



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil

LAS FALENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA DE
CONSUMO Y SU MANIFESTACIÓN EN LA PRÁCTICA: EL CASO DE LA
CLONACIÓN DE TARJETAS BANCARIAS

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Sofía Ocaranza Álvarez
Profesor Guía: Nicolás Rojas Covarrubias

Santiago de Chile
Julio 2017

A mi abuela y la promesa que le hice.

Índice.

Introducción.....	7
Capítulo I: La prueba en el Derecho del Consumo.....	10
1. Del origen del Derecho del Consumo y su prueba en general.	10
1.1. Fines del Derecho del Consumo.....	11
1.2. Fundamentos del Derecho del Consumo.....	12
1.2.1. Protección de la parte más débil.	12
1.2.2. Buena fe.....	13
2. La regulación de la prueba en el Derecho del Consumo.....	15
2.1. Reglas de forma.....	16
2.2. Reglas de fondo.....	16
3. Una primera mirada a las falencias probatorias que se manifiestan en la práctica en materia de consumo.	20
3.1. Estándar de prueba.	21
3.2. Carga de la prueba.	23
3.3 Observaciones finales.....	24
Capítulo II: El caso de la clonación de tarjetas bancarias y las responsabilidades a que da lugar en materia de consumo.	25
1. De la clonación de tarjetas en general.	25
1.1. ¿En qué consiste la clonación de tarjetas?.....	25
1.1.1. El bien jurídico protegido.	27
1.1.2. Posibilidades de prevención.....	28
1.1.2.1. Recomendaciones preventivas.....	28
1.1.2.2. El seguro de protección de fraude.	29
1.1.2.3. Mecanismos contemplados para otra clase de productos en la normativa nacional y comparada.	31
1.2. Regulación legal.	33
2. Responsabilidades a las que da lugar en materia de consumo.....	35

2.1. Responsabilidad del proveedor.....	36
2.1.1. Responsabilidad infraccional.....	36
2.1.1.1. Artículo 3º y los deberes de seguridad que recaen sobre el proveedor.....	38
2.1.1.1.1. De la obligación de seguridad de las instituciones bancarias. .	39
2.1.1.2. Artículo 12.....	44
2.1.1.3. Artículo 23 inciso primero.....	46
2.1.2. Responsabilidad civil.....	47
2.2. Responsabilidad del consumidor.	54

Capítulo III: Un caso relevante y las dificultades probatorias en materia de consumo.	60
1. Un caso relevante.....	60
1.1. Hechos.....	61
1.2. De la resolución y sus fundamentos.	63
1.2.1. Fundamentos relativos al estándar de prueba.	64
1.2.2. Fundamentos relativos a la carga de la prueba.....	65
2. De las dificultades probatorias.....	66
2.1. Dificultades relativas a los hechos.....	67
2.2. Dificultades relativas a la facilidad probatoria.	70

Capítulo IV: De la necesidad de determinar el estándar de prueba aplicable en materia de consumo.....	74
1. ¿Cuándo se entiende probado el hecho?.....	75
1.1. Hechos que deben probarse.....	76
1.2. La prueba suficiente.....	78
2. El estándar de prueba en materia civil.	81
3. Hacia un estándar de prueba en materia de consumo.	84
3.1. De la necesidad y finalidad de establecer un estándar de prueba.....	85
3.2. Criterios a considerar para la construcción de una regla estándar de prueba en materia de consumo.	87

3.2.1. Criterios del derecho nacional.....	87
3.2.2. Criterios del derecho comparado.	90

Capítulo V: La distribución de la carga de la prueba en el Derecho del Consumidor, la reforma a la ley N° 19.496, y la posibilidad de inclusión de una carga probatoria dinámica como una de las soluciones a las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores..... 94

1. De la distribución actual de la carga de la prueba de acuerdo a las reglas aplicables en materia de consumo.....	95
1.1. Artículo 1698 CC.....	95
1.1.1. Dificultades prácticas derivadas de su aplicación.	96
1.1.2. Una interpretación alternativa.....	100
1.2. Artículo 1547 inciso 3° CC.	103
2. De las posibles soluciones a las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores.....	105
2.1. Presunción de culpabilidad.....	105
2.2. Régimen de responsabilidad estricta.	108
2.3. Consagración legal de los deberes de seguridad de los proveedores financieros.	110
2.4. El deber de colaboración y la aplicación de una regla de carga probatoria dinámica.	111
2.4.1. De la aplicación de la regla de distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho nacional y comparado.....	112
2.4.1.1. De la distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho comparado.	113
2.4.1.2. De la distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho nacional y la reforma al Código de Procedimiento Civil.	115
2.4.2. La distribución dinámica de la carga de la prueba y la reforma a la LPDC.	117
2.4.2.1. El artículo 50 Q y la reforma a la ley N°19.496.	118

2.4.2.2. Ventajas y desventajas de la distribución dinámica de la carga de la prueba como solución a las dificultades probatorias.	119
Conclusiones.....	127
Bibliografía.	131

Introducción

El Derecho del Consumo surge como una herramienta para brindar protección especial a los consumidores, y se sustenta en dos principios fundamentales, la buena fe y la protección de la parte más débil.

El primero de ellos es un principio transversal a todo el Derecho Civil, pero su importancia en materia de consumo radica en que si no está presente desde el inicio y hasta el final de la relación, tampoco lo está la confianza necesaria para que los consumidores adquieran determinado producto o servicio. De la buena fe depende así una parte importante del funcionamiento del mercado.

El segundo, es el resultado de la posición que ocupa el consumidor en la relación, una posición desventajosa que lo ubica como el sujeto débil frente al proveedor, pues por asimetrías informativas, no maneja la misma información que este último, tanto en términos de calidad como de cantidad.

La referida posición se mantiene a lo largo de todas las etapas de la relación de consumo, ya sea antes de adquirir el producto o contratar el servicio, durante su uso o ejecución, o incluso frente a un hecho constitutivo de infracción.

Sobre la base de estos principios es que se construye la regulación de la protección de los consumidores, que en nuestro país se encuentra contenida principalmente en la Ley N° 19.496, cuyo objetivo fundamental fue “proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado”¹.

¹ Mensaje Presidencial en “*Historia de la Ley N° 19.496*”, p. 5, (en línea, consultado 8/06/2017, www.bcn.cl).

Ahora para que dichos derechos puedan ser ejercidos con eficacia, es necesario que tanto la regulación sustantiva como adjetiva en la materia, se construyan sobre la base de los principios descritos.

El problema es que respecto de ciertas reglas, dicha condición parece no cumplirse, o bien, a la hora de interpretar las normas para ser aplicadas en la práctica, es perdida de vista por los jueces, provocando que en algunos casos la protección de los consumidores que se pretendía alcanzar no logre materializarse.

Ello es precisamente lo que ocurre en la mayoría de los juicios que se promueven a propósito de la clonación de tarjetas bancarias, un hecho que ocurre cada vez con mayor frecuencia en nuestro país, afectando a una gran cantidad de consumidores.

En dichos casos se refleja que, ya sea que la redacción de las normas que regulan la prueba, o la forma en que éstas son aplicadas, termina perjudicando los intereses de los consumidores, sin que sea posible garantizarles una protección efectiva de sus derechos.

Todo esto hace visibles en la práctica una serie de dificultades probatorias que deben de sortear los consumidores en juicio, la gran mayoría de las veces sin éxito.

Estas dificultades se ven acrecentadas por otros factores, entre los cuales encontramos las ya referidas asimetrías informativas que se presentan con fuerza en este caso, tanto por las características particulares del proveedor, como por lo complejo del servicio que ofrece, la ausencia de una regulación expresa de los deberes de seguridad de los Bancos, entre otros.

De esta forma, resulta necesario encontrar una solución que permita garantizar una adecuada protección a los consumidores que operan diariamente con tarjetas bancarias, con la confianza de que su patrimonio se mantiene seguro bajo la

custodia del Banco, ya sea sobre la base de la regulación actualmente vigente, o mediante la introducción de nuevas normas que la modifiquen.

En este sentido, esta tesis tiene como objetivo final la exposición de posibles caminos que conduzcan a una solución de las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores particularmente en el caso de la clonación de tarjetas bancarias.

Para ello primeramente se revisarán los fines y fundamentos que sustentan el Derecho del Consumo, las normas que regulan la prueba tanto en la forma como en el fondo, y los aspectos de ella que se presentan como más problemáticos en la práctica.

Posteriormente, se analizará qué ocurre con la atribución de responsabilidad en éstos casos, esto es, por qué razones resultaría posible atribuírsela al proveedor financiero, tanto en materia infraccional como civil, pasando por la revisión de las normas que justifican dicha atribución, o bien, bajo qué supuestos dicha responsabilidad puede ser atribuida al consumidor.

Las dificultades probatorias ya enunciadas, serán revisadas a partir de la exposición de un caso típico que refleja cómo ellas se manifiestan en la jurisprudencia reciente, para luego analizar cada una en detalle con sus causas y efectos.

Por último, en los capítulos finales, se revisarán aquellos aspectos de la prueba donde se observan las falencias más significativas, pasando por la forma en que los ha abordado la legislación y también la doctrina, tanto en materia de consumo como en otras áreas del Derecho, hasta concluir con propuestas pretenden mejorar y hacer más eficiente el sistema de protección de los consumidores.

Capítulo I: La prueba en el Derecho del Consumo.

La prueba en materia de consumo como en cualquier otra rama del Derecho, es un tema de gran relevancia, pero su tratamiento legislativo adolece de algunos vacíos que se ven reflejados directamente en la práctica jurisprudencial.

Si bien la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, (en adelante LPDC), contiene algunas normas que se refieren a la prueba, éstas son muy escasas y principalmente regulan cuestiones procedimentales, dejando a la regulación supletoria los aspectos de fondo.

Estas reglas se ven, en parte, complementadas por la Ley N° 18.287 que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, y contempla normas aplicables al procedimiento individual por infracción a la Ley N° 19.496. En cuanto al de defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, la legislación aplicable en lo no regulado por la LPDC es la contenida en el Código de Procedimiento Civil.

Ahora, al hablar de regulación de la prueba, si bien debe realizarse una revisión de las normas que cumplen dicha labor tanto en la forma como en el fondo, no pueden dejarse de lado los orígenes del Derecho del Consumo y los fundamentos sobre los cuales éste se sustenta, entendiendo que lo lógico sería que la referida regulación se construyera sobre esta base.

1. Del origen del Derecho del Consumo y su prueba en general.

El Derecho del Consumo tiene su origen en la búsqueda de un equilibrio entre el crecimiento de la economía, y la justicia y equidad social.

En esta búsqueda, se entiende que la regulación de la relación entre proveedor y consumidor no puede dejarse al funcionamiento del mercado, pues éste no asegura la adecuada protección que debe respaldar a la parte débil de ella,

partiendo de la base de que la cantidad y calidad de información que manejan uno y otro, y que es indispensable para la toma de la decisión respecto a qué producto adquirir o a qué servicio acceder, no es la misma.

En agosto de 1991 se presentó el proyecto de LPDC, considerando que Chile en 1985 había suscrito una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por el Consejo Económico y Social de dicho organismo, en virtud de la cual, se impartieron las directrices bases para que los países miembros promulgaran leyes de protección a los consumidores, de acuerdo a las distintas realidades sociales y económicas, de cada uno de ellos².

1.1. Fines del Derecho del Consumo.

“El Supremo Gobierno se ha propuesto impulsar en el terreno económico un proceso, de crecimiento dinámico y sostenido, con justicia social y equidad en la distribución de sus frutos. Igualmente, considera que es responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se cuentan los consumidores. A éstos se les debe proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado”³.

Así inicia el Mensaje del Ejecutivo que marca el comienzo de la tramitación del proyecto de la LPDC, dejando claro que se construyó asumiendo la existencia de un desequilibrio en la relación entre proveedores y consumidores, que deriva en un desigual poder negociador al momento de contratar, y que constituye al mismo tiempo, la justificación de la legislación de protección a los consumidores.

² Véase “*Historia de la Ley N° 19.496*”, (en línea, consultado 3/05/2016, www.bcn.cl).

³ Mensaje Presidencial en “*Historia de la Ley N° 19.496*”, p. 5, (en línea, consultado 6/12/2016, www.bcn.cl).

De esta forma, se pretendió construir “un texto legal en el que se enmarca una protección completa del consumidor, que lo resguarda de las conductas abusivas de los proveedores de bienes y servicios, de los perjuicios derivados de la publicidad engañosa, de la falta de información, de la discriminación injustificada de precios o condiciones de venta y que brinda seguridad respecto de los bienes que consume y de los servicios que requiere”⁴.

