órgano judicial tendrían que estar y pasar por el certificado que emite el propio Banco, sin posibilidad de contradicción en proceso judicial, aspecto contrario al derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva, sentado en el artículo 24 de la Constitución Española. La determinación de deuda en operaciones crediticias, que por ende exigen una actividad liquidadora, en los términos expresados en la condición, no puede ser establecida exclusivamente por una sola parte contratante sin posibilidad de intervención o impugnación por la contraria, ya que es contraria no sólo al artículo 1256 del Código Civil que proscribía dejar a una de las partes el efectivo cumplimiento de los contratos, sino que igualmente es contraria al

principio de justo equilibrio de prestaciones, y el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 considera abusiva toda aquella cláusula que no negociada individualmente esté en contra y en perjuicio del consumidor causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y por consiguiente sería un pacto nulo por aplicación del artículo 8-2º de la citada Ley 7/1998». Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 26/1984, habría de declararse la nulidad del pacto de liquidación, no la del total contrato de crédito. Obsérvese que en esto hay unanimidad en la jurisprudencia. Sin embargo, la diferencia está en la prueba de la cantidad reclamada. Declarada la nulidad de la cláusula en virtud de la cual la parte actora había fijado el saldo deudor reclamado, no cabe aceptar como prueba de su realidad la certificación que se acompañaba a la demanda y no acompañándose ningún otro documento del que resulte la realidad de las disposiciones que con cargo a la tarjeta hubiera hecho la señora bien extracto de movimientos de la cuenta vinculada a la tarjeta, bien justificantes de compras o de disposición o cualquier otro que pudiera permitir establecer la realidad de ese saldo deudor que se imputa la conclusión no puede ser otra por tanto que la desestimación de la demanda inicial de las actuaciones, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la LECiv. En el mismo sentido SAP Valencia 10/07/02 [JUR 2002, 244395] y 28/09/05 [JUR 2005, 274604].

Exigir, por las citadas razones, que el demandado pruebe que no debe nada, supondría, además de un desplazamiento de la carga probatoria, la necesidad de que probase hechos de naturaleza negativa, que supone una prueba diabólica, es decir, de imposible realización, cuando por el contrario la entidad actora de acuerdo con la regla de la facilidad probatoria, tiene a su disposición la documentación correspondiente a la deuda reclamada. De ahí que la entidad actora, ante la negativa del demandado, postura que en principio no puede calificarse de absurda e injustificable, ha debido aportar, al menos, la documentación propia indicativa de la procedencia de la deuda. Al reclamarse el saldo deudor de una tarjeta, la referencia a los establecimientos en donde se realizaron las compras y, en su caso, los cajeros donde se realizaron extracciones. No se puede negar la reconocida solvencia en general de las entidades bancarias, al ser necesario para generar confianza en las operaciones bancarias, que es extensible sólo referidos a los empleados, sino a los sistemas informáticos y demás elementos necesarios para el correcto funcionamiento de la actividad que desarrolla, de ahí los múltiples controles legales, pero ello no puede llegar a otorgarle una presunción de veracidad provocando un desplazamiento probatorio, de modo que sea el demandado quien tiene que destruirlo, máxime cuando la entidad actora se está limitando a realizar una reclamación en base a unos datos informáticos, pero que no es capaz de acreditar el origen de dicha deuda, admitir esa presunción, que por lo demás no se encuentra recogida en ninguna norma, supondría quebrantar los principios que inspiran el proceso y sobre todo su finalidad, porque, como ya se ha señalado, le situaría en una situación preponderante y prevalente al liberarle de probar, en gran medida, los hechos que fundamenta su pretensión, con la evidente inseguridad que ello generaría (en el mismo sentido A.P. Sevilla 17/02/05 [JUR 2005, 139546]).

La AP Valencia (Sección 9ª), en sentencia núm. 407/2005 de 28 septiembre (JUR 2005\274604) desestimó la reclamación de cantidad por considerar como abusiva la cláusula de fijación unilateral de saldo líquido exigible reconociéndole por anticipado plena eficacia en juicio. Si bien en el final de tal parte del contrato falta la firma del adherente que de forma indubitada implique su perfecto conocimiento y aceptación, pues la firma y rúbrica se hace debajo de las condiciones particulares y en ellas no se hace mención a la aceptación de las generales, así como la tipografía empleada para ese condicionado general, con un tamaño de letra harto minúscula y con una compresión, que dificultan enormemente su legibilidad, aspecto que es contrario a la sencillez, claridad y transparencia exigida en el artículo 5-4º de la citada Ley, al igual que contrario a la exigencia establecida en el artículo 10 de la Ley de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conllevando una práctica bancaria rechazable, la Sala considera como principal motivo grave de nulidad de tal cláusula, el impedimento absoluto de una parte contratante a poder fijar e intervenir en las operaciones de liquidación de la deuda y que únicamente puede ser fijada por la Caja de forma unilateral y sin poder ser objeto de discusión ni fuera ni dentro del proceso judicial. Es decir tanto la parte como el órgano judicial tendrían que estar y pasar por el certificado que emite la propia Caja, sin posibilidad de contradicción en proceso judicial, aspecto contrario al derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva, sentado en el artículo 24 de la Constitución Española. La determinación de deuda en operaciones crediticias, que por ende exigen una actividad liquidadora, en los términos expresados en dicha cláusula, no puede ser establecida exclusivamente por una sola parte contratante sin posibilidad de intervención o impugnación por la contraria, ya que es contraria no sólo al artículo 1256 del Código Civil que proscribe dejar a una de las partes el efectivo cumplimiento de los contratos, sino que igualmente es contraria al principio de justo equilibrio de prestaciones, y el artículo 10 bis de la ley 26/1984 considera abusiva toda aquella cláusula que no negociada individualmente esté en contra y en perjuicio del consumidor causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y por consiguiente es un pacto nulo por aplicación del artículo 8-2º de la citada ley 7/1998".

Declarada la nulidad de la cláusula en virtud de la cual la parte actora había fijado el saldo deudor reclamado, no cabe aceptar como prueba de su realidad la certificación unilateral, y no acompañándose ningún otro documento del que resulte la realidad de las disposiciones que con cargo a la tarjeta hubiera hecho la consumidora -bien extracto de movimientos de la cuenta vinculada a la tarjeta, bien justificantes de compras o de disposición en cajeros automáticos o cualquier otro que pudiera permitir establecer la realidad de ese saldo deudor que se imputa- la conclusión no puede ser otra que la desestimación de la demanda inicial de las actuaciones, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC.