Santiago, 13 de mayo de 2019.

Presentación ante la Comisión de Economía del H. Senado, con motivo del Proyecto de Ley que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito. (Boletín N° 11.078-03).

Junto con agradecer la invitación formulada por el Honorable Senador sr. José Miguel Durana Semir, en su carácter de Presidente de la Comisión de Economía del H. Senado, para fines de participar en la sesión que se celebrará el día quince de mayo en curso en la ciudad de Valparaíso, en mi carácter de Director Independiente del Banco de Crédito e Inversiones y Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, me permito enviar esta minuta que contiene los aspectos fundamentales de la exposición que efectuará el suscrito en esa oportunidad, en lo concerniente a las modificaciones que introdujo la H.Cámara de Diputados al Proyecto de Ley que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas en lo relativo a la responsabilidad del usuario y del emisor en casos de uso fraudulento de estos medos de pago.

Para un mejor orden de la exposición y dada la materia específica objeto de esta opinión, estimo conveniente referirme en forma previa al ámbito de aplicación de esta normativa y luego efectuar una síntesis de cada uno de los artículos contenidos en el Proyecto original y que fueron objeto de modificación en su segundo trámite constitucional ante la H. Cámara de Diputados.

I.) Ámbito de aplicación.

Este Proyecto de Ley tuvo por propósito original modificar y complementar la Ley 20.009, que estableció la regulación aplicable en materia de responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito y de su emisor en caso de robo, extravío o hurto de ese medio de pago por la vía de eximir a su titular de cualquier responsabilidad patrimonial posterior siempre que mediara el aviso respectivo a la institución financiera, para lo cual se estableció el deber jurídico de ésta de contar con los medios tecnológicos que permitan proveer al tarjetahabiente de servicios de comunicación, con acceso gratuito y permanentes, con la finalidad de recibir y registrar tales avisos, así como proceder a bloquear de inmediato la respectiva tarjeta.

Con todo, la exclusión de responsabilidad no es absoluta, en el sentido de que al titular de la tarjeta le favorece una presunción legal por cuanto le corresponde al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el titular de la tarjeta.

No obstante, en esa legislación no se contempló un tratamiento jurídico aplicable a las transacciones que no fueron consentidas por el titular de la tarjeta y que se realizaron con anterioridad al aviso, por las razones de política pública que expresamente constan en la historia de esa Ley, especialmente en cuanto a no incentivar el fraude y la complejidad de establecer un sistema obligatorio de seguro, dada su incidencia en los costos de transacción.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia ha resuelto que en este último caso la Ley 20.009 solo priva al titular de beneficiarse de la presunción indicada y por ende le corresponde acreditar la responsabilidad del proveedor para eximirse del pago, conforme a las reglas generales que rigen la prueba establecidas en el artículo 1698 del Código Civil.

Se ha estimado que si bien esta normativa cumple con el objetivo de desvincular al titular de la tarjeta de la responsabilidad de pago en los casos señalados en esa legislación, presenta complejidades para su titular en aquellos casos en que no ha podido advertir o percatarse de la ocurrencia de las situaciones indicadas para fines de otorgar el aviso, materia que en definitiva ha quedado sujeta al criterio de los emisores respecto de la buena fe de su cliente y, en último término, de los Tribunales de Justicia quienes, al resolver estas materias, han considerado en general la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual contenidas en la legislación civil o de responsabilidad infraccional de que trata el artículo 50 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, disposición legal que sólo exige, para efectos de determinar las indemnizaciones a cargo del proveedor de servicios financieros el daño y la existencia del vínculo contractual que liga al infractor con el consumidor afectado.

En efecto, las operaciones descritas en el Proyecto inciden en los contratos de apertura de crédito que celebran los emisores de tarjetas de crédito con sus clientes; de cuenta corriente bancaria o cuenta vista tratándose de la tarjeta de débito o de transferencias bancarias; y el que acuerda el emisor con el titular de una tarjeta de pago con provisión de fondos nominativa, en su caso, por lo que rige la legislación general en el ámbito contractual y las disposiciones de la Ley N° 19.496, por tratarse de contratos de servicios financieros regidos por esa Ley siempre que el titular tenga el carácter de consumidor para fines de esa legislación.

Dado el objeto específico de esta invitación, se hará referencia a los artículos del Proyecto de Ley en los términos en que han sido aprobados por la H. Cámara de Diputados en su sesión N° 12, celebrada con fecha nueve de abril del presente año y que en lo esencial, si bien se mantiene la separación entre los cargos efectuados a los usuarios de servicios financieros titulares de medios de pago por la vía de distinguir entre aquellos realizados en forma previa o posterior al aviso sobre extravío, hurto o robo de la tarjeta por parte de su titular al emisor de ella y se agrega la hipótesis de fraude para incluir bajo ese concepto otros procedimientos ilícitos, se modifica sustancialmente el régimen de responsabilidad respecto de los cargos efectuados por el emisor en una fecha anterior a la del aviso, en términos de obligar al emisor del medio de pago a acreditar que la operación fue autorizada por el usuario, esto es que aquél prestó su consentimiento respecto de ella, sin que sea suficiente su registro en la misma institución.