1.2. Fundamentos del Derecho del Consumo.

1.2.1. Protección de la parte más débil.

El derecho a la información, más allá de ser un derecho básico que la ley concede al consumidor con el fin de brindarle protección, constituye para él un instrumento fundamental, al momento de hacer la elección del bien o servicio que desea contratar, y también, luego de haber contratado, ante cualquier falla o deficiencia que ellos presenten. Por lo mismo, y mirando a que la decisión del consumidor sea lo más racional posible, el artículo 3º letra b) de la LPDC, señala que la información que se le entregue ha de tener el carácter de veraz y oportuna.

En este sentido, “en cuanto a los bienes y servicios que se transan en el mercado, hablamos de asimetrías de información cuando las partes de una transacción tienen un conocimiento diverso respecto de los atributos de calidad u otro tipo de información relevante de dichos productos”⁵.

Atendiendo principalmente al carácter profesional del proveedor, evidentemente va a existir una desigualdad en relación a la información que éste posee respecto del bien o servicio que ofrece, y la que posee el consumidor que tiene intenciones de adquirirlo, configurándose así una asimetría en los términos

⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, “*Derecho Comercial: Derecho del Consumidor. Protección del Consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016, p.19.

⁵ ANDRADE RAMÍREZ, Víctor, “*Derecho del consumo. Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollos y nuevas tendencias*”, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015, p. 87.

revisados, que deja al consumidor en una posición desventajosa. El desconocimiento de dicha información, sumado al alto costo de adquirirla, podría llevar al consumidor a tomar decisiones erradas o poco racionales.

La LPDC de alguna forma intenta corregir la situación, por la vía de la transparencia del proveedor, buscando siempre que el consumo descansa en un consentimiento libre e informado.

Así, las asimetrías informativas se convierten en un factor relevante en materia probatoria, pues el hecho de que el consumidor tenga un acceso limitado a la información del bien o servicio que contrata, disminuye enormemente sus posibilidades de acreditar determinados hechos constitutivos de infracción en un eventual juicio, manifestándose de esta forma, una dificultad en torno a lo que se conoce como facilidad probatoria, cuestión que se revisará más adelante, y que ubica a los consumidores en una posición desventajosa como parte del proceso.

1.2.2. Buena fe.

La buena fe es un principio rector del Derecho Civil, que en su vertiente objetiva, tiene una importancia fundamental en materia de consumo, y opera en todas las fases del íter contractual.

En este sentido, “la buena fe pre-contractual, es la que tiene mayor relevancia en materia de consumo, pues es ésta la que lleva al consumidor efectivamente a adquirir un determinado bien o servicio”⁶, momento en el que se establece una conexión con el derecho a la información, pues sólo contando con ella podrá tomar una decisión óptima.

⁶ AGUILAR MUÑOZ, Andrés, “*La insuficiencia del derecho a la información en materia de consumo en la legislación chilena*”, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 7.

También tendrá importancia en la fase contractual, en relación con lo establecido por el artículo 1546 CC, ya sea entregando el proveedor el producto en la forma pactada, o bien proporcionando al servicio de la manera y con las condiciones convenidas, desplegando en ello la diligencia que le es exigible considerando su carácter de profesional. Al mismo tiempo el consumidor, deberá también actuar con la diligencia debida, ya sea en la adquisición y uso del producto, o bien en el desarrollo y utilización del servicio.

Por último en la fase post contractual, tiene importancia, sobretodo mirando a la conducta que deben mantener las partes frente al término del contrato o la extinción de una obligación.

Todo lo anterior, contribuye a crear y mantener la confianza entre proveedor y consumidor que resulta fundamental no sólo para las relaciones de consumo, sino también para el normal funcionamiento del mercado en general. Así, “más al fondo de la cuestión, aparece un tema de orden público económico, por el cual se postula que el desarrollo de la economía y del consumo exige ofrecer confianza a los consumidores, en donde al proveedor no solo se le exige transparencia en la oferta sino en general lealtad en el cumplimiento de buenas prácticas comerciales, la buena fe llega entonces a exigir una operación comercial respetuosa de los consumidores”⁷.

Debe considerarse que “no se trata ya de proteger la pura libertad contractual, en el sentido de asegurar libertad a la espontánea decisión de contratar, sino de garantizar a los consumidores que los bienes y servicios que se les ofrecen podrán adquirirlos, o servirse de ellos, en los términos que ellos están siendo ofrecidos, que no serán sometidos a condiciones inicuas, que se les respetarán las condiciones y modalidades ofrecidas, que no serán dañados o menoscabados, entre otras cosas, y en general no serán sometidos a prácticas comerciales desleales”⁸.

⁷ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, Revista Chilena de Derecho, 2014, vol. XLI, N°2, p. 385, (en línea, consultado 6/12/2016, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200002).

⁸ Ibid., p.386.

La buena fe es entonces, transversal a todas las materias que abarca el Derecho del Consumo, y las partes han de mirar hacia ella en cada una de las etapas que comprenden las relaciones de consumo, incluso una vez terminado el contrato, o en caso de incumplimiento de una obligación por alguna de las partes.

Siendo así, la buena fe no deja de ser igualmente relevante en materia de prueba, considerando que al momento de adquirir un bien o servicio ambas partes deben actuar de buena fe, de la misma forma que deben hacerlo durante la ejecución de lo contratado, factor que debiere de ser determinante para el legislador al momento de regular cualquier aspecto de la relación proveedor-consumidor, como se manifiesta por ejemplo, en el artículo 16 letra g) de la LPDC.

Específicamente en relación a la prueba, no puede dejar de considerarse el contexto en el que normalmente se producen las infracciones. El consumidor lógicamente no adquiere un producto pensando que al poco tiempo presentará fallas, ni contrata un servicio esperando que no se le proporcione en las condiciones en que lo contrató, simplemente, porque contrata de buena fe. Por lo mismo, en la mayoría de los casos, no recabará pruebas que podría hacer valer en juicio frente a un eventual conflicto. Además, atendiendo a que contrata con un profesional, es esperable que sea el proveedor quien cuente con toda la información que pudiere ser necesaria frente a cualquier problema.

2. La regulación de la prueba en el Derecho del Consumo.

Tanto la LPDC como la Ley N° 18.287 contienen normas que regulan de manera especial algunos aspectos de forma y de fondo de la prueba, y que son aplicables a los procedimientos individuales que resultan de la infracción a las reglas de protección de los derechos de los consumidores. No obstante, corresponden a referencias aisladas que por sí mismas no permiten tener por constituido un régimen probatorio completo, pero que para efectos introductorios conviene revisar.

2.1. Reglas de forma.

Los aspectos de forma de la prueba no se encuentran desarrollados en extenso en la normativa que regula el procedimiento individual por infracción a la LPDC, por lo que atendiendo a la supletoriedad, en lo no regulado por ella, se aplican las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a los medios de prueba, no existe una regla que establezca específicamente cuales son admisibles en el referido procedimiento, por lo que se entiende que corresponde a aquellos regulados para el procedimiento civil. De todas formas, existen en la normativa especial, ciertas precisiones en cuanto a la regulación específica de algunos de ellos, como ocurre en el caso de los testigos.

En relación a la oportunidad para ofrecerlos, la Ley N° 18.287 la determina de manera expresa, estableciendo en su artículo 7° que corresponderá a la audiencia de conciliación, contestación y prueba, donde las partes han de concurrir con todos sus medios de prueba. En dicha audiencia, precisa el artículo 50 C de la LPDC, “las partes podrán realizar todas las gestiones procesales destinadas a acreditar la infracción y a probar su derecho, incluidas la presentación, examen y tacha de testigos, cuya lista podrá presentarse en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba”.

2.2. Reglas de fondo.

Las normas que se refieren a los aspectos de fondo de la prueba son fundamentales a la hora de decidir el resultado del juicio, pues constituyen una herramienta que le brinda al juez la base para construir el razonamiento de sus resoluciones.

Dentro de la normativa especial que regula la protección al consumidor y el procedimiento aplicable en caso de que sea infringida, no existe un desarrollo

completo de estos aspectos, sino que unas pocas reglas que para efectos de aclarar el panorama legislativo que la referida normativa nos ofrece, se revisarán a continuación.

Uno de los temas que se enmarcan dentro de los aspectos de fondo de la prueba, y que corresponde al más desarrollado en la legislación de consumo, es la valoración de la prueba, entendida como “el procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho”⁹.

Primero, la LPDC en el primer inciso del artículo 51 señala que:

“(…) Todas las pruebas que deban rendirse se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”.

Las reglas de la sana crítica, “son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez”¹⁰. Nos encontramos frente a un sistema de valoración intermedio, que figura entre el legal tasado y la libre convicción, sistema que implica que el juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

El hecho de que la ley haga referencia a un sistema de valoración de la prueba es de gran relevancia, entendiendo que de ello dependen en parte las condiciones necesarias para que el juez alcance un estado de certeza acerca de la veracidad de las afirmaciones referidas a los hechos que alegan las partes.

Segundo, el artículo 14 de la Ley N° 18.287, se refiere a la forma en que el juez deberá valorar la prueba correspondiéndose con lo señalado por el artículo ya

⁹ TARUFFO, Michele, “*Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*”, traducción de Daniela Accatino, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 184.

¹⁰ COUTURE, Eduardo, “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 3ª edición, 1958, p.270.

revisado, en cuanto a que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.

Lo esencial de éste precepto es que le da forma a dicho sistema, estableciendo qué es lo que realmente implica que las pruebas y antecedentes de un caso se aprecien conforme a las reglas de la sana crítica, al señalar que:

“Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

Si bien, a partir de estas reglas se le entrega libertad al juez para valorar la prueba, ello no implica que las resoluciones que dicte no hayan de estar debida y suficientemente motivadas: “el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción”¹¹.

Así, “en este sistema de la sana crítica, el juez en su apreciación, goza de cierta libertad, pero ella no es absoluta. Esto se desprende de la obligación que tiene el juez de analizar la prueba en la sentencia, apreciada conforme a este sistema”¹².

Lo señalado se condice con el deber de motivación de las sentencias que recae sobre los jueces, entendiendo que si no se cumpliera con éste se daría paso a la arbitrariedad, pues las normas que exigen la referida motivación, le imponen al

¹¹ COUTURE, Eduardo, op.cit., p. 270.

¹² ARZE ROMANI, Sergio, “*La prueba y su apreciación en el procedimiento ante los juzgados de policía local según la ley N° 18.287*”, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 1987, p. 16.

juez, “justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente ‘correctas’ y aceptables”¹³.

Por lo mismo, “la apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, ‘sin salto brusco’, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”¹⁴.

Con ese fin, el artículo 17 se refiere nuevamente a la prueba en el marco de los requisitos de contenido de la sentencia, señalando que:

“La sentencia expresará la fecha, la individualización de las partes o del denunciado, en su caso, una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, un análisis de la prueba y las consideraciones de hecho y derecho que sirvan de fundamento al fallo y la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal”.

Ahora, existe otro aspecto de fondo aludido en la normativa que se viene revisando, la carga de la prueba, regla que establece cuál de las partes en juicio será la que deba acreditar determinados hechos, si no quiere ver truncados sus intereses.

La referencia en particular se hace a propósito de la regulación de las cláusulas abusivas y su ineficacia en materia de consumo, de manera que no se trata de una norma que regule esta materia de manera general, sino que más bien constituye una referencia aislada.

¹³ TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en “La prueba. Artículos y conferencias”, Santiago, Metropolitana, 2009, p.33.

¹⁴ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, 2006, vol. XXXIII N°1, p. 100.

La norma aludida se encuentra en el artículo 16 letra d) de la LPDC y señala expresamente:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;”.

Se desprende entonces, que efectivamente existe una regla que distribuye la carga de probar, aplicable a los casos en que se infrinjan las normas de protección del consumidor, y que dicha distribución no debe de ser invertida en perjuicio del consumidor, pero tal regla no se encuentra establecida de manera específica para los procedimientos que se inicien a propósito de las referidas infracciones.

Por lo mismo, en cuanto a la distribución de la carga de probar y en lo demás que tenga relación con ese aspecto, la regulación queda sujeta a la aplicación supletoria de las normas que regulan el procedimiento civil, como se revisará más adelante.

El desarrollo de las cuestiones de fondo de la prueba en la LPDC y la ley que regula el procedimiento ante los juzgados de policía local llega hasta aquí, dejando fuera algunas aristas, que desde el punto de vista de la práctica jurisprudencial, sería eficiente regular sobre la base de los principios y fundamentos propios del Derecho del Consumo.

3. Una primera mirada a las falencias probatorias que se manifiestan en la práctica en materia de consumo.

Si bien la prueba en materia de consumo se encuentra regulada de forma especial, a lo menos en parte, está sometida a la aplicación supletoria de la normativa civil, existiendo ciertas falencias que es posible observar en la práctica.

