OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

BOLETIN N°11.078-03

"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.".

Pablo Rodríguez Arias

Director Ejecutivo FOJUCC A.C

presidencia@fojucc.cl

SUMARIO

PRELIMINAR ……3
OBSERVACIONES Y COMENTARIOS …… 5
Artículo 1.- ……...5
Artículo 2.-……6
Artículo 3.-……7
Artículo 4.-……8
Artículo 5.-……9
Artículo 6.-……10

PRELIMINAR

El día 04 de enero de 2017 se ingresa por moción parlamentaria el proyecto de ley, que en sus orígenes, llevaba como encabezado que "limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas". La idea principal de los Honorables Senadores Ossandón y Tuma y de la Senadora Pérez era *"proponer la obligación para el emisor de contar con medidas adecuadas de protección para el medio de pago, siguiendo la pauta fijada por el artículo 23 de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores, pero haciendo responsable al emisor de los perjuicios causados por las deficiencias en este campo, en cuanto es de opinión de los autores del proyecto que la facilidad con la que hoy es posible defraudar los medios de pago como las tarjetas de crédito y similares, se debe a las escasas o insuficientes medidas de seguridad con las que cuentan, y no necesariamente a un actuar particular del titular, sin dejar de reconocer la complejidad que este sistema plantea a la hora de mantener un mercado de pago dinámico, de simple utilización y, a su vez, seguro"*[1].

Sobre lo anterior es que comenzó un intenso e interesante debate, que ha convocado a casi todos los actores relevantes del mercado financiero, tanto empresas, instituciones del Estado, académicos, pero también asociaciones de consumidores; pasando un primer; un segundo; y actualmente en tercer trámite constitucional en el Senado.

Hubo discusión e indicaciones desde la denominación que tendría esta ley; las instituciones que serían objeto de regulación bajo esta ley; los plazos para hacer efectiva las responsabilidades; y otros elementos importantes en la discusión que fueron creando la arquitectura jurídica de la norma.

[1] Boletín N°11.078-03. Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11591&prmBoletin=11078-03

En lo concreto hoy todos estamos de acuerdo en que las condiciones y responsabilidades bajo las cuales se opera en el mercado financiero deben cambiar. Los constantes y graves "ataques cibernéticos" de los cuales son víctimas los bancos y las instituciones financieras, y que dejan en la vulneración absoluta a sus clientes y sus diferentes productos financieros; o el incremento en la clonación o robo de instrumentos financieros los cuales son usados posteriormente sin autorización del usuario y sin mucho monitoreo del emisor debe ajustarse a los estándares internacionales, y se debe dilucidar de una vez por todas qué responsabilidades debe asumir cada uno en la emisión, uso, custodia y administración de estos productos. Así lo entiende el Senador Tuma, quien en la discusión en general en el Senado (primer trámite constitucional) señala que esta ley "pretende llenar los vacíos observados en nuestra legislación respecto a la debida protección de los titulares de medios de pago electrónico frente a los nuevos y crecientes delitos no presenciales de que son víctimas y que se originan por la vulneración de los sistemas informáticos, dispositivos, portales u otros sistemas a través de los cuales se realizan las operaciones […] para de esa forma "garantizar que los emisores y proveedores de los servicios sean quienes deban cautelar la seguridad de estos sistemas y no que se obligue a los tarjetahabientes o a los usuarios a pagar un seguro contra los riesgos que corre precisamente aquel que está prestando el servicio de seguridad"[2].

[2] Discusión en general (20/09/2017). Boletín N°11.078-03. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=1107803_P&idsesion=7878

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS.

****Sobre la base de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional.*

NORMA EN DISCUSIÓN	Observaciones y comentarios.
"Artículo 1.- Esta ley regula el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de crédito, tarjetas de débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, o cualquier otro sistema similar, en adelante conjuntamente, las "tarjetas de pago", 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. También regula el régimen de responsabilidad en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de pago emitidas y operadas por entidades no sujetas a la fiscalización y regulación de los organismos indicados, salvo disposición expresa en contrario. *Asimismo, se aplicará a los fraudes en transacciones electrónicas. Para efectos de esta ley, se entenderá por tales aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos y abonos o giros de dinero en cuentas corrientes bancarias, cuentas de depósitos a la vista, cuentas de provisión de fondos, tarjetas de pago u otros sistemas similares, tales como instrucciones de cargo en cuentas propias para abonar cuentas de terceros, incluyendo pagos y cargos automáticos, transferencias*	La positiva evolución que tuvo la redacción de esta norma desde su propuesta hasta la actual discusión sin lugar a dudas es la dirección acertada. Ampliar la aplicación de las responsabilidades a más instituciones (de la SBIF a la Comisión para el Mercado Financiero). Por otro lado, se esclarece de manera concreta cuáles serán los días que serán considerados hábiles por esta ley, dejando fuera toda discusión que se pueda suscitar respecto a desde cuándo se comienza a contar el plazo para hacer efectiva o no la responsabilidad. Este primer artículo se encuentra muy en sintonía con lo que plantea el fallo de la Corte Suprema de 13 de marzo de 2019, a propósito de un recurso de protección en torno a un fraude bancario.