II.) Comentarios sobre los artículos del Proyecto aprobados por la H. Cámara de Diputados.

En primer término, se reemplazó la denominación del Proyecto de Ley aprobado por el H. Senado por “Establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude” lo que es concordante con el ámbito de aplicación que se fija en el artículo 1° del Proyecto, que contempla los medios de pago a que se refiere aquél.

1.) En el artículo 1° se indican los diversos medios de pago de general aceptación, que quedan sujetos al régimen de responsabilidad aplicable en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de pago, lo que incluye las tarjetas de crédito, débito o de pago con provisión de fondos; así como cualquier otro sistema similar, siempre que se trate de aquellas emitidas y operadas por entidades sujetas a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero y a la regulación del Banco Central de Chile, en relación con el respectivo giro de emisión u operación de dichos instrumentos.

Por consiguiente, la nueva regulación contenida en el Proyecto se aplica a los medios de pago indicados, emitidos u operados por las empresas bancarias, por los emisores y operadores de tarjetas, sujetos a autorización de existencia y a la obligación de inscribirse en el Registro respectivo a cargo de la actual Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que a contar del primero de junio próximo quedará integrada en la Comisión para el Mercado Financiero y, por último, las que emitan las cooperativas de ahorro y crédito sujetas a supervisión por parte de esa autoridad pública.

Sin perjuicio de lo expuesto, se regula también el mismo régimen de responsabilidad para los casos de aquellas tarjetas de pago emitidas y operadas por entidades no sujetas a fiscalización y regulación de los organismos antedichos, como ocurre con las denominadas tarjetas cerradas que únicamente son recibidas en los establecimientos comerciales pertenecientes al mismo grupo empresarial del emisor, salvo disposición expresa en contrario.

Se incluyen también los fraudes cometidos en transacciones electrónicas, que originen cargos y abonos o giros de dinero en cuentas corrientes bancarias, cuentas de depósito a la vista, cuentas de provisión de fondos y, en términos amplios, transferencias electrónicas de fondos, avances en efectivo, giros de dinero en cajeros automáticos y demás operaciones electrónicas, siempre que se encuentren contempladas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivos, a las que indistintamente denomina bajo el término “medios de pago”.

A su vez, corresponde destacar que para efectos de computar los plazos de días hábiles contenidos en ese Proyecto de Ley, se consideran como tales los días hábiles bancarios a que se refiere el artículo 38 de la Ley General de Bancos.

Sobre el particular, se estima que los términos del Proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados en cuanto al ámbito de su aplicación son concordantes con las normas e instrucciones vigentes sobre medios de pago de general aceptación impartidas por el Banco Central de Chile en uso de las potestades públicas que se le confieren en el artículo 35 de su Ley Orgánica Constitucional, particularmente en sus numerales 1 y 7, como también con la reglamentación dictada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en uso de sus atribuciones legales, sin perjuicio de lo cual corresponde indicar desde ya que en virtud de sus normas se altera sustancialmente el contenido y la aplicación de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico tanto en materia de responsabilidad contractual como infraccional, al establecerse un régimen propio de responsabilidad en los artículos 5° y 6° del Proyecto y que además resultan contradictorios entre sí, lo que haría compleja y dificultaría evidentemente su aplicación e interpretación en caso de aprobarse en esos términos.

En todo caso, dado el objetivo del Proyecto referente a regular tanto la responsabilidad que recae sobre el emisor como la del usuario de medios de pago de general aceptación, se estima conveniente referirse previamente a la regulación dictada por el Instituto Emisor en uso de su potestad normativa y que se encuentra contenida en el Capítulo III.J.1 de su Compendio de Normas Financieras, en especial lo señalado en el numeral 10 del Título I en que se obliga a los emisores a establecer políticas de gestión y control en materia de riesgos tecnológicos y de fraude, las que deben ser aprobadas por el Directorio del respectivo emisor del medio de pago así como la estructura organizacional y los procedimientos internos conducentes a su adecuada implementación y cumplimiento.