Las falencias más significativas, se observan respecto de cuestiones relativas al estándar y a la carga de la prueba, constituyendo ambos, pero sobretodo esta última, un factor determinante en la decisión de los jueces, por lo que conviene revisarlos, por ahora, de manera general.

3.1. Estándar de prueba.

El estándar de prueba, “es el umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso”¹⁵. Constituye de esta manera, una especie de límite que una vez traspasado, implicará que determinado hecho alegado por una de las partes ha sido probado, conforme a la prueba presentada por ella.

En la misma línea, también ha sido definido como, “un instrumento procesal que permite al sentenciador conocer el nivel de certeza exigido para que los presupuestos fácticos que han sido invocados puedan ser, en el marco del proceso judicial, considerados una verdad relativa”¹⁶. Es entonces, una herramienta para los jueces que determina la aceptación o no de un enunciado fáctico como verdadero, por lo que, permite establecer un control de sus decisiones, y al mismo tiempo busca disminuir los riesgos de error en la decisión frente a la incertidumbre que predomina en cualquier proceso judicial.

En el ordenamiento nacional, el estándar de prueba constituye una materia escasamente tratada, y las reglas que se refieren a él son excepcionales limitándose únicamente al ámbito penal.

Siendo así, el artículo 340 de Código Procesal Penal señala que:

“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la

¹⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge, “*Hacia un estándar de prueba civil*”, Revista Chilena de Derecho, 2012, volumen XXXIX, N° 3, p.783

¹⁶ VAN HASSELT GARRIDO, Roberto, op. cit., p. 213.

convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

El estándar es en este caso, muy exigente, pues sólo una vez que la convicción del juez supere la “duda razonable”, se podrá tener por probado el hecho.

En el ámbito civil, no existe una regla expresa que se refiera al estándar de prueba, más allá de lo establecido en términos muy vagos por el artículo 428 del CPC, del cual podría desprenderse una especie de noción de estándar, al señalar que, “entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”, pero éste no otorga la claridad suficiente respecto al umbral que ha de alcanzarse para tener un hecho por probado, ya que no se refiere específicamente a la materia, sino que se trata simplemente de una regla de peso probatorio.

En este sentido, Larroucau ha llegado a señalar, que pareciera “que los jueces civiles perciben la libre valoración de las pruebas (o sana crítica como dice nuestra ley procesal hoy) como un rechazo a las reglas de peso probatorio y un aliciente para que determinen según su convicción (en clave subjetiva) si los hechos están o no probados”¹⁷.

El Derecho del Consumo, no constituye una excepción a la ausencia de reglas de estándar en la legislación nacional, lo que trae como consecuencia un perjuicio para el consumidor, por la desventaja en que se encuentra, y las deficiencias de información que le afectan.

Así, será muy difícil que tenga claridad en torno a los hechos que han de probarse en un eventual juicio, y tampoco tendrá noción de en qué momento o bajo

¹⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p. 786.

qué condiciones dicha prueba se considerará suficiente para tener probados los hechos que alegue.

3.2. Carga de la prueba.

Carga de la prueba “quiere decir en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”¹⁸.

Como norma dirigida al juez, “no es más que una institución que le dice a favor de quien tiene que fallar cuando existe una grave insuficiencia de prueba a favor de un hecho concreto. Y lo que dice esa regla es que falle en contra de quien es más habitual que posea la prueba sobre ese hecho y no la aporta”¹⁹.

De la sola lectura de las definiciones expuestas, pareciera ser una cuestión sencilla, pero está muy lejos de serlo, ya que las consecuencias de la aplicación de determinada regla de distribución de la carga de probar dependerán en gran medida de la rama del derecho de que se trate.

La carga de la prueba tampoco constituye una cuestión tratada con exhaustividad en la legislación nacional, y específicamente en materia de consumo, su tratamiento se limita a la norma contenida en el artículo 16 letra (d) de la LPDC ya revisada²⁰, de la que no es posible desprender cuál es la regla de distribución aplicable en materia de consumo.

Así las cosas, se ha entendido que lo que corresponde es aplicar supletoriamente las normas del Derecho Civil, particularmente lo establecido por el artículo 1698 CC, esto es que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, lo que ha traído como consecuencia que en la práctica dicha

¹⁸ COUTURE, Eduardo, op. cit., p. 241.

¹⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, “*Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión*”, (en línea, consultado 22/12/2016, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3776929>).

²⁰ Véase supra Capítulo I-2.2.

carga recaiga sobre el consumidor, pues sería éste quien alega los hechos constitutivos de infracción.

Frente a lo anterior debe hacerse hincapié en el hecho de que descansar en la supletoriedad del Código Civil, tomando en cuenta que la contratación en ese ámbito se sienta sobre una relación que se tiene por igualitaria, afecta directamente a los consumidores, pues las relaciones de consumo se caracterizan por ser asimétricas, razón por la cual, al momento de determinar las reglas aplicables tanto en materia de responsabilidad como de prueba, debiere preferirse aquellas que excepcionalmente parecieren estar destinadas a aplicarse en esta clase de relaciones.

3.3 Observaciones finales.

Resulta que en una materia tan relevante como la prueba, terminan teniendo escaso reconocimiento normativo los fundamentos que anteriormente se revisaron y que debieren de aplicarse transversalmente en toda la regulación de consumo.

Ciertamente, la cuestión de las asimetrías de información debiera de considerarse en detalle al momento de establecer una regulación sustantiva de la prueba, pues partiendo de la base de que éstas existen, el consumidor no tendrá a su alcance la misma información, ni las mismas fuentes de prueba que el proveedor.

Por lo mismo, mirando a la buena fe, y teniendo en cuenta que para éste último implica un costo considerablemente menor poner dicha información a disposición del tribunal, debería de serle exigible que lo haga en caso de que sea necesario, con el objetivo de esclarecer los hechos constitutivos de infracción.

Capítulo II: El caso de la clonación de tarjetas bancarias y las responsabilidades a que da lugar en materia de consumo.

Las falencias que se observan en la práctica jurisprudencial, y que derivan de la ausencia de regulación especial respecto de ciertos aspectos de la prueba²¹, se manifiestan con mayor o menor intensidad en la generalidad de las infracciones a la LPDC, pero existe un caso que en atención a sus características hace notar fuertemente dichas problemáticas: la clonación de tarjetas.

1. De la clonación de tarjetas en general.

El uso de tarjetas bancarias ha aumentado de manera exponencial en nuestro país, al punto que en febrero del 2017, se registraron operando 9.451.418 tarjetas de débito y 4.613.977 de crédito²². Al mismo tiempo, han aumentado los métodos y perfeccionado las tecnologías para cometer fraudes con ellas.

Uno de los fraudes más comunes, y que ocurre cada vez con mayor frecuencia, es la clonación de tarjetas. El SERNAC sólo en el primer semestre del 2016 recibió 1.400 reclamos fundados en éste hecho, mientras que en el mismo período la PDI recibió 2.334 denuncias por la misma causa²³.

Si bien para efectos de este trabajo interesa la clonación de tarjetas como una infracción a las normas de protección del consumidor, con el fin de introducir el caso, conviene abordarla primeramente desde un punto de vista más general.

1.1. ¿En qué consiste la clonación de tarjetas?

²¹ Véase Supra Capítulo I-3.

²² Fuente: Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, (en línea, consultado 10/05/2017, <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/InfoFinanciera?indice=4.1&idCategoria=564&tipocont=568>).

²³ Fuente: Servicio Nacional del Consumidor, (en línea, consultado 20/12/2016, www.sernac.cl).

Es posible definir la clonación de tarjetas como el hecho de, “extraer la información contenida en su banda magnética y copiarla en otra tarjeta para cometer ilícitos”²⁴.

El caso típico se compone de tres etapas, la primera en la cual se utiliza una máquina con un chip que permite copiar la información de las bandas magnéticas, que se ubica en la puerta de cajeros automáticos, en cajeros y receptores de compra en red; la segunda, donde los datos sustraídos se traspasan a un computador y son copiados a una tarjeta virgen; para finalmente, en una tercera etapa, hacer uso fraudulento de estas nuevas tarjetas²⁵.

El mecanismo utilizado para copiar la información de las bandas magnéticas es variable. El más común es el “skimmer” que consiste en un dispositivo adosa al cajero automático o máquina portátil de pago, que se ubica en la zona del lector de tarjetas, pero también pueden utilizarse microcámaras instaladas por ejemplo, en teclados falsos, o simplemente, equipos intervenidos que reemplazan al original²⁶. Incluso existe una nueva forma que permite copiar estos datos a distancia, a través de un dispositivo de “contactless”, que es capaz de detectar y leer cualquier tarjeta bancaria hasta una distancia de ocho centímetros²⁷.

La ocurrencia de hechos como los descritos, es susceptible de afectar más de un bien jurídico; cuáles son ellos, de qué forma se ven afectados y quiénes pueden prevenirlo directa o indirectamente, precaviendo un daño eventual, será revisado a continuación.

²⁴ Se define en el contexto de un glosario elaborado por el SERNAC, que pretende brindar una mayor información a los consumidores acerca de los fraudes tecnológicos, (en línea, consultado 17/11/2016, <http://www.sernac.cl/glosario-para-entender-fraudes-tecnologicos/>).

²⁵ Véase, “Glosario para entender fraudes tecnológicos”, (en línea, consultado 11/03/2017, <http://www.sernac.cl/glosario-para-entender-fraudes-tecnologicos/>).

²⁶ Véase, “Tarjeta Segura: Evita los riesgos de la clonación”, (en línea, consultado 11/05/2017, <http://www.sernac.cl/tarjetasegura/>).

²⁷ Véase, “Tarjetas Contactless”, (en línea, consultado 11/05/2017, <http://es.gizmodo.com/este-pequeno-aparato-puede-clonar-hasta-15-tarjetas-ban-1781957666>).

1.1.1. El bien jurídico protegido.

Cuando un hecho de esta naturaleza se concreta, más allá de afectarse el bien jurídico patrimonio, una vez que se hace uso de la tarjeta clonada para un fraude, existe otro bien afectado igualmente relevante, la fe pública. En efecto, las tarjetas bancarias corresponden a instrumentos que han de cumplir con determinados requisitos y que son fiscalizados por la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras, (en adelante SBIF), que tiene como fin velar por dicha fe²⁸.

De una forma similar se ha entendido en el Derecho Español, donde en esta materia corresponde a una acción fraudulenta, “toda aquella transacción electrónica que o bien no tiene como contrapartida una transacción real o bien quebranta los derechos de propiedad del titular. El fraude en tarjetas afecta también por una doble vía: económica y reputacional”²⁹.

Así, el caso en estudio “supone un riesgo reputacional para la entidad, que, aunque sea de difícil cuantificación, está en la base de toda la política antifraude. De manera general, la política que se transmite es que el pago con tarjeta es completamente seguro y que el posible fraude que pudiera producirse se debe principalmente a causas imputables a las entidades”³⁰.

La fe pública, desde la perspectiva de la confianza que tienen los consumidores en la eficiencia de dichos instrumentos y del sistema bancario en general, es fundamental para el funcionamiento del mercado.

Es evidente que cada vez que un potencial cliente acude a un Banco, lo hace entendiendo que depositar su dinero bajo la custodia del mismo será mucho más

²⁸ Véase “¿Cómo funciona y hacia dónde va el regulador bancario en Chile?”, (en línea, consultado 10/12/2016, <https://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Publicaciones?indice=15.3&idPublicacion=255&idContenido=10506&idCategoria=2511>).

²⁹ VERES FERRER, Ernesto; ESCURA FOIX, Gabriel; PAVÍA MIRALLES, José, “*El mercado de las tarjetas bancarias en España: Una panorámica*”, Revista ICE, 2014, Nº 876, p. 171, (en línea, consultado 12/12/2016, <http://www.revistasice.com>)

³⁰ *Ibid.*, p. 172.

seguro que mantenerlo en casa, y que en el mismo sentido, utilizar una tarjeta de crédito lo es también respecto de realizar pagos en efectivo. Por lo mismo los consumidores evidentemente prefieren depositar su dinero en dichas instituciones haciendo uso de la modalidad que más le acomode, asumiendo además que en atención a la profesionalidad que reviste la entidad bancaria, ella se encuentra en una posición privilegiada en lo que a la custodia de fondos se refiere.

1.1.2. Posibilidades de prevención.

En la misma línea y atendiendo a la ya aludida posición privilegiada que ocupa el proveedor, es menester referirse a si efectivamente ella se manifiesta también en términos de la prevención del fraude. Específicamente se debe evaluar ¿quién está en una mejor posición de soportar el riesgo de clonación? Conviene partir entonces haciendo referencia a las opciones que tiene cada una de las partes de la relación de consumo para prevenirla.