electrónicas de fondos, avances en efectivo, giros de dinero en cajeros automáticos y demás operaciones electrónicas contempladas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivo. Se comprenden dentro de este concepto las transacciones efectuadas mediante portales web u otras plataformas electrónicas, informáticas, telefónicas o cualquier otro sistema similar dispuesto por la empresa bancaria o el proveedor del servicio financiero correspondiente. *Para efectos de esta ley, las tarjetas de pago y sistemas de transacciones electrónicas podrán designarse en forma conjunta como "medios de pago".* *Los plazos de días hábiles que establece esta ley no considerarán los sábados, domingos ni festivos u otros que no correspondan a días hábiles bancarios conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley General de Bancos.*	
Artículo 2.- Los titulares o usuarios de medios de pago, así como los titulares de otras cuentas o sistemas similares que permitan efectuar transacciones electrónicas, en adelante referidos en forma conjunta como los "usuarios", podrán limitar su responsabilidad, en los términos establecidos por esta ley, en caso de hurto, robo, extravío o fraude, dando aviso oportuno al emisor. *El emisor o prestador del servicio financiero de pagos electrónicos de dichos medios de pago, en adelante, referidos en forma conjunta como los "emisores", deberá*	El nutrido desarrollo que ha tenido esta norma es de destacar. Desde la precaria regulación del actual artículo 2° de la Ley N°20.009, a la propuesta que hoy se discute en el Senado, da cuenta de la preocupación sobre el cuestionamiento a la ciberseguridad de los sistemas bancarios y la necesidad de limitar la responsabilidad del titular de la cuenta en los casos concretos que establece la ley. Se debe asegurar que existan canales de comunicación idóneos para todo público, ya sea virtuales, telefónicos y presenciales, y que quede registro

proveer al usuario, todos los días del año, las veinticuatro horas del día, de canales o servicios de comunicación, de acceso gratuito y permanente, que permitan efectuar y registrar los referidos avisos. Por el mismo medio de comunicación, y en el acto de recepción, el emisor deberá entregar al usuario un número, código de recepción o identificador de seguimiento, y la fecha y hora del aviso, procediendo de inmediato al bloqueo respectivo del medio de pago, en lo referido a su funcionalidad para efectuar pagos o transacciones electrónicas. *Además, deberá enviar al usuario una comunicación por escrito con la información a que se refiere el inciso anterior, de la manera más expedita. En todo caso, el incumplimiento de esta obligación no afectará la validez o eficacia del aviso recibido.* *En todo caso, y bajo su responsabilidad, el emisor podrá encomendar a un operador de medios de pago la provisión de estos canales o servicios de comunicación, así como la realización, en su representación, de las constancias de recepción o bloqueos que procedan.*	indubitable del aviso que realice el usuario sobre el hurto, robo, extravío o fraude del cual sea víctima.
Artículo 3.- En el caso de que los medios de pago a que se refiere esta ley sean utilizados con posterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, el emisor será responsable de tales operaciones y sus consecuencias económicas, en virtud de lo señalado en el artículo anterior. *Por ende, el usuario del respectivo medio de pago quedará liberado de responsabilidad*	Acá se establece una verdadera responsabilidad objetiva donde no se requiere acreditar ni demostrar el hecho, sólo bastará con el aviso que dé el usuario para que la empresa emisora sea responsable de todo lo que suceda con posterioridad a dicho aviso. Es importante fortalecer la protección en torno a las cláusulas que impongan la

por estos conceptos, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere corresponderle con motivo del extravío, hurto, robo o fraude respectivo. *Las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el usuario, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, no producirán efecto alguno y se tendrán por no escritas.*	carga probatoria del fraude, extravío, hurto o robo, estableciendo inclusive una multa como las contempladas en la Ley del Consumidor a propósito de las cláusulas abusivas.
Artículo 4.- Tratándose de operaciones anteriores al aviso a que se refiere el artículo 2 de esta ley, el usuario deberá reclamar al emisor aquellas operaciones respecto de las cuales desconoce haber otorgado su autorización o consentimiento, en el mismo acto del aviso o hasta cinco días hábiles siguientes a su expedición. *En relación con el conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas, se considerará especialmente la circunstancia que el emisor haya enviado una alerta de fraude al usuario, identificando las operaciones sospechosas, y que exista constancia de su recepción por parte del usuario, conforme al contrato de prestación de servicios financieros correspondiente.* *Tan pronto el usuario tome conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas, deberá otorgar el aviso correspondiente conforme a lo previsto en el artículo 2 de esta ley, salvo en caso de encontrarse impedido por razones de fuerza mayor o caso fortuito, situación bajo la cual deberá efectuar el aviso respectivo dentro del plazo máximo de cinco días hábiles contado desde*	Este artículo aborda aquellas situaciones en las cuales un usuario detecta una actividad en sus productos financieros sin haberlos utilizados o autorizado dicho movimiento. Por lo mismo, el plazo de cinco días hábiles es razonable para avisar a la entidad emisora dicha situación para que revierta o deje sin efecto dicha operación. Se debe procurar que las comunicaciones o alertas de fraude que se emiten al usuario sean efectivamente recepcionadas, dado que muchas veces son correos electrónicos que ingresa a “spam” y no son atendidos por los afectados. Podría establecerse una llamada telefónica u otro soporte que garantice la recepción de la información.