Además, se les obliga a contar con un documento único de Políticas de Gestión y Control de Riesgos, distinguiendo las políticas y controles específicos aplicables a cada clase de medios de pago que emitan y sus contenidos mínimos, que deben incluir las medidas necesarias para resguardar la continuidad operacional, como también las de ciberseguridad y de otra índole adoptadas para prevenir y mitigar los riesgos de fraude y, en general, sobre los demás aspectos que instruya la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para los fines antedichos, considerando las mejores prácticas en la materia.[[1]](#footnote-1)

Por otra parte, al disponerse en el numeral 11 del Título II. de ese Capítulo las regulaciones mínimas que deben contener los contratos que celebren los emisores de las tarjetas de pago con los usuarios, se contemplan las medidas de autentificación y seguridad relacionadas con el uso de la tarjeta, como asimismo los resguardos para precaver su uso indebido junto con los procedimientos y obligaciones suscitadas en caso de robo, hurto, pérdida, adulteración o falsificación del medio de pago.

Además, corresponde indicar que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en materia de transferencias electrónicas de información y fondos, en el Capítulo 1-7 de su Recopilación Actualizada de Normas, dispuso los requisitos aplicables a la prestación de servicios bancarios y la realización de operaciones interbancarias que se efectúan mediante transmisiones de mensajes o instrucciones a un computador conectado por redes de comunicación propias o de terceros desde otro computador o mediante el uso de diversos dispositivos electrónicos tales como cajeros automáticos, teléfonos y PINPAD. Para tales efectos, exigió que en forma previa se celebre un contrato de prestación de servicios financieros entre la empresa bancaria y su cliente a objeto de establecer los derechos y responsabilidades que asumen, particularmente acerca del respaldo de las transacciones, perfiles de seguridad que garanticen que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas, permitir su bloqueo a través de las claves de acceso o autenticación y disponer límites por montos de las transferencias.

En cuanto a las transferencias electrónicas entre clientes de distintas empresas bancarias mediante redes públicas de comunicaciones, la Superintendencia dispuso que para fines de su realización los canales electrónicos que se utilicen tienen que contar con privilegios idóneos de autorización y medidas de autenticación, controles de acceso e infraestructura de seguridad destinada a resguardar la integridad de los datos, para lo cual se contempla, entre otras, la exigencia de firma digital avanzada para aquellas transferencias que determine la propia empresa bancaria.

Ahora bien, en materia de prevención de fraudes se estableció que las empresas bancarias tienen que contar con sistemas o procedimientos que permitan identificar, evaluar y detectar en el menor tiempo posible aquellas operaciones con patrones de fraude, de modo de prevenir actividades u operaciones potencialmente fraudulentas para sus clientes.

La existencia de esta regulación y su supervisión explica lo señalado recientemente por una alta autoridad pública, quien afirmó en lo concerniente al Proyecto de Ley sobre fraudes bancarios que en Chile, con una bancarización de un 97%, se mantienen bajos niveles de fraude inclusive en relación con otros países miembros de la OECD, lo que lleva a analizar los aspectos antedichos en lo referente al régimen de responsabilidad especial que se consagra en ese Proyecto de Ley en sus artículos 5° y 6°.[[2]](#footnote-2)

2.) En el artículo 2° del Proyecto se perfecciona el sistema vigente establecido por la Ley 20.009, en cuanto se permite a los titulares o usuarios de medios de pago definidos en los términos amplios a que se aludió al hacer referencia al artículo 1°, limitar su responsabilidad en caso de hurto, robo, extravío o fraude por la vía de dar aviso oportuno al emisor.

En este contexto, se obliga a los emisores a proveer al usuario todos los días del año, las veinticuatro horas del día, de canales o servicios de comunicación que permitan registrar tales avisos y proceder de inmediato al bloqueo del respectivo medio de pago, en lo atinente a efectuar pagos o transferencias electrónicas, con lo que se precisa el contenido y alcance de este deber legal.

Se determina, en todo caso, que puede encomendarse el cumplimiento de esta obligación legal a un operador de medios de pago, siempre bajo la responsabilidad del emisor.

3.) En el artículo 3° se modifica el sentido y extensión de la norma vigente en lo concerniente a si los medios de pago, entendidos el concepto amplio contenido en el Proyecto, se utilizan con posterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, se responsabiliza al emisor de tales operaciones y sus consecuencias patrimoniales para el cliente, aun cuando en su redacción se utiliza el término “consecuencias económicas”, lo cual convendría revisar.

Por efecto de esta nueva noción, se consigna en el inciso segundo que el usuario queda liberado de responsabilidad por estos conceptos, sin perjuicio de aquella de índole penal que pudiere corresponderle conforme a esa legislación con motivo del extravío, hurto, robo o fraude.

A mayor abundamiento, en el inciso tercero se prescribe que las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el usuario se tienen por no escritas.