1.1.2.1. Recomendaciones preventivas.

Entre las medidas que pueden adoptarse para prevenir la clonación de tarjetas, encontramos ciertas recomendaciones preventivas, dirigidas al consumidor, del tipo, “revise si hay elementos extraños en la ranura de la tarjeta, el teclado o la salida de dinero”, “tape siempre el teclado con su otra mano cuando digite su clave secreta”, “al pagar no pierda de vista su tarjeta y nunca permita que pase por más de un lector”, etc.³¹, las que por supuesto no garantizan que el hecho no tenga lugar, entendiendo que el conocimiento que tiene el consumidor de la materia es bastante precario, y que se trata de meras precauciones. Luego, una vez que eventualmente se ha concretado el hecho y se ha realizado un uso fraudulento de la tarjeta clonada, el consumidor debe dar aviso a la institución bancaria que corresponda y efectuar la denuncia pertinente.

³¹ Véase “*Tarjeta Segura: Evita los riesgos de la clonación*”, (en línea, consultado 14/12/2016, <http://www.sernac.cl/tarjetasegura/>).

Las recomendaciones enunciadas no se encuentran establecidas en la legislación como deberes que el consumidor financiero se encuentre obligado a cumplir, pero reconduce a lo establecido por el artículo 3º letra d) LPDC, esto es, que el consumidor debe también procurarse seguridad en el consumo en la medida que le sea posible y con los medios que tiene a su alcance. Esto se encuentra directamente ligado con el estándar de diligencia que le es exigible al consumidor, por lo que el límite de la responsabilidad se encontraría marcado por el punto en que el fraude en cuestión, es atribuible a la negligencia de una de las partes.

En la generalidad de los contratos de apertura de cuentas bancarias se estipula expresamente que la custodia de la tarjeta y su respectiva clave secreta, le corresponde exclusivamente al consumidor o usuario, convirtiéndose en un punto común en estos contratos las cláusulas del tipo; “la clave secreta es personal e intransferible, al suscribir las Condiciones Particulares o Contrato de Cuenta Corriente el Cliente se obliga a mantener la debida diligencia, sigilo y cuidado en su utilización, siendo de su responsabilidad su divulgación a terceros y asumiendo la responsabilidad por los perjuicios que el mal uso o la utilización errónea de ésta pueda ocasionarle al mismo Cliente, al Banco y/o a terceros, salvo cuando el Cliente hubiere informado personal y previamente al Banco el hecho de la pérdida o sustracción de su clave secreta”; “el uso de la TPM y/o del número secreto o clave exclusiva será de la entera responsabilidad del Cliente”; “mientras no se efectúe el aviso a EL BANCO, EL CLIENTE asumirá total responsabilidad por el uso indebido de La Tarjeta, incluso por uso irregular y/o fraudulento, salvo los casos establecidos en la normativa aplicable que señalen lo contrario”³².

1.1.2.2. El seguro de protección de fraude.

Conviene revisar qué implicancia tendría en esta situación, la eventual contratación de un seguro cuya póliza contemple dentro de los riesgos cubiertos, el uso fraudulento de tarjetas de crédito.

³² La información se obtiene a partir de la revisión de los “modelos de contrato de cuenta corriente” que ofrecen las distintas instituciones bancarias de la plaza, disponibles en línea.

El contrato de seguro es un contrato de adhesión, y por ende al momento de contratar, el consumidor deberá aceptar en bloque todas sus cláusulas, sin que exista la posibilidad de negociar los términos de la póliza, esto es, dependerá de la compañía aseguradora, el detalle del riesgo que cubre, que por supuesto, se limita a un número de eventos, bajo ciertas condiciones, y hasta un determinado monto.

Una vez contratado el seguro en las condiciones referidas, el consumidor deberá pagar una prima mensual cercana a los cinco mil pesos³³, cantidad que para muchos clientes bancarios podría resultar significativa, atendiendo principalmente a la masificación del plástico como forma de pago, que ha permitido el acceso a éste sistema prácticamente a todas las personas. Este sería el costo para el consumidor, no precisamente de evitar la clonación, sino de asegurar una indemnización en caso de que su patrimonio se vea perjudicado por el uso fraudulento de la tarjeta clonada.

Por otra parte, para el Banco, que es una institución que normalmente trabaja asociada con una empresa aseguradora, resulta mucho más sencillo negociar los términos de las pólizas que ofrecerá a sus clientes, pues se trata de un contrato “entre iguales”.

Además, considerando el hecho de que el proveedor de servicios financieros, por expresa disposición de la LPDC (artículo 17 H letra a)), no podrá condicionar la prestación de su servicio a la contratación de otro servicio o producto adicional como lo es el seguro, la prestación de un servicio con las condiciones de seguridad adecuadas, no puede estar supeditada a que el consumidor tenga contratado uno.

Más allá de ello y partiendo de la base de que mantener ciertos mecanismos de control de fraude es parte del rubro en que se desempeñan los bancos, es mucho menos costoso para ellos prevenir el riesgo por la vía de un seguro que para el consumidor, quien como ya se dijo, se enfrenta a posibilidades limitadas, pudiendo

³³ La cifra se obtiene a partir de la revisión de las condiciones y valores de los “Seguros de Fraude” que ofrecen las distintas instituciones bancarias de la plaza. Por supuesto el referido valor varía conforme aumenta la cobertura y mejoran las condiciones.

negociar incluso mejores condiciones de cobertura. Lo más eficiente sería entonces, que fuese al proveedor a quien le correspondiere contratar un seguro que cubra el riesgo de que sus sistemas de seguridad sean vulnerados.

1.1.2.3. Mecanismos contemplados para otra clase de productos en la normativa nacional y comparada.

Existen otros mecanismos de control, cuyo despliegue tendría un costo muy poco significativo para los bancos y que se encuentran contemplados respecto de otro tipo de productos.

Por supuesto, la tecnología en materia de seguridad de las tarjetas de débito y crédito debiera de mejorar constantemente, cambiándose de forma periódica por unas más seguras, lo que si bien podría considerarse muy costoso para el Banco, sigue siendo menos costoso que para el consumidor, pues al implementar una política de éstas características, lo estará haciendo respecto de toda su cartera de clientes y por tanto, el valor que cada uno de ellos le costará será muy bajo.

Es el caso de las transacciones en línea, donde la SBIF mediante su “Recopilación Actualizada de Normas Capítulo 1-7 sobre transferencia electrónica de información y fondos”, exige en el punto 4.1, que los canales electrónicos para realizar transferencias cuenten “con apropiados privilegios de autorización y medidas de autenticación, controles de acceso lógico y físicos, adecuada infraestructura de seguridad”, entre ellos:

“b) Disponer de a lo menos dos factores de autenticación distintos para cada transacción, debiendo ser uno de ellos de generación o asignación dinámica;

c) Establecer la exigencia de firma digital avanzada para las transferencias superiores a un monto que el banco determine”³⁴.

Lo señalado es perfectamente aplicable para el caso de las transacciones efectuadas con tarjetas bancarias, donde además de la clave que se exige para acceder al sistema (clave PIN), podría enviarse una de asignación dinámica al teléfono móvil del cliente que deba de ingresarse en el cajero automático o el dispositivo utilizado para pagar, como requisito para finalizar la transacción, cuestión que se ha implementado por algunos bancos para las transacciones en línea.

La idea de la conexión de los productos bancarios al teléfono móvil del cliente, no es particularmente novedosa, en España por ejemplo, es utilizada como un eficiente mecanismo prevención de fraudes. En concreto lo que se hace es enviar las notificaciones de compra al móvil del titular vía mensaje de texto, “por ejemplo, imponiendo la restricción de que, para determinados tipos de compra o importes, deba ser el titular quien acepte el cargo a través de su móvil o alertando al usuario (también a través de un SMS) cuando se produzca un movimiento no habitual”³⁵.

La iniciativa descrita resulta bastante razonable y de bajo costo, como mecanismo para prevenir los fraudes con tarjetas bancarias.

Por su parte el Banco Central Europeo (European Central Bank) también emitió una lista de recomendaciones de seguridad en esta materia y respecto de las transacciones electrónicas³⁶, que contemplan medidas de control bastante específicas, dentro de las que se encuentran mecanismos de monitoreo y seguimiento diseñados para detectar transacciones fraudulentas, sospechosas o de alto riesgo, evaluaciones periódicas de riesgo, elaboración de herramientas de autenticación sólidas, seguimiento de incidentes de seguridad y reclamaciones de los clientes, entre otras.

³⁴ Circular N° 3.444, en “Recopilación Actualizada de Normas. Capítulo 1-7”.

³⁵ VERES FERRER, Ernesto; ESCURA FOIX, Gabriel; PAVÍA MIRALLES, José, op. cit., p. 174.

³⁶ Véase, “*Recommendations for the security of payment account access services*” y “*Recommendations for the security of internet payments*”, (en línea, consultado 12/12/2016, www.ecb.europa.eu).

Los mecanismos de control son variados, y buena parte de ellos tienen un costo bajo para los proveedores, además de que su desarrollo forma parte del servicio que ofrecen a sus clientes. En términos de la información que maneja cada una de las partes de la relación de consumo, es mucho más costoso para el consumidor prevenir el fraude, pues su escaso conocimiento de la materia limita sus posibilidades de prevención, o al menos las hace menos efectivas. Por otro lado, el proveedor ya tiene dicho conocimiento, por lo que le resulta mucho menos costosa también en esos términos, la implementación de medidas de seguridad.

Ahora, para el caso del proveedor financiero, las medidas enunciadas no pasan de ser meras alternativas para la prevención del fraude, pero de la misma forma en que ocurre con el consumidor, ellas podrían ser alcanzadas por lo establecido por el artículo 3º letra d) de la LPDC, de acuerdo al estándar de diligencia que le es exigible a éste.

Para el caso del proveedor, dicho estándar alcanza los aspectos más complejos del asunto, y que se relacionan directamente con las operaciones que se realizan con tarjetas bancarias y el funcionamiento de éstas, por lo que el ámbito de su responsabilidad abarca desde el diseño de las mismas, en el sentido de que sea seguro y no permita una falsificación simple, hasta la custodia en su operatividad, así como en la de los dispositivos que se encuentran a su cargo, pues todo ello se sustenta sobre conocimientos técnicos específicos que como profesional del rubro maneja.

1.2. Regulación legal.

En el ámbito legislativo, la clonación de tarjetas no se encuentra desarrollada de manera específica, ni como ilícito penal, ni como infracción a las normas de protección de los consumidores.

En cuanto a lo primero, el Código Penal no se hace cargo de ella, quedando comprendida dentro del género “uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito”, establecido en el artículo 5º de la ley N° 20.009, que señala que constituye tal:

“a) Falsificar tarjetas de crédito o débito.

b) Usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.

c) Negociar, en cualquier forma, con tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.

d) Usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular.

e) Negociar, en cualquier forma, con los datos o el número de la tarjeta de crédito o débito, para las operaciones señaladas en la letra anterior.

f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes.”

Los hechos constitutivos de clonación de tarjetas pueden subsumirse en la mayoría de las hipótesis del precepto transcrito, aunque la ley no se refiera específicamente a ella. El problema es que esta ley, como reza su título, “limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas”, por lo que, aunque incluye normas que se refieren a esa materia y su calificación como delito, sus disposiciones en buena parte resultan lógicamente inaplicables a los casos de clonación, como se analizará.

La clonación de tarjetas como tal no tiene una referencia especial en la LPDC, sino que más bien se desprende que ella constituiría una infracción a partir de la contravención a ciertas normas de la misma, que son el artículo 3º letra d), en cuanto al deber de brindar seguridad en el consumo, 12, sobre el incumplimiento de contrato, y 23 inciso primero, en cuanto a que se configura una negligencia en la prestación del servicio.

2. Responsabilidades a las que da lugar en materia de consumo.

Las clonaciones de tarjetas son susceptibles de dar origen a dos clases de responsabilidad, una infraccional y otra civil. Así lo establece el artículo 50 de la LPDC al señalar que, “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará 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, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

En torno a ambos tipos de responsabilidad surgen varios conflictos, partiendo por el hecho de que muchas veces se confunden los supuestos para que se configure una u otra.

Se suma a lo anterior la discusión relativa a si nos encontramos frente a un caso de responsabilidad objetiva o subjetiva, determinante en materia probatoria.

Luego, en cuanto a la responsabilidad civil se abre paso a otra disyuntiva, que dice relación con el estatuto aplicable, esto es, contractual o extracontractual, que será determinante, para decidir la procedencia o no de una indemnización de perjuicios a favor del consumidor afectado.

Por último, otra dificultad que podría presentarse en esta materia, es aquella que deriva de la eventual responsabilidad que podría atribuírsele al consumidor en los hechos constitutivos de infracción.