Asociación de Consumidores y Consumidoras FOJUCC
“Cambio Social desde el Consumo Responsable”
Brasil #553, Concepción, Región del Bío Bío, Chile.

que se encuentre en condiciones de expedirlo. *En los casos en que el usuario desconozca haber autorizado una operación, corresponderá al emisor demostrar que la operación fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre o respecto del instrumento de pago o cuenta correspondiente.* *El registro de dichas operaciones no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación fue autorizada por el usuario, ni que éste actuó de manera fraudulenta o con negligencia inexcusable.".*	
Artículo 5.- El emisor deberá proceder a la cancelación de los cargos o a la restitución de los fondos correspondientes a las operaciones realizadas con anterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, tratándose de operaciones cuya autorización ha sido desconocida por el usuario, dentro de los siete días hábiles siguientes al reclamo. *En todo caso, el emisor estará impedido de ofrecer a los usuarios la contratación de seguros cuya cobertura corresponda a riesgos o siniestros y de cobrar comisiones que el mismo deba asumir conforme a esta ley. Lo anterior se entiende sin perjuicio de los seguros que el emisor pueda contratar en calidad de beneficiario, a su cargo.* *Sólo si se acredita por sentencia firme o*	Acá el proyecto de ley es acertado en establecer de manera concreta que el emisor no puede ofrecer la contratación de seguros que cubran riesgos o siniestros que ellos están obligados a evitar como parte del giro comercial que desarrollan; como también no traspasar costos por comisiones al usuario que son de responsabilidad del emisor. Se entiende que el deber mínimo que debe tener una entidad emisora es el cuidado de los fondos que se confían en ella; o que garantice que los créditos y otros productos que entrega sean seguros en su manejo. Ya Martorell lo señala al decir que "la banca es un sector altamente privilegiado y de enorme poder. Cuanto mayor es la dosis de poder, mayor debe

ejecutoriada que el usuario ha participado en la comisión del delito, que obtuvo un provecho ilícito o que actuó con dolo o negligencia inexcusable facilitando su comisión, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable.".	ser también la responsabilidad de quien la tiene"[3]. Nos parece correcto además establecer que será un tribunal quien determinará si el usuario ha participado o no dentro del fraude, eliminando las arbitrariedades en los procesos que en algunas ocasiones los emisores trataban de eludir su responsabilidad.
"Artículo 6.- 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. *En el caso de los emisores u operadores, según corresponda, dichas medidas de seguridad deberán considerar, al menos, lo siguiente:* *a) Contar con sistemas de monitoreo que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al*	El proyecto de ley en discusión viene a establecer cuáles son los mínimos sobre los cuales el emisor debe operar para garantizar seguridad en la utilización de sus productos. El contar con sistemas de monitoreo; procedimientos internos; protocolos en caso de detectar fraudes; y otras herramientas deben ser asumidas como parte del servicio que estas entidades ofrecen. "Siendo el banco un profesional se presuma una pericia especial para el desempeño de su actividad y los deberes que le son impuestos, en consecuencia, serán juzgados con mayor severidad al momento de determinar responsabilidades. El Estado le confiere una verdadera patente o autorización que le permite gozar del ejercicio de un auténtico monopolio"[4].

[3] CASTELLANOS, Santiago F.; D´FELICE, José Carlos. Derecho Bancario. Primera edición. Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina. Año 2008. P.244

[4] Íbid. P.246

Asociación de Consumidores y Consumidoras FOJUCC
"Cambio Social desde el Consumo Responsable"
Brasil #553, Concepción, Región del Bío Bío, Chile.

comportamiento habitual del usuario. *b) Implementar procedimientos internos para gestionar las alertas generadas por dichos sistemas de monitoreo.* *c) Identificar patrones de potenciales fraudes, conforme a las prácticas de la industria y recomendaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.* *d) Establecer límites y controles en los diversos canales de atención que permitan mitigar las pérdidas por fraude. Los referidos límites y controles deberán basarse en consideraciones de riesgo objetivas, generales y no discriminatorias, en relación con la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que permita efectuar.* *El órgano fiscalizador competente, a través de la normativa que dicte, recomendará lo señalado en las letras a), b), c) y d) respecto de los emisores sujetos a su supervisión.* *La falta o deficiencia de tales medidas será considerada para la determinación de las responsabilidades correspondientes a cada uno de ellos, que pudiere perseguir en su contra el usuario u otro afectado.* *Lo indicado es sin perjuicio de la posibilidad de que los emisores puedan perseguir el cumplimiento de la obligación de restitución o reembolso que corresponda, por cancelaciones de cargos o devoluciones de fondos, en base a los estándares y procedimientos de seguridad exigibles a cada una de las entidades antes indicadas, de conformidad con esta ley, las demás*	

leyes y regulaciones aplicables, teniendo presente los términos y condiciones contractuales que los vinculen, en cada caso.".	