En opinión del suscrito, en virtud de esta disposición se modifica entonces la presunción legal de responsabilidad que pesa sobre el emisor en tales casos, por la vía de imponerle directamente la obligación de responder con su patrimonio de las operaciones que pueda cursar con posterioridad al aviso, lo que debe entenderse en el contexto de asignársele culpa grave por su actuación en tales casos de modo armónico con el ordenamiento jurídico general que rige en materia de responsabilidad contractual y asimismo en aquella de índole infraccional regulada en la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Ello se justificaría en razón de que la empresa bancaria no cuenta con los sistemas informáticos y operativos que permitan prevenir este tipo de fraudes en los términos que se les exigen en la normativa que las rigen, una vez que ha tomado conocimiento del aviso del cliente otorgado en conformidad a la normativa legal..

4.) En el artículo 4° del Proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados se regula en términos distintos a los previstos en la Ley 20.009 la responsabilidad del titular del medio de pago, tratándose de operaciones cursadas por el emisor con anterioridad a que el primero otorgue el aviso contemplado en el artículo 2°.

Sobre el particular, se faculta al usuario para reclamar al emisor respecto de aquellas operaciones sobre las cuales desconoce haber otorgado su autorización o consentimiento y para tal efecto se le otorgan a título de alternativas la opción de hacerlo en el mismo acto del aviso o en el plazo de hasta cinco días hábiles siguientes a su expedición. En el Proyecto, para efectos del derecho que se concede al usuario, sólo se indica que debe dar el aviso tan pronto tome conocimiento de las operaciones autorizadas, cuestión de hecho que en los términos que se encuentra prevista dará inevitablemente origen a controversias, por cuanto parecería indudable que existiría tal conocimiento desde el momento en que recibe la respectiva cartola mensual o de otro antecedente que haga presumir tal circunstancia.

En consecuencia, dado que tampoco se establece un plazo determinado para que el cliente efectúe el reconocimiento de las operaciones que habría realizado se genera otro factor de incertidumbre que correspondería precaver, considerando para ello los precedentes legislativos contenidos en otras legislaciones mercantiles y que han resultado exitosos, como es el caso de lo previsto en el artículo 4° de la Ley sobre Cuentas Bancarias y Cheques. En ese precepto legal, se impone al cliente el deber jurídico de efectuar el reconocimiento de los saldos de las cuentas corrientes que el Banco le presente y tales saldos se tienen por aceptados si no fueren objetados dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la carta certificada que los contenga, lo que también resulta aplicable a los giros que efectúe el cuentacorrentista en cajeros automáticos y las transferencias electrónicas de fondos a terceros que se debiten en dicha cuenta.

De lo expuesto, se infiere la conveniencia de que se contemple la existencia de un plazo y que ese término único rija para todas las operaciones que se regulan en el Proyecto.

En este sentido, en lo relativo al conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas por el usuario se establece a título de presunción legal en favor del emisor la circunstancia de que él haya enviado una alerta de fraude al usuario, en que identifique las operaciones sospechosas y sujeta a que exista constancia de su recepción por parte del mismo, en los términos consignados en el contrato de prestación de servicios financieros, la que sin embargo quedaría sin aplicación dada la responsabilidad objetiva que se establece al emisor en el artículo 5° del Proyecto.

Cabe entonces advertir que se estatuye un deber de diligencia para el emisor propio de la culpa levísima, por lo que para quedar liberado de responder patrimonialmente en los términos que se establecen en el Proyecto, se le obligaría en la práctica a informar diariamente a su cliente y a través de los medios que se contemplen en el contrato aludido las operaciones que haya realizado en ese periodo, de manera de que éste tome conocimiento oportuno para los efectos de la aplicación de esta disposición legal.

Este deber, sin perjuicio de constituir una excepción a las reglas generales que rigen los efectos de las obligaciones e inclusive de aquellas que rigen el régimen de responsabilidad propio de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, incorpora la indudable dificultad que supone probar la circunstancia relativa a que la instrucción electrónica impartida por el titular no fuere dada por éste, ya que para ser cursada debió cumplir con las exigencias establecidas para este medio de pago por las autoridades reguladoras. En síntesis, ello implica probar un hecho negativo, lo que no es admitido por nuestra legislación.

Aparte de lo expuesto, corresponde consignar que la aplicación de este precepto en los términos en que se encuentra redactado podría a su vez implicar que los emisores de tarjetas de pago deban diferir las obligaciones contraídas con los comercios afiliados al sistema, que actualmente corresponde a un plazo máximo de dos días hábiles, mientras no transcurra el plazo de reclamación que se otorga al usuario en el Proyecto, ya que conforme a sus términos quedarían sujetos a incertidumbre y a criterio de la interposición del reclamo del propio usuario los cargos efectuados en sus tarjetas de pago con motivo de las compras de bienes o la adquisición de servicios que aquéllos hayan realizado, con los consiguientes efectos que podrían producirse en el sistema de pagos al afectarse la firmeza de las transacciones realizadas con estos medios de pago de general aceptación. Lo mismo ocurriría en cuanto a las transacciones efectuadas por los titulares de tarjetas en el exterior y que deben ser pagadas por los emisores a la marca internacional de la tarjeta en el plazo fijado en los contratos.