2.1. Responsabilidad del proveedor.

El tema de la responsabilidad del proveedor en los casos de clonación es una cuestión compleja, partiendo de la base de que primeramente se debe comprender por qué un hecho ilícito cometido por terceros, sería también imputable al proveedor, en el caso particular, al Banco.

Ahora, el desarrollo de esta idea, no puede sino construirse sobre la base de la distinción entre responsabilidad infraccional y civil.

2.1.1. Responsabilidad infraccional.

La responsabilidad infraccional es “aquella que nace cuando el proveedor incurre en alguna de las conductas específicamente tipificadas en la LPDC como ilícitos infraccionales, haciéndose acreedor de una sanción, que debe ser impuesta por sentencia firme y ejecutoriada dictada por el Juez de Policía Local competente”³⁷.

Se trata, a primera vista, de una responsabilidad del tipo objetivo, pues basta con el incumplimiento de alguna de las normas de la LPDC para que se configure la infracción.

En esta línea se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, señalando que:

³⁷ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, “El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva ley de protección al consumidor”, en “Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras”, Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, Santiago, 1999, p.226.

“3º (...) siendo la acción infraccional de orden público el legislador ha establecido la responsabilidad objetiva en virtud de la cual basta acreditar la infracción, como también la falta de la debida correspondencia entre lo que se ofrece que se origina y lo que efectivamente recibe como contraprestación, para aplicar las sanciones que la ley numerada contempla”³⁸.

Esta afirmación es discutida, y la jurisprudencia no es unánime en la materia, producto de que el artículo 23º inciso 1º constituye una especie de fuente ambigua de responsabilidad, como consecuencia de la referencia que contiene al elemento negligencia.

Ahora, la sanción en el caso de la responsabilidad infraccional será administrativa, consistiendo en una multa determinada por el juez, en atención a los parámetros que establece para ello el inciso final del artículo 24³⁹.

La clonación de tarjetas, podría implicar la infracción a más de un artículo de la LPDC, pero la pieza clave corresponde a las deficiencias en lo que a la seguridad en el servicio se refiere.

En este sentido, existen ciertas medidas de seguridad que el Banco debe tomar para prevenir los fraudes⁴⁰, entre ellas dotar de cámaras de seguridad a los cajeros automáticos, realizar revisiones periódicas de sus dispositivos, contar con sistemas que permitan detectar patrones de fraude, entre otros, y si éstas no son adoptadas o no son lo suficientemente eficientes, la responsabilidad evidentemente recae sobre él.

³⁸ C. Santiago, 17 de noviembre de 2014, Rol N° 1031-2014, C°3, www.poderjudicial.cl

³⁹ Artículo 24 inciso final: Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor.

⁴⁰ Véase, Decreto Supremo N° 222 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Compendio de Normas Financieras del Banco Central, apartado J, titulado “Sistemas de pago a través de tarjetas y otros medios electrónicos” (Capítulo III.J2.) y “Recopilación Actualizada de Normas Capítulo 1-7” de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Como consecuencia de faltarse al deber de seguridad, podría eventualmente incumplirse también el contrato por el cual, entre otras cosas, el proveedor se obliga a la custodia de los fondos del consumidor, cuestión que permite calificarlo en términos de la SBIF, como un contrato de confianza⁴¹, lo que trae como consecuencia un menoscabo en el patrimonio de éste último.

De esta forma y atendiendo en parte a la buena fe como principio fundamental, es que la seguridad debe brindarse en todas las etapas de la relación proveedor-consumidor, por lo que bajo ningún supuesto el primero puede desentenderse de ella, independientemente de que la clonación en sí misma corresponda a un hecho delictual perpetrado por terceros.

En este orden de cosas, los artículos susceptibles de infringirse cuando se configura una clonación de tarjetas, corresponden a los números 3º, 12 y 23 inciso primero, ya enunciados párrafos más arriba, pero que corresponde revisar en detalle a continuación.

2.1.1.1. Artículo 3º y los deberes de seguridad que recaen sobre el proveedor.

“Artículo 3º: Son derechos y deberes básicos del consumidor:

d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;”

De acuerdo al precepto transcrito, el bien o servicio que se preste debe brindar seguridad en todos los aspectos, de manera que no cause daño o menoscabo al consumidor. “Hay que considerar, en consecuencia, que la seguridad impone al

⁴¹ Véase <http://www.clientebancario.cl/clientebancario/cuentas-corrientes.html>.

producto o servicio el no causar daños o perjuicios, más allá de los derivados de su propia inidoneidad para cumplir con el fin al que estaba destinado”⁴².

Este precepto se relaciona directamente con el artículo 23 inciso primero, que dispone que, el proveedor que con negligencia causa daño o menoscabo por deficiencias en la seguridad de un bien o servicio, comete igualmente, infracción a la LPDC.

En los casos de clonaciones de tarjetas, la falta al deber de brindar seguridad en la prestación del servicio se vuelve manifiesta, pues de una u otra forma las tarjetas que el proveedor ofrece a sus clientes son vulneradas, de manera tal que terceros son capaces de tomar conocimiento de los datos secretos contenidos en ellas, como resultado de las deficiencias de las que adolecen los sistemas de seguridad de los bancos.

De la falta al deber de seguridad referido se desprende la existencia de ciertas medidas que debieren de adoptar los proveedores financieros para garantizar el debido resguardo en el uso de los servicios que ofrecen, y que apuntan en este ámbito, a dar cumplimiento al derecho que como contrapartida asiste a los consumidores.

2.1.1.1.1. De la obligación de seguridad de las instituciones bancarias.

La Ley N° 20.555⁴³ tuvo la intención de regular de mejor manera los servicios prestados por los proveedores financieros, pero finalmente la normativa terminó centrándose en cuestiones de información. Al punto que en la historia del establecimiento de la referida ley, se señala que, “en un mundo donde distintos instrumentos de pago, dinero electrónico, créditos de consumo y créditos en general son parte importante de la vida cotidiana de cualquier persona, no deja de llamar la

⁴² CORRAL TALCIANI, Hernán, “Artículo 3º D”, en *“La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores”*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 111.

⁴³ Véase, Historia de la Ley N° 20.555, (en línea, consultado 12/03/2017, www.bcn.cl).

atención que el proyecto de ley no haga mención alguna para incluir modificaciones en lo que se refiere a cambios estructurales en la actual relación entre consumidores y proveedores”⁴⁴.

Sus principios inspiradores, permitían que la cuestión de la seguridad en la utilización de instrumentos financieros quedara cubierta. En el Mensaje de esa ley se señala expresamente que, “es posible todavía percibir en algunos mercados asimetrías de información tanto respecto de la relación de consumo como respecto a la eficacia y oportunidad de los procedimientos para resolver las desavenencias que puedan existir entre las partes en las fases posteriores a la celebración del contrato respectivo”, agregando en párrafos posteriores que nace teniendo a la vista precisamente, que una relación de consumo con proveedores financieros, es de aquellas donde más fuertemente se manifiestan asimetrías, junto con que en ese rubro y en materia de telecomunicaciones es donde se centran mayormente los reclamos de los consumidores.

Así las cosas, no existe en la legislación nacional algo así como un catálogo exhaustivo de los deberes de seguridad que recaen sobre el proveedor financiero, por lo que las medidas que deberían adoptar en este ámbito, se encuentran contenidas en normativas especiales que conviene revisar.

El Decreto Supremo N° 222 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que “regula medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie”, señala en su tercer considerando, “que se hace necesario establecer medidas de seguridad que se ajusten a nuevos y más altos estándares para prevenir y combatir la acción delictual”.

En su artículo 2º, establece que “estarán obligadas al cumplimiento de las normas del decreto, las entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y

⁴⁴ Intervención Claudio Ortiz, abogado, Gerente General del Retail Financiero, en Historia de la Ley N° 20.555, p.32, (en línea, consultado 12/03/2017, www.bcn.cl).

las empresas de apoyo al giro bancario, que reciban o mantengan dineros en sus operaciones, y sean propietarias o administradoras, a cualquier título, de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie (...).”

A continuación la norma sigue con la enumeración de determinadas medidas de seguridad que deberán adoptar las entidades obligadas respecto de los cajeros automáticos. Entre ellas y para efectos de este trabajo tienen especial relevancia:

“Artículo 10. Sistema de grabación de imágenes. Las entidades obligadas deberán adoptar las medidas para que todo cajero automático y el recinto donde se encuentre instalado, cuenten con un sistema de grabación de imágenes de alta definición, que mediante una cámara externa capte y almacene aquella actividad que se produzca en torno al cajero durante su operación, y que mediante una cámara interna, incorporada al cajero mismo, permita apreciar nítidamente el rostro y demás características físicas de las personas que interactúen con el cajero automático.

El sistema de grabación de imágenes estará conectado en línea a una central de monitoreo, perteneciente a la entidad obligada o contratada por la misma especialmente para estos efectos, que permitirá el acceso inmediato a dichas imágenes en el evento de que se active el sistema de alarma.

Las imágenes captadas por el sistema de grabación serán almacenadas y estarán disponibles por un plazo mínimo de 45 días.

Sin embargo, en el caso de la ocurrencia de ataques al cajero o sus sistemas de seguridad, la entidad tendrá la obligación de mantener las grabaciones de dicho evento por un periodo de veinticuatro meses”.

“Artículo 14. Medidas de seguridad contra la clonación y la obtención fraudulenta de las claves personales utilizadas en los cajeros automáticos. Para evitar o dificultar la clonación de tarjetas de débito o crédito en un cajero automático y la obtención fraudulenta de las claves personales de los usuarios, las entidades obligadas deberán implementar, directamente o a través de una empresa especialmente contratada para este efecto, un plan de revisiones de seguridad a los cajeros automáticos, que contemple la verificación física de la inexistencia de dispositivos destinados a capturar la información de las tarjetas de crédito o débito y/o las claves personales de los usuarios, o a alterar de cualquier forma el normal funcionamiento del mismo, tales como cámaras ocultas, skimmers u otros.

El mencionado plan de revisiones de seguridad deberá detallar la periodicidad con que se efectuarán las visitas a cada cajero. Copia del referido plan deberá ser remitido a la autoridad fiscalizadora por la entidad obligada.

El resultado de las revisiones efectuadas de conformidad con el plan referido deberá estar disponible en forma inmediata para la entidad obligada”.

Ambas disposiciones imponen a las entidades financieras, obligaciones tendientes a evitar los fraudes con tarjetas bancarias, o a lo menos, a conducir a su esclarecimiento en caso que éstas de todas formas se concreten. Se trata de medidas que buscan que se preste un servicio más seguro al público en general.

En la misma línea, el “Capítulo III.J.2 Emisión u Operación de Tarjetas de Débito (Circular N° 3013)” que forma parte del “Compendio de Normas Financieras” del Banco Central, señala en su N° 4 del Título VIII “De la Operación del Sistema”:

“4.- Los Emisores procurarán que se lleven registros suficientemente detallados sobre las operaciones que se efectúen con las Tarjetas, de manera que quede constancia de ellas y puedan rectificarse los errores que se detecten. Con este objeto, los Emisores y los Operadores deberán convenir las medidas necesarias.”

La SBIF, se ha pronunciado también respecto a la seguridad en determinadas operaciones bancarias y a la utilización de ciertos productos, a través de diversas circulares que contienen recopilaciones de normas, de las que interesan particularmente, “Capítulo 8-3 de las Tarjetas de Crédito”, “Capítulo 2-15 de las Tarjetas de Débito”, y “Capítulo 1-7 de la Transferencia Electrónica de Información y Fondos”.

Las dos primeras, no se refieren de manera especial a la prevención de fraudes, sino que sólo al aviso que debe efectuar el tarjetahabiente en caso de pérdida, hurto, robo o falsificación y las facilidades que debe otorgar el Banco para ello, sin hacer distinción alguna.

La última circular contiene un apartado dedicado específicamente a la prevención de fraudes, donde, no obstante se titula “transferencia electrónica de información y fondos”, se hace alusión expresa a modo de ejemplo, a los cajeros automáticos en relación a las medidas de seguridad que han de tomar las entidades financieras en la ejecución de sus operaciones:

“4.2. Prevención de fraudes.

Los bancos deberán contar con sistemas o procedimientos que permitan identificar, evaluar, monitorear y detectar en el menor tiempo posible aquellas operaciones con patrones de fraude, de modo de marcar o abortar actividades u operaciones potencialmente fraudulentas, para lo cual deberán establecer y mantener, de acuerdo a

la dinámica de los fraudes, patrones conocidos de estos y comportamientos que no estén asociados al cliente.

Estos sistemas o mecanismos deberán permitir tener una vista integral y oportuna de las operaciones del cliente, del no cliente (por ejemplo en los intentos de acceso), de los puntos de acceso (por ejemplo direcciones IP, Cajero Automático u otros), hacer el seguimiento y correlacionar eventos y/o fraudes a objeto de detectar otros fraudes, puntos en que estos se cometen, modus operandi, y puntos de compromisos, entre otros”⁴⁵.