Agrava esta situación si se considera que en el Proyecto se limita el valor probatorio del registro de las operaciones cursadas por el emisor y en el cual constan íntegramente los antecedentes de la transacción, para efectos de que aquél pueda certificar tanto la autorización del usuario como demostrar que actuó de manera fraudulenta o con negligencia inexcusable, con lo que en la práctica el emisor quedaría privado del medio de prueba más idóneo para comprobar que la operación fue instruida y autorizada por el usuario.

Si bien se entiende el propósito perseguido por la norma, dada la dificultad en materia de prueba que representa el régimen jurídico vigente en lo atinente a las operaciones efectuadas con anterioridad al aviso, existen también otros bienes jurídicos cuya protección convendría considerar en este análisis, lo que haría necesario revisar su redacción en los términos expuestos , en particular, para fines de acotar dicho periodo y otorgar de este modo certeza a las transacciones que se efectúan con los establecimientos comerciales afiliados.

5.) Los artículos 5° y 6° del Proyecto aprobados por la H. Cámara de Diputados fueron incorporados en su segundo trámite constitucional y, a título de primer comentario, puede decirse que el texto de ambas disposiciones resulta contradictorio entre sí, por cuanto mientras el artículo 5° pareciera basarse en la denominada “teoría objetiva de responsabilidad” o “del riesgo”, la preceptiva contenida en el artículo 6° se basaría en la responsabilidad infraccional propia de la legislación que protege al consumidor y, en último término, alude a la responsabilidad contractual general.

Dado lo expuesto, se incurre en diversas contradicciones que convendría resolver por la vía de mantener sólo una de estas disposiciones ya que en los términos en que ambas se encuentran redactadas, aparte de la complejidad que reviste y que podría influir en su certeza jurídica, se hace difícil su aplicación e interpretación tanto por la autoridad administrativa como por los Tribunales de Justicia, a quienes les corresponderá resolver en esa sede las controversias que se generen.

Precisado este aspecto, estimo pertinente efectuar un breve análisis de ambas normas jurídicas, para posteriormente emitir una opinión sobre esta materia específica.

6.) En el artículo 5° se dispone en su primer inciso, en carácter de obligación del emisor, que éste debe proceder a cancelar los cargos efectuados a los titulares o a restituirles los fondos correspondientes dentro del plazo de siete días hábiles siguientes al reclamo en todas aquellas operaciones realizadas por sus clientes con anterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude siempre que se trate de operaciones cuya autorización fuere desconocida por el usuario, para lo cual cabría entender que se hace referencia al plazo para efectuarlo contenido en el artículo 4° de hasta cinco días hábiles.

A su vez y consecuente con lo expresado, en el inciso segundo se prohíbe al emisor ofrecer a los usuarios la contratación de seguros cuyos riesgos le corresponde asumir.

En su inciso final, se establece una excepción en beneficio del emisor para el caso que, en primer término, se acredite por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario ha participado en la comisión del delito que originó la responsabilidad del emisor, esto es, que su cliente haya tenido participación en el hecho punible de que se trate, ya sea en carácter de autor, cómplice o encubridor y que debe ser determinada por la justicia penal.

En otro aspecto, el Proyecto hace referencia como causal de exención de responsabilidad a que el usuario haya obtenido un provecho ilícito, lo que cabría entender se referiría a la hipótesis del delito civil que da origen a la responsabilidad extracontractual y, por último, que el cliente actuó con dolo o negligencia inexcusable facilitando su comisión, lo que se insertaría en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Por consiguiente, se exige la dictación de una sentencia firme o ejecutoriada para efectos de liberar al emisor de esta responsabilidad objetiva y que procede sólo en los casos antedichos, en circunstancias que se le obligó por ley a indemnizar de inmediato al cliente, lo que constituye una norma especialísima y excepcional en el contexto del régimen de responsabilidad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto sólo basta que el cliente otorgue el aviso o efectúe el reclamo en forma oportuna para que el emisor deba proceder a soportar con cargo a su patrimonio la respectiva indemnización, a pesar de tratarse de operaciones cursadas y aprobadas por el emisor conforme a las normas operativas y de seguridad que rigen a ese tipo de instrumentos financieros.

Por otra parte, en virtud de las exenciones de responsabilidad que se establecen en favor del emisor, junto con exigir la comisión de un ilícito civil o penal por parte del titular del medio de pago, se obliga a los emisores a probar en un procedimiento judicial la perpetración de tales delitos con lo que, aparte de judicializarse estos procedimientos, se excluye la hipótesis de debida diligencia por parte del cliente o de culpa leve propia de los contratos bilaterales y que inclusive fue aceptada recientemente por el propio SERNAC, al revisar dentro de los procesos de mediación las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de apertura de crédito y de prestación de servicios financieros celebrados por empresas bancarias con sus clientes.[[3]](#footnote-3)

Desde un punto de vista doctrinario, puede decirse entonces que la disposición del artículo 5° del Proyecto incorporaría en nuestro ordenamiento jurídico un caso de responsabilidad objetiva especial, ya que la obligación de indemnizar que se impone al emisor se fundaría única y exclusivamente en el presunto daño que se habría producido al titular del medio de pago, a lo que se agrega que la respectiva indemnización tiene que cumplirse a todo evento con cargo a su patrimonio, por lo que puede decirse que el emisor pasa a ser responsable cualquiera haya sido su conducta y aun cuando ni siquiera exista infracción al deber de cuidado que se les exige o, lo que es lo mismo, sin siquiera haber mediado culpa levísima de su parte.

En definitiva, se sanciona al emisor en su patrimonio no obstante haya cumplido en forma íntegra y oportuna con la normativa que rige a este tipo de operaciones, por el solo hecho de sobrevenir el riesgo que no pudo ser evitado incluso empleando la mayor diligencia o cuidado.

En otros términos, el Proyecto se aparta en este aspecto tanto de las normas y principios generales de derecho y significa para el emisor del medio de pago no sólo queda obligado a probar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios financieros por parte de su cliente, sino también a acreditar su participación ilícita para mantener indemne su patrimonio, exigencias cuya observancia sería compleja y que se apartan del rol propio que cumplen estas entidades.

La complejidad que se presenta al aceptar este tipo de responsabilidad conlleva que el titular del medio de pago pase a ser beneficiario de indemnización de perjuicios sin que, por su parte, deba adoptar las medidas necesarias para precaver el riesgo patrimonial en el grado de culpa propia implícita en los contratos bilaterales, como ocurre con todos aquellos que se celebran entre los emisores y sus clientes a fin de dar origen al medio de pago y ni siquiera se contempla el deber mínimo de cuidado que se exige a una persona prudente.

Si bien es cierto que en doctrina se ha sostenido que incluir por ley la responsabilidad objetiva podría ejercer alguna influencia positiva en el agente económico, por la vía de obligarlo a desplegar todos los medios necesarios con el fin de evitar daños en su patrimonio que puedan surgir en el ejercicio de su actividad empresarial, lo cierto es que esta aseveración resulta inexacta y discutible tratándose de un mercado regulado por la autoridad económica, esto es, por el Banco Central de Chile y supervisado con amplias atribuciones por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y en lo sucesivo por la Comisión para el Mercado Financiero.

En efecto, estas autoridades públicas han fijado estrictamente en uso de sus facultades legales los parámetros mínimos a que deben ceñirse los emisores en esta materia y que es fiscalizado por esa última institución en el contexto del control de gestión de tales entidades, lo que inclusive influye en su clasificación de gestión y solvencia, aparte de que pueden ser motivo de sanción por infringir su deber de diligencia o cuidado, en virtud de lo cual ese incumplimiento normativo podría considerarse para fines de configurar este tipo de responsabilidad en términos idóneos por ser implícitos al deber de diligencia y cuidado que se les ha requerido en su calidad de proveedor de servicio financieros.

Por otra parte, la aplicación de la teoría de responsabilidad objetiva o de riesgo en nuestro derecho ha sido escasa, por cuanto si el empresario debe responder de todo daño se abstendría de actuar o lo haría en un nivel más restringido adoptando las prevenciones respectivas y lamentablemente la experiencia ha confirmado que la introducción de este tipo de normas de orden público económico atenta finalmente contra los propios intereses de las personas que el legislador pretende cautelar a través de ellas, lo que podría conducir a desbancarizar a una parte relevante de la población, en circunstancias de que estas materias de índole contractual deberían ceñirse al ámbito regulatorio de la preceptiva sobre protección de los derechos de los consumidores, contexto distinto en todo caso a aquel que requiere la aplicación del derecho penal, de modo de alcanzarse el mismo objetivo de resguardar los intereses de los consumidores de servicios financieros.

Dado lo expuesto, se sugiere revisar esta disposición en forma armónica con lo establecido en el artículo 6° del Proyecto que regula también esta materia y en definitiva, si así se estimare, acordar su supresión, con la prevención referente a incluir en esta última disposición lo referente a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos a los usuarios de estos medios de pago.

7.) En el citado artículo 6° del Proyecto de Ley se dispone textualmente que “Los emisores, operadores, comercios y otros establecimientos afiliados a un sistema de tarjetas de pago, así como las demás entidades que intervengan o presten servicios asociados a pagos y transacciones electrónicas, u otros sistemas de características similares, deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para prevenir la comisión de los ilícitos descritos en esta ley conforme a la legislación y normativa que les resulte aplicable, y resguardando la prestación segura del respectivo servicio en los términos señalados por el artículo 23 de la Ley N° 19.496”.