Esta última normativa transcrita, se refiere a varias cuestiones necesarias para identificar si una determinada transacción es o no fraudulenta, como por ejemplo, el conocimiento y detección de patrones de fraude y la consideración del comportamiento habitual del cliente.

Si bien es cierto que la adopción de estas medidas de seguridad no garantiza de manera absoluta la invulnerabilidad de las tarjetas bancarias y los sistemas asociados, contribuyen de manera considerable a minimizar el riesgo de clonación, y con ello a garantizar la prestación de un servicio seguro. Por lo tanto, forman parte del derecho que el artículo 3º letra d) le concede de manera general a los consumidores, entendiéndose que de concretarse el hecho, significa que muy probablemente, dichas medidas no fueron tomadas, o que no fueron suficientes y de igual forma fueron burladas, configurándose una infracción al referido precepto.

2.1.1.2. Artículo 12.

“Artículo 12: Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a

⁴⁵ Circular N° 3.578, en “Recopilación Actualizada de Normas. Capítulo 1-7”.

las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

El precepto transcrito, “constituye una manifestación especial de la regla contenida en el artículo 1545 del Código Civil (*pacta sunt servanda*) llamada, comúnmente intangibilidad de los contratos. En este sentido los proveedores deben siempre honrar las convenciones celebradas con sus consumidores, tanto en lo relativo a sus términos, como a sus condiciones y modalidades”⁴⁶.

Así, proveedor y consumidor en el cumplimiento de sus obligaciones, deben respetar los términos y condiciones en que se pacta la prestación del servicio que da origen a la relación de consumo. Es por esta razón que la norma en comento, “funda la mayoría de las acciones legales contra proveedores, precisamente por contener una prohibición genérica de apartarse de lo pactado según la buena fe contractual”⁴⁷.

Relacionando lo establecido por este artículo con el ya analizado deber de seguridad que recae sobre el proveedor, resulta que dicho deber, se encuentra incorporado al vínculo contractual que contrae con el consumidor, entendiendo que éste, más allá de contratar servicios financieros con miras a tener acceso a los productos que ofrecen los bancos, lo hace buscando mantener seguros sus fondos, depositándolos bajo cualquiera de las modalidades de cuenta disponibles.

El hecho de prestar un servicio que se ajuste al estándar de seguridad exigible a los sistemas que ofrecen esta clase de proveedores, constituye una de las condiciones en que se contrata el servicio. Dicho estándar, viene dado por la adopción de ciertas medidas⁴⁸, de manera tal que, cuando estas no se adoptan o ello se hace de manera deficiente, y como consecuencia se concreta un fraude bancario como la clonación, se incumple la condición “servicio seguro”, configurándose una infracción a la LPDC.

⁴⁶ NASSER OLEA, Marcelo, “Artículo 12”, en “*La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores*”, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 258.

⁴⁷ *Ibid.*, p.258.

⁴⁸ Véase *supra* Capítulo II – 2.1.1.1.1.

2.1.1.3. Artículo 23 inciso primero.

“Artículo 23 inciso 1º: Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

La norma transcrita cobra relevancia, desde el momento en que los consumidores buscan perseguir la reparación del daño que deriva de la infracción, pues comienza haciendo alusión a la responsabilidad infraccional, para posteriormente referirse al menoscabo que la infracción genera, lo que a su vez da origen a la responsabilidad civil, fundando la mayoría de las pretensiones indemnizatorias en materia de consumo.

Lo anterior es consecuencia de la concreción de un fraude en términos civiles, derivado del hecho de que en prácticamente todos los casos, la clonación se sigue de la utilización fraudulenta de la tarjeta clonada, momento en que se configura un perjuicio en el patrimonio del consumidor, que es el que se busca reparar.

Por lo mismo, el artículo en comento, “se suele vincular con el derecho a indemnización (artículo 3 letra e)) y con el deber de respetar los términos y condiciones del contrato (artículo 12), siempre en el ámbito de la responsabilidad contractual, más bien como una fuente ambigua de responsabilidad que exige que el daño se produzca en la venta o en la prestación del servicio”⁴⁹.

El referido perjuicio, es consecuencia de que el proveedor ha sido negligente en la prestación del servicio, pues no ha cumplido con el estándar de diligencia que

⁴⁹ BARRIENTOS CAMUS, Francisca, CONTARDO GONZÁLEZ, Juan, “Artículo 23 inciso 1º”, en “La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores”, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 558-559.

le es exigible⁵⁰, y sus sistemas que debieran de otorgar seguridad a sus clientes han sido vulnerados, causando un menoscabo en los patrimonios de los mismos.

De esta forma, la infracción del precepto en comento se sigue del hecho de que el artículo 3º letra d) haya sido también infringido, entendiendo que si el proveedor incumplió con el deber de brindar seguridad en la prestación de su servicio, incurre en una conducta negligente que causa un daño al consumidor.

En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2 de agosto de 2016, en el marco de un caso de clonación señalando:

“Cuarto: En este caso, el servicio consiste en el otorgamiento por PROMOTORA FALABELLA S.A. de tarjetas de crédito de consumo, lo que supone que la entidad preste el servicio ofrecido sin fallas o deficiencias en cuanto, en lo que aquí interesa, a la seguridad. Es decir, el servicio no puede prestarse sin los cuidados debidos en relación al uso de la tarjeta por su titular, puesto que el proveedor, si actúa con negligencia, causando menoscabo al consumidor, puede generar, además de incurrir en una infracción a esta norma legal, en responsabilidad del proveedor hacia el consumidor;”⁵¹

Así las cosas, el incurrir o no en la infracción del artículo 23 inciso primero, depende de que los proveedores empleen la diligencia debida en el diseño y operación de sus sistemas de seguridad, de manera tal que puedan ofrecer un servicio confiable y seguro a los consumidores.

2.1.2. Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil, implica que junto con la concurrencia de los supuestos necesarios para que se configure una infracción a la LPDC, podrían darse

⁵⁰ Véase Capítulo II - 1.1.2.3, p. 26.

⁵¹ C. Santiago, 2 de agosto de 2016, Rol N° 884-2016, Cº4, www.poderjudicial.cl.

las condiciones requeridas para la interposición de una acción civil contra el proveedor, si dicha infracción produjo un daño en la persona o patrimonio del consumidor, que se desprendería del incumplimiento de la obligación de brindar un servicio seguro que tiene el proveedor respecto del consumidor.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia, haciendo alusión a que, “es evidente que el banco –en cuanto proveedor del servicio- debe también otorgar al titular de la tarjeta las seguridades necesarias, en términos que pueda operar con ella en forma regular, sin menoscabos ni tropiezos, porque se trata de un producto que ofrece al cliente y por la sencilla razón que ese es su negocio;”⁵².

Entonces, “junto con la querrela infraccional entablada ante el juez de Policía Local competente contra un determinado proveedor, la víctima podría ejercer una acción indemnizatoria civil que estaría sujeta a las reglas comunes del procedimiento infraccional ordinario contemplado en la Ley N° 18.287”⁵³. Esto se sigue del hecho de que la infracción podría o no producir un perjuicio, por lo que no siempre que el proveedor sea responsable de ella, será también civilmente responsable, pues los supuestos para que configure una o la otra no son los mismos.

Así lo establece el artículo 14 de la Ley N° 18.287 en su inciso primero, al señalar que “el solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido”.

Lo siguiente que debe aclararse, es si en el caso de las clonaciones y respecto de la responsabilidad civil, nos encontramos ante el estatuto contractual o extracontractual, y con ello si se trata de una responsabilidad objetiva o subjetiva, pues en la práctica muchas veces la distinción en cuestión se diluye, provocando a la vez ciertas dificultades en materia de prueba que más adelante se verán.

⁵² C. Santiago, 9 de agosto de 2013, Rol N° 1740-2012, www.poderjudicial.cl

⁵³ ZELAYA, Pedro, op.cit., p. 227.

Así, y aunque parezca obvio que se trata del primero, por existir un contrato suscrito por consumidor y proveedor, la cuestión muchas veces puede resultar confusa, sobretodo teniendo a la vista la redacción del artículo 23 de la LPDC, que junto con ser, por regla general, el fundante de las acciones civiles en materia de consumo, es también el fundamento de la discusión relativa a la objetividad de la responsabilidad.

La confusión se produciría a la luz de que dicho precepto “configura una fuente ambigua de responsabilidad”⁵⁴, pues al hacer uso del concepto de “negligencia”, da pie a la idea de que nos encontramos frente a un caso de responsabilidad subjetiva, y que se haría referencia a un estatuto extracontractual, cuestión que dificulta enormemente la prueba para el consumidor, pues mediando un contrato, dicha negligencia debiera de presumirse y por ende, le correspondería al proveedor probar que fue diligente, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1547 inciso 3º del Código Civil.

Además, se discute la existencia de ciertos casos en que parte de la doctrina ha expuesto que podrían concurrir ambos estatutos y nos encontraríamos frente a un supuesto de cúmulo de responsabilidades⁵⁵.

Por lo mismo, conviene aclarar que en el caso particular de las clonaciones de tarjetas, lo razonable es señalar que se trata de un caso de responsabilidad contractual, derivada del vínculo (contrato) existente entre el Banco y el consumidor, donde el primero más allá de lo establecido por la LPDC, se obliga, entre otras cosas, a brindarle al segundo un servicio con adecuadas condiciones de seguridad.

En este sentido, debemos tener en consideración los elementos de la responsabilidad contractual, esto es incumplimiento, daño, causalidad, imputabilidad

⁵⁴Véase: BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la ley de protección al consumidor. Alguna jurisprudencia reciente”, en “Estudios de derecho civil IV: jornadas nacionales de derecho civil: Olmué, 2008”, Santiago, Legal Publishig, 2009, p. 641.

⁵⁵ ZELAYA, Pedro, op.cit., p. 232 y ss.

(culpa o dolo), que no concurra una causal de exención de responsabilidad y mora del deudor.

En términos generales en el caso de las clonaciones, teniendo en cuenta que el proveedor incumple con su obligación de prestar un servicio seguro, causando un daño o menoscabo al consumidor quién verá mermado su patrimonio, lo siguiente que debe concurrir es la culpa, que en materia contractual se presume. Luego y entendiendo que la mora en las obligaciones de hacer se produce por el sólo hecho de la contravención, bastará que no concurra una causal de exención, para que se configure la responsabilidad del proveedor, pero como se verá, en la práctica la cuestión no resulta tan sencilla.

Ahora, en relación a la obligación de prestar un servicio seguro, conviene analizar si se trata de una obligación de medios o de resultado.

Enrique Barros señala que el hecho de que las obligaciones que contraen los profesionales sean de medios o de resultado está determinado por las expectativas que el Derecho cautela a quienes hacen el encargo, de manera que “son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener”⁵⁶.

En este sentido, el Banco se obliga a prestar un servicio seguro, y en esos términos a custodiar los fondos que el consumidor deposita con la razonable expectativa de que se mantengan dentro de su esfera de protección, y no a hacer todo lo posible porque así sea, por lo que se trata de un beneficio preciso, que nos lleva a concluir que estamos frente a una obligación de resultado. Si se tratase de una obligación de medios, claramente se desincentivaría la contratación con los bancos y muchos consumidores preferirían mantener el dinero guardado en sus casas.

⁵⁶ BARROS BOURIE, Enrique, “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 657-658.

De todas formas, conviene analizar esta cuestión con un poco más de detención, revisando los criterios que permiten calificar a una obligación como de resultado.

Corresponde mirar primero, a si el resultado en este caso tiene carácter aleatorio, y no lo tiene, pues el hecho de que el Banco brinde un servicio seguro al consumidor no responde a una contingencia; segundo a la actividad que ejercen las partes, esto es si se trata o no de profesionales liberales, en el caso, la labor que desempeñan se acerca a una más bien técnica, que consiste en mantener la seguridad del dinero de los clientes, y no al desarrollo de habilidades individuales; tercero al rol pasivo o activo del acreedor, en el caso, si bien no es totalmente pasivo, lo es en gran parte, atendiendo a que como ya se vio las precauciones que puede implementar el consumidor para la custodia de su dinero son limitadas y mayormente domésticas; cuarto a la mayor o menor determinación de la obligación, donde nos encontramos con que la obligación se encuentra determinada, a lo menos en parte, y consiste en mantener la seguridad del servicio con miras a la custodia de los fondos que el consumidor le confía; por último al criterio de la distribución de riesgos, que en este caso recae sobre el deudor-proveedor, quien además de estar en mejor posición de soportarlo, debe hacerlo atendiendo al carácter de profesional que está detrás, a las características particulares de la obligación, y por último a que ese es su rubro.