A continuación, se describen las medidas de seguridad mínimas que deben adoptar las entidades indicadas, para luego en el inciso antepenúltimo señalar que corresponde al Organismo fiscalizador competente recomendar la adopción de estas medidas respecto de las entidades sujetas a su supervisión, en circunstancias que por tratarse de medidas mínimas deberían revestir el carácter de obligatorias, por lo que se sugiere otorgarles esa calidad.

En el inciso penúltimo se consagra la responsabilidad del emisor ante la falta o deficiencia en la aplicación de tales exigencias para fines de determinar su responsabilidad de indemnizar perjuicios a su cliente, lo que parece concordante con el tratamiento general que se otorga en nuestro derecho a objeto de determinar la responsabilidad contractual e infraccional, al otorgársele a esta omisión el carácter de presunción legal de incumplimiento del deber de diligencia o cuidado debido que se impone al emisor y a las demás entidades.

A su vez, en el inciso final pareciera entenderse que, por tratarse de presunciones simplemente legales, el emisor u otra de las entidades que se indican podrían acreditar en el procedimiento judicial respectivo el cumplimiento de la obligación de exigir la restitución o reembolso que corresponda en base a los estándares y procedimientos de seguridad que se exigen a cada una de las entidades mencionadas en ese precepto, para lo cual se alude a los términos de esta Ley, a las demás leyes y regulaciones aplicables e inclusive a los términos y condiciones del contrato que las vincula con su cliente.

Al respecto, corresponde precisar que por incidir esta disposición en el cumplimiento de deberes legales, los cuales se contemplan en ella para el emisor y demás entidades aludidas, su contravención configuraría una infracción que difiere por ende de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de un contrato.

En efecto, en el derecho privado los elementos esenciales que conforman la responsabilidad de carácter contractual se basan en el incumplimiento de la obligación y que éste le sea imputable al deudor, aparte de exigirse que cause daño al acreedor y que el deudor se encuentre en mora.

En cambio, en la Ley 19.496 el contrato que origina el acto de consumo constituye únicamente el antecedente para generar la responsabilidad, por cuanto se exige el incumplimiento de lo previsto en esa legislación por parte del proveedor en los términos señalados en su artículo 50 para dar lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida o hacer cesar el acto que afecta el ejercicio de los derechos de los consumidores a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda, lo que a su vez se vincula con lo previsto en la letra c) del artículo 2 bis de esa legislación que hace referencia al derecho a ser indemnizado de todo perjuicio originado producto del incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores.

En relación con lo expuesto, pareciera entonces pertinente considerar los fundamentos de esta disposición por cuanto resulta armónica con el régimen de responsabilidad infraccional contemplado en la legislación sobre protección al consumidor que regula los contratos de servicios financieros y resuelve a su vez la mayor complejidad que ha representado la aplicación de la Ley 20.009 en lo concerniente a la carga probatoria que recae actualmente en el cliente, tratándose de aquellas operaciones realizadas con anterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, por cuanto la responsabilidad del emisor a título de presunción legal se configura en la medida en que no hubiere cumplido con su deber de diligencia y cuidado en los términos establecidos en la ley, en la normativa dictada por la autoridad regulatoria y en las instrucciones impartidas por la entidad supervisora, en uso de sus respectivas potestades públicas.

Esta opción legislativa resulta además armónica con lo previsto en los artículos 16 a 18 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en que se contemplan presunciones legales de responsabilidad por la pérdida del dinero pagado en razón de un cheque falsificado y en que se establecen hipótesis de responsabilidad de la empresa bancaria frente al titular de la cuenta corriente, las cuales no han suscitado problemas en su aplicación por la autoridad administrativa y judicial aun cuando durante un largo periodo el cheque constituyó el principal medio de pago en las distintas transacciones de la economía nacional.

Por otra parte, ello es concordante con lo resuelto en sentencias dictadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia sobre esta materia, para lo cual se cita al efecto la sentencia dictada recientemente por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 32.718-2018, que para fines de rechazar un recurso de protección deducido en contra de una empresa bancaria consideró especialmente que fue el propio recurrente quien proporcionó a los terceros los mecanismos de seguridad indispensables para concretar los giros cuestionados, lo que en su opinión determina la legalidad de la conducta del banco recurrido, de lo que infiere que la empresa bancaria sólo es responsable en el caso de que la pérdida de dinero se haya producido por causa ajena a la voluntad del depositante o cuentacorrentista o no imputable a aquél.