Vemos entonces, como la obligación cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del proveedor, responde en todos los aspectos analizados, a las características de una de resultado, lo que permite calificarla como tal.

Yendo más allá, incluso podría decirse que tratándose de una obligación de resultado, la culpa se presume y la única causal de exención de responsabilidad correspondería a la fuerza mayor o al caso fortuito. En este sentido, Abeliuk señala que “en las obligaciones de resultado el acreedor nada debe probar, pues al deudor de ellas le corresponde acreditar que obtuvo el resultado prometido, y si él no ha

tenido lugar, que no hubo culpa suya en este hecho”⁵⁷. Barros da un paso más, y expone que “la lógica de las obligaciones de resultado lleva a que la exoneración usualmente sólo se pueda producir probando el caso fortuito o fuerza mayor”⁵⁸, ejemplificándolo con la obligación del transportista y del vendedor que por una causa desconocida no pudo cumplir con la entrega, a quien no le resultará suficiente probar su diligencia, sino que deberá probar que por un hecho que estaba fuera de su control le resultó imposible cumplir⁵⁹.

Para que se configure la exención de responsabilidad respecto del caso fortuito y la fuerza mayor, deben cumplirse los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad de los hechos, requisitos copulativos con los que no podría cumplir una clonación, primero porque atendiendo a la habitualidad con que ocurre definitivamente no podría ser imprevisible, y segundo porque mirando todas las medidas de seguridad que contemplan las leyes, sumado a todas las opciones de mecanismos de prevención y control adoptables, no podría tratarse tampoco de un suceso irresistible. Esto constituye la regla general, pues los mecanismos a través de los cuales se concreta una clonación se van perfeccionando con rapidez, razón por la cual, al mismo tiempo las instituciones bancarias debieron de mejorar el diseño de las tarjetas que ofrecen a sus clientes periódicamente, con el fin de ofrecer mayor seguridad.

En este sentido, como una obligación de resultado ha entendido la legislación argentina el deber de seguridad que tienen los bancos respecto de la custodia de las cajas de seguridad, que si bien no se trata del mismo servicio que contempla el caso en estudio, entrega algunas luces en cuanto a los fundamentos de dicho deber, que podrían ser perfectamente aplicables a él.

El Código Civil y Comercial de la Nación, a propósito del servicio de caja de seguridad, establece en su artículo 1413:

⁵⁷ ABELIUK MANASEVICH, René, “*Las Obligaciones*”, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1993, p. 181.

⁵⁸ BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 983.

⁵⁹ Ibid., p. 984.

“Obligaciones a cargo de las partes. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas”.

La doctrina de ese país ha señalado que entre las características del contrato de caja de seguridad cuentan el ser bancario, de adhesión y de resultado⁶⁰, y específicamente respecto de la obligación de seguridad que, “la obligación asumida por la entidad bancaria es de resultado y no de medios. Nos encontramos dentro de la faz de responsabilidad contractual y las obligaciones asumidas por el banco en el contrato de referencia son de resultado”⁶¹.

Vemos entonces, como la idoneidad en la custodia y las expectativas creadas en los usuarios, constituyen criterios perfectamente aplicables a la obligación que se incumple en los casos de clonación de tarjetas, pues ella implica la implementación de medidas de seguridad suficientes y apropiadas para mantener a resguardo los fondos que los consumidores depositan en los bancos, con la confianza de que se trata de un servicio seguro.

Por supuesto, lo expuesto es un análisis a grandes rasgos y el hecho de que el proveedor se vea obligado a indemnizar perjuicios al consumidor, dependerá mayormente, en la práctica, de la prueba aportada en juicio en relación a los elementos referidos, cuestión que se analizará en capítulos posteriores.

⁶⁰ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, PICCININO CENTENO, Roque, “*El contrato de caja de seguridad bancaria*”, (en línea, consultado 17/05/2017, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-contrato-de-caja-de-seguridad-bancaria>).

⁶¹ ARIAS CÁU, Esteban, “*El contrato bancario de caja de seguridad en el nuevo Código*”, Revista Diario La Ley, 2015, N° 203, p.4, (en línea, consultado 17/05/2017, http://www.academia.edu/17436017/EL_CONTRATO_BANCARIO_DE_CAJA_DE_SEGURIDAD).

2.2. Responsabilidad del consumidor.

En relación a la responsabilidad del consumidor, debe comenzar señalándose que éste, además de los derechos que le concede para su protección la LPDC, recíprocamente tiene también deberes.

En este sentido, y si bien de acuerdo al artículo 3º letra d), tiene derecho a que el proveedor le brinde productos y servicios seguros, ese mismo precepto señala que dicha seguridad en el consumo, es también un deber básico del consumidor, de lo que se desprende que él, de la misma forma, debe procurarse un servicio seguro.

En la misma línea de las recomendaciones preventivas⁶², en la generalidad de los casos y particularmente respecto de los fraudes bancarios, las precauciones o medidas de seguridad que puede tomar el consumidor son muy limitadas, pues su conocimiento relativo a la complejidad tecnológica en la operatividad de los sistemas de tarjetas comúnmente es prácticamente nulo. Por lo mismo, más allá de custodiar su clave, sobretodo al momento de girar dinero en un cajero automático o de realizar una compra, y de bloquear la tarjeta en caso de que ésta le haya sido hurtada o detecte un extravío de la misma, no puede lógicamente exigírsele otra clase de cuidados que escaparían del estándar de diligencia que le es exigible.

Respecto del asunto, no existe un marco regulatorio específico aplicable, pero la Ley Nº 20.009 que “limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas”, establece ciertas normas de carácter bastante general que, en la práctica, lamentablemente se han aplicado también a los casos de clonación de tarjetas, haciendo patente la insuficiencia en la regulación de dichos casos, pues la forma en que éstos se desarrollan, dista bastante de un hurto o pérdida del plástico.

⁶² Véase supra Capítulo II – 1.1.2.1.

Entre las normas que dicha ley contempla, se encuentra el artículo 4º, que limita la responsabilidad del tarjetahabiente señalando que:

“El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”.

De esta forma, cuando los cargos ejecutados de manera fraudulenta se producen en un tiempo posterior al aviso de bloqueo, no se presentan mayores problemas, pues una presunción simplemente legal opera en favor del consumidor, y para desvirtuarla, el proveedor deberá probar que dichos cargos fueron realizados por él.

Distinto es el escenario cuando dichos cargos se realizan con anterioridad al referido aviso, que es lo que ocurre en prácticamente todos los casos de clonación, en vista de que, de acuerdo al precepto transcrito, “para que opere la exención de responsabilidad respecto del tarjetahabiente este debe haber dado oportuno aviso a la institución emisora de la tarjeta”⁶³. De esta forma, el argumento “a contrario sensu” es uno de los más utilizados por los proveedores en su defensa, esto es, que no los alcanzaría responsabilidad alguna, pues las operaciones fraudulentas se habrían realizado previamente a un aviso de bloqueo.

El principal problema en este caso, es que “en el supuesto de falsificación de la tarjeta, el titular de la tarjeta desconoce que se ha producido tal hecho, recién cuando se opera con la tarjeta falsificada, y la entidad emisora la envía en el extracto de pagos información sobre la misma, es que el titular de la tarjeta toma conocimiento de la falsificación”⁶⁴, y es ahí cuando se interpone el reclamo, pues no tendría sentido efectuar bloqueo alguno si tiene la tarjeta en su poder.

⁶³ YOPO DÍAZ, Natalia, “Responsabilidad en los casos de fraude por extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito”, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 48.

⁶⁴ MARÍÑO LÓPEZ, Andrés, “Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito”, (tesis doctoral), Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 136.

La aplicación del artículo 4º implicaría entonces, que el consumidor es responsable de los cargos efectuados a su tarjeta con anterioridad al aviso de bloqueo, y por ende debería soportarlos. Pero dicha aplicación es bastante discutible en este caso, primero porque ante todo debiere tenerse presente que la dictación de la ley en comento, tuvo por objeto tutelar al consumidor⁶⁵, quien se veía afectado por el vacío legal aún mayor que existía antes de éste hecho; y segundo, porque siempre deben tenerse a la vista los supuestos de cada caso en particular.

De todas formas, “al establecer la posibilidad del consumidor de liberarse de responsabilidad mediante el aviso, no significa que con anterioridad a ello deba él cargar con los cobros no consentidos, sino simplemente que no puede favorecerse de la presunción legal, en orden a inferir que el uso de la tarjeta posterior a la notificación se realizó sin su consentimiento y no le genera responsabilidad”⁶⁶.

Así las cosas, al momento de determinar si existe o no responsabilidad del consumidor en los hechos, a falta de una norma específica que regule los casos de clonación, debe atenderse a las normas probatorias generales que regulan el procedimiento civil.

El problema es que ello en muchos casos no ocurre, por lo que la aplicación del comentado artículo 4º termina afectando las posibilidades del consumidor de ver resarcidos los perjuicios que la clonación le acarrea.

Generalmente detectar la pérdida o el robo de una tarjeta resulta sencillo para los consumidores, por lo que es posible dar aviso oportuno de ello al proveedor a fin de evitar posibles fraudes, mientras que detectar rápidamente que una tarjeta fue clonada es algo prácticamente imposible, resultando ilógica la exigencia de un aviso por un hecho que se desconoce.

⁶⁵ Véase, “Historia de la Ley N° 20.009”, (en línea, consultado 9/12/2016, www.bcn.cl).

⁶⁶ ISLER SOTO, Erika, “*Uso malicioso de una tarjeta comercial hurtada, robada o extraviada: ¿Quién debe soportar el costo de las transacciones no consentidas?*”, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’ Higgins, 2015, vol. XI, N°2, p. 212-213, (en línea, consultado 23/10/2016, <http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/19>).

En este caso, es evidente que el tarjetahabiente no tendrá la posibilidad de bloquear el plástico en forma oportuna, quedando totalmente expuesto a que terceros operen con ella sin su consentimiento, y como consecuencia de la aplicación de artículo 4º, lamentablemente deberá asumir los perjuicios que de ello se generen, salvo que logre probar que dichas operaciones fueron realizadas fraudulentamente, lo que implica una enorme dificultad para los consumidores, que quedan en un estado de total indefensión.

Lamentablemente, como ya se enunció, el aviso oportuno de los tarjetahabientes, en algunos casos es considerado por los jueces como una condición para dar lugar a las querellas y demandas civiles que se interponen a propósito de las clonaciones, obviando cualquier análisis respecto a la forma en que éstas ocurren, homologándolas al robo, hurto o extravío. Así puede observarse en un fallo emitido por el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, respecto de un caso en que una consumidora, al concurrir a las oficinas de la denunciada a pagar su cuenta, se percató de la existencia de una transacción realizada con su tarjeta y que desconocía. En dicha oportunidad el referido tribunal, para no dar lugar a la querella infraccional, señaló que:

“10) Que, por otra parte, los artículos 3º y 4º de la citada Ley 20.009 dan las reglas para calificar la responsabilidad para el caso de compras o transacciones realizadas con tarjetas robadas, hurtadas o extraviadas, sea antes del bloqueo o después de éste, indicando que el tarjetahabiente no responderá por las operaciones realizadas después de su aviso de bloqueo dado al emisor, aún en caso de existir cláusulas contractuales en contrario, salvo que el emisor pruebe que fue el propio tarjetahabiente quien las hizo. Entonces, contrario sensu, el consumidor deberá responder por aquellas transacciones realizadas antes del aviso de bloqueo dado al emisor, siempre que existan en la empresa emisora los medios de comunicación necesarios para recibir tales avisos de parte de sus clientes.

11) Que por consiguiente, constando en autos que la consumidora María Vivanco Salazar, efectuó el bloqueo de manera posterior a las transacciones que impugna, no corresponde que la entidad emisora de la tarjeta sea considerada como negligente al prestar sus servicios y, por lo mismo no pueden considerarse infringidas las normas citadas (...)”⁶⁷.

Como se puede apreciar en el último considerando transcrito, lo que resulta determinante para eximir de responsabilidad al consumidor, es la ubicación temporal del aviso respecto de las transacciones, y no respecto del robo, hurto o extravío como señala la ley, sin considerar por lo demás, que dichos supuestos no se configuraron en este caso.