A título de conclusión, puede decirse sobre el artículo 6° contenido en el Proyecto de Ley en informe, más allá de que correspondería perfeccionar su redacción, que tal precepto cumpliría con las exigencias o requisitos destinados a determinar la responsabilidad del emisor por la vía de establecer presunciones aplicables en el evento de que éste no dé cumplimiento íntegro y oportuno a las medidas de seguridad fijadas por la ley o por la autoridad reguladora, lo que reflejaría a su vez la falta del cuidado o diligencia debida en el ejercicio de esa actividad y que constituye el presupuesto básico para determinar la procedencia de la respectiva indemnización de perjuicios, cuestión de hecho que podría ser resuelta por la autoridad administrativa competente y en último término por los Tribunales de Justicia.

En este orden de ideas, en lo concerniente a la adopción de disposiciones como la restitución de los fondos a los usuarios o proceder a cancelar los cargos efectuados en sus respectivas cuentas, correspondería entonces aplicar las presunciones legales indicadas al caso concreto de que se trate relativas al cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas para tales efectos por la ley y la autoridad supervisora, lo que configura la responsabilidad infraccional de los emisores motivo por el cual deberían asumir estas prestaciones en el plazo que se determine en la ley, ya que ello hace suponer a su vez para estos efectos de que se trata de una operación no autorizada por el usuario.

Para el caso de estimarse que la obligación descrita regiría aún en el caso de que no exista incumplimiento normativo, sería conveniente considerar la alternativa de permitir que el emisor pueda retener los fondos o darles el carácter de provisionales a través de un procedimiento previo, en el caso de que existan antecedentes graves y concordantes que hagan estimar la existencia de fraude por parte del usuario, debiendo comprobar fehacientemente su concurrencia ante la competente autoridad administrativa o judicial, en su caso. [[4]](#footnote-4)

Se sugiere para tales fines analizar la conveniencia de conferir a la Comisión para el Mercado Financiero, en su carácter de autoridad supervisora, atribuciones similares a las contenidas en la letra i) del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, que la faculta para resolver en carácter de árbitro arbitrador, sin ulterior recurso, las controversias que se generen, en lo que interesa, entre los asegurados y las compañías de seguros, autorizando que el compromiso se constituya por la sola voluntad del asegurado cuando los montos reclamados no excedan de los que se indican en ese precepto legal. Este planteamiento evitaría cualquier controversia sobre la existencia del debido proceso unido a que estas materias sean resueltas por la autoridad pública dotada de la capacidad técnica que permita zanjar dentro de un plazo breve y por la vía jurisdiccional los conflictos que se generen entre los emisores de medios de pago y sus clientes.

8.) En lo que se refiere al artículo 7° del Proyecto, en virtud del cual se configura el delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en carácter de ilícito especial, se estima que constituye un importante avance destinado a prevenir y reprimir con la aplicación de penas corporales elevadas este tipo de conductas ilícitas en nuestro país y que se han visto incrementadas con los avances tecnológicos y la participación de delincuentes internacionales. Lo mismo puede decirse respecto de lo contemplado en su artículo 8°, que confiere facultades adicionales al Ministerio Público para fines de investigar esta clase de ilícitos.

9.) Conforme a este precepto legal, las penas en que se incurra por aplicación del nuevo tipo penal que se establece consistente en el delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas se plantean en términos compatibles con las sanciones establecidas para los delitos informáticos de que trata la Ley 18.233, lo que parece acertado desde el ámbito penal. Idéntico comentario merece la inclusión de este tipo de conductas para efectos de la aplicación del artículo 27 de la Ley 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero y modificó diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Por último, me permito agregar que quedo a disposición de V.S. para cualquier aclaración o comentario adicional que se requiera.

Miguel Ángel Nacrur Gazali.

1. Al efecto, véase el numeral 2.3.6 sobre Normas aplicables a los sistemas de autorización y registros de transacciones, del numeral 2. del Capítulo 8-41 relativo a Tarjetas de Pago de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF; Circular N° 108 sobre Instrucciones generales para Cooperativas de Ahorro y Crédito; Circulares N° 1 y N° 2 referentes a Emisores de Tarjetas de Pago, ambas de fecha veintiocho de noviembre del año 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. Véase entrevista efectuada al Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, sr. Mario Farren, publicada en la página 7 del cuerpo B, de la sección Economía y Negocios del diario El Mercurio, en su edición del día sábado 13 de abril de 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. Véase Diario U Chile año XI, edición de fecha 8 de Enero de 2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre esta materia, véase la legislación española de que trata el Real Decreto Ley 19-2018, de 23 de noviembre de ese año, que reglamenta el procedimiento que debe seguirse por parte de una empresa bancaria que considera la existencia de motivos razonables para sospechar la existencia de fraude. En el mismo sentido, se considera esta situación en la legislación del Reino Unido contenida en Payment Services Regulation del año 2017. [↑](#footnote-ref-4)