En el mismo sentido se pronunció el Tercer Juzgado de Policía Local de La Florida, respecto de un caso similar al anterior, en el cual la consumidora al revisar su estado de cuenta, se percató de la existencia de cuatro transacciones desconocidas por ella, realizadas el día anterior a dicha revisión, siendo que siempre mantuvo la tarjeta en su poder. En concreto el fallo en cuestión señala que:

“5º Que este Tribunal estima que atendido los antecedentes del proceso y en el mérito de autos y en especial al hecho que el giro y las compras objetados por la denunciante y demandante CAICEO RIFFO, fueron realizados con anterioridad al respectivo aviso de bloqueo, este Sentenciador ha concluido que no existe infracción alguna que pueda ser sancionada por este Tribunal relativa a normas contenidas en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

6º Que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 20.009 sobre Limitación de la Responsabilidad de los Usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas,

⁶⁷ Tercer Juzg. Policía Local de Santiago, 5 de mayo de 2016, Rol N° 6844-MRR-2012, Cº 10 y 11.

extraviadas o robadas, se desprende que solo nace la responsabilidad para el Ente Emisor una vez dado el aviso exigido por la Ley, siendo por tanto el tiempo previo responsabilidad del usuario, toda vez que de lo contrario se estaría ampliando la responsabilidad más allá de lo que establece la Ley”⁶⁸.

Se produce en casos como estos, un problema de aplicación de la ley, en virtud de una analogía que carece de todo sentido. Afortunadamente en otros, se tiene en cuenta al momento de fallar el hecho fundamental de que en las clonaciones no existe una pérdida material de las tarjetas, por lo que no es aplicable la norma en comento.

Dicha consideración se puede observar en un fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

“Cuarto: (...) si es que no existe una pérdida material de las tarjetas, pero si un uso fraudulento mediante la captura de los datos e información contenida en equipos respecto de los cuales el cliente no tiene ninguna injerencia, necesariamente se está frente a una cuestión que es de responsabilidad del emisor, pues es él quien está en condiciones de verificar, y con ello evitar, la realización de fraudes como el que nos ocupa, hecho que no fue debidamente probado por el banco demandado sino solamente se limitó a declarar la negación de su responsabilidad, en su escrito de contestación”⁶⁹.

Pero la correcta interpretación del artículo 4º de la Ley Nº 20.009 no es una cuestión unánime en la jurisprudencia, lo que coarta enormemente las expectativas de los consumidores de ver resarcidos los perjuicios que el fraude le ocasione.

⁶⁸ Tercer Juzg. Policía Local de La Florida, 26 de octubre de 2016, Rol Nº 126789-14/V, Cº 5 y 6.

⁶⁹ C. Antofagasta, 2 de enero de 2015, Rol Nº 187-2014, Cº4, www.poderjudicial.cl

Capítulo III: Un caso relevante y las dificultades probatorias en materia de consumo.

En materia de consumo se presentan dificultades relativas a la prueba reflejadas en la práctica jurisprudencial, y que a su vez se relacionan, o más bien son una consecuencia directa de los vacíos existentes en la regulación probatoria.

En este sentido, el caso de la clonación de tarjetas resulta ejemplificador, pues acarrea numerosas dificultades en torno a la prueba, que ponen de manifiesto las falencias ya enunciadas en el Capítulo I.

A partir del relato de un caso paradigmático, se buscará mostrar cómo se reflejan las referidas dificultades en la práctica. Para ello, primeramente se analizarán aquellas relativas a los hechos, esto es, cómo la manera en que ocurren tiene efectos directos a la hora de ofrecer prueba por las partes. Luego se revisarán las consecuencias que tiene la ausencia de un estándar de prueba aplicable en ésta materia, y cómo éstas se manifiestan directamente en la resolución del asunto, para finalmente examinar el tema de la facilidad y disponibilidad probatoria, y cómo influye en la resolución de éste tipo de casos conforme a la regulación actual.

1. Un caso relevante.

Con el fin enunciado, expondré un caso fallado en primera instancia por el Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago⁷⁰, fallo que luego fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago⁷¹, para posteriormente llegar a la Corte Suprema, quien rechazó la queja⁷² interpuesta por parte del SERNAC.

⁷⁰ Segundo Juzg. Policía Local de Santiago, 6 de abril de 2016, Rol N° 14497-P-2015.

⁷¹ C. Santiago, 17 de octubre de 2016, Rol N° 1078-2016, www.poderjudicial.cl.

⁷² C.S., 15 de diciembre de 2016, ROL N° 82241-2016, www.poderjudicial.cl

1.1. Hechos.

Una consumidora señaló ser titular de una cuenta vista en el Banco Falabella. El 24 de enero de 2015, habría realizado una llamada a la banca telefónica para consultar su saldo, manifestándosele que en su cuenta tenía un total de \$5.004, lo que le pareció imposible, pues estaba segura de tener más dinero en ella. Por lo mismo, concurrió a un cajero automático, donde el resultado de su saldo fue el mismo que le habían informado.

Se contactó nuevamente con el Banco, en busca de una explicación de la situación, momento en el que se le señaló que debía realizar la denuncia correspondiente ante Carabineros, cuestión que efectivamente hizo.

Una vez obtenido el detalle de los últimos movimientos, se percató de que existían cinco giros en cajero automático que ella no había realizado, los que sumaban un total de \$400.000 que fueron retirados fraccionadamente. Llama la atención que todos fueron efectuados en un lapso de 32 minutos, cuatro de ellos en un mismo dispensador, mediando entre éstos unos pocos segundos de diferencia, lo que no se correspondía con la conducta habitual de la consumidora.

Todo esto llamó profundamente su atención, en vista de que, como señaló en su relato de los hechos, siempre tuvo la tarjeta de cuenta vista en su poder.

Así las cosas, interpuso un reclamo ante el SERNAC del cual se dio traslado al Banco para efectos de intentar una mediación, la cual fue respondida en términos negativos, argumentando que los giros se realizaron con la tarjeta correspondiente y utilizando el número PIN correcto, de manera que las transacciones se habrían efectuado con regularidad y no procedería la reversa de los cobros.

De esta forma, el Banco delegó toda la responsabilidad en la consumidora, sobre la base de que la administración de la tarjeta sería de su sola responsabilidad⁷³.

El SERNAC interpuso la denuncia correspondiente por infracción a la LPDC, acompañando a ella el formulario único de atención de público, copia simple de la respuesta enviada por el banco, de la cartola donde figuran los movimientos desconocidos por la consumidora, del parte de Carabineros donde consta la denuncia de los hechos, del certificado de transacciones, de la cédula de identidad de la consumidora, de la consulta de saldos efectuada en cajero automático y una lista de testigos.

En la audiencia de conciliación contestación y prueba, el Banco acompañó sólo un informe técnico de fraude, elaborado por él mismo, donde se alude a las medidas de seguridad que se habrían desplegado en el caso, por lo que atendiendo a ellas y en su apreciación, no se le podría atribuir responsabilidad alguna.

Teniendo a la vista los hechos y la prueba ofrecida por las partes, el 16 de abril de 2016, el Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago falló el asunto, condenando a Banco Falabella al pago de una multa de 15 UTM, por haber infringido lo establecido en el artículo 23 de la LPDC.

El 24 de junio de 2016 el Banco interpuso un recurso de apelación, fundado en que en su apreciación no existiría infracción alguna, en cuanto el informe técnico de fraude aportado al proceso habría acreditado su diligencia en la prestación del servicio bancario.

⁷³ El argumento entregado por el Banco no es una cuestión aislada en estos casos, pues como se vio supra (Capítulo II – 1.1.2.1), la generalidad de los contratos en esta materia contienen una cláusula que responsabiliza de manera absoluta al consumidor por la administración de su tarjeta.

El 17 de octubre de 2016, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia, utilizando varios argumentos que reflejan claramente muchos de los problemas que se irán enunciando en esta tesis.

Posteriormente, el Servicio Nacional del Consumidor interpuso un recurso de queja, que el 15 de diciembre de 2016 fue rechazado por la Corte Suprema⁷⁴.

1.2. De la resolución y sus fundamentos.

Para efectos del desarrollo de este capítulo, interesa especialmente la resolución emanada de la Corte de Apelaciones, en la cual primeramente se señaló:

“Cuarto: Que ante el reclamo efectuado por la cliente al respectivo Banco, este efectuó una investigación, la que concluyó en que los giros y compras se realizaron con tarjeta de débito y validación de Pin de la cliente.

Por otra parte, no existe antecedente alguno que refiera que la señora Barra haya extraviado su tarjeta de débito. De haber ocurrido ello, conforme al artículo 1° de la Ley N°20.009, estaba obligada a dar el aviso que tal normativa señala”⁷⁵.

Posteriormente considera un hecho bastante particular:

“Quinto: (...) todas las transacciones fueron efectuadas en Santiago, específicamente en cajero automático N°9599 del Banco Estado ubicado en calle Puente 750; y 4 compras realizadas en Estación de Servicio Copec ubicada en San Pablo 1571.

⁷⁴ El argumento en que se fundó dicho rechazo fue que, “las sentenciadoras, al dictar la resolución cuestionada, han consignado los razonamientos de hecho y de derecho que sustentan su decisión de revocar la sentencia de primera instancia y rechazar la denuncia infraccional”, agregando que, “la decisión de las recurridas, contrastada con las argumentaciones de la quejosa, claramente representa una legítima diferencia en la determinación de los hechos de la litis y su calificación que no llega a constituir una falta o abuso grave”

⁷⁵ C. Santiago, 17 de octubre de 2016, Rol N° 1078-2016, C° 4.

Por otra parte, en el informe de investigación, se indica que la cliente posee habitualidad de giro en el Cajero Automático N°9599 del Banco Estado⁷⁶.

Para luego agregar que:

“Sexto: (...) En efecto, se realizó la investigación pertinente para determinar en qué circunstancias se habrían realizado los giros y compras denunciadas por la cliente, no existiendo en la prueba aportada al proceso, antecedentes que demuestren algún actuar negligente de parte del Banco denunciado.

Por otra parte, no existe elemento alguno que lleve a estos sentenciadores a establecer la existencia de una conducta dolosa o culposa de parte de Banco Falabella en los hechos denunciados⁷⁷.

Es posible observar que los hechos en que se funda la Corte para revocar la sentencia de primera instancia son variados. Uno de ellos, nos reconduce al conflicto ya analizado en el capítulo anterior, relativo al aviso de bloqueo y la aplicación del artículo 4º de la Ley N° 20.009, pero también se observan otros dos bastante interesantes para efectos de lo que se verá en los capítulos posteriores.

1.2.1. Fundamentos relativos al estándar de prueba.

El primero de ellos, dice relación con las circunstancias fácticas que son consideradas por el tribunal para concluir que no existiría fraude alguno detrás de las operaciones cuestionadas. Estas son, (a) que las mismas se habrían realizado con la tarjeta y pin correspondiente, cuestión que resulta obvia y que nada prueba, pues en los casos de clonación se utiliza un réplica de la tarjeta, que generalmente, se

⁷⁶ C. Santiago, 17 de octubre de 2016, Rol N° 1078-2016, C° 5.

⁷⁷ Ibid., C° 6.

obtiene a partir de la sustracción de datos mediante skimmers o cámaras ocultas⁷⁸ que graban el momento del ingreso del pin por parte del consumidor, de manera tal, que el fraude se comete ingresando la clave correspondiente; y (b) que la consumidora habitualmente giraría dinero en el cajero donde se realizó una de las cinco operaciones que se impugnan, por lo que ésta podría perfectamente haber sido realizada por ella, sin considerar que el monto girado correspondía al máximo permitido como ocurre en la generalidad de los casos de clonación.

Partiendo de la base de que la clonación de tarjetas constituye un hecho complejo, como se verá más adelante, las circunstancias que lo rodean y que podrían servir como prueba bajo la óptica del juez para dar por acreditada o no la hipótesis fáctica principal, son tan variadas como confusas para la generalidad del público consumidor.

Lo señalado sumado a la ausencia de regulación específica en la materia, trae como consecuencia que no exista claridad respecto al estándar de prueba aplicable a casos como el de análisis, que es precisamente lo que se refleja en el fallo, pues bastó con las circunstancias descritas para que el tribunal tuviese por probado que no se configuró infracción alguna, sin mediar pruebas relativas a la diligencia del Banco, más allá de un informe técnico emanado del mismo, del que no se da detalle.

1.2.2. Fundamentos relativos a la carga de la prueba.

El segundo hecho enunciado, hace referencia a que no se ha demostrado un actuar negligente del Banco, pues no hay elementos que permitan establecer la existencia de una conducta dolosa o culposa de su parte. De lo que se desprende que bajo el criterio de la Corte, correspondería probar la negligencia del proveedor, carga que recaería sobre la parte consumidora, pues en ningún momento se hace alusión a que el Banco haya presentado prueba alguna de su diligencia.

⁷⁸ Véase supra Capítulo II – 1.1.

Lo anterior resulta a todas luces ilógico, pues por una parte como se concluyó en el capítulo anterior, nos encontramos frente a un caso de responsabilidad contractual, por lo que la culpa debiera de presumirse, recayendo la carga de la prueba de la diligencia sobre el proveedor; y por otra, porque teniendo a la vista el principio de la asimetría de información imperante en relaciones desiguales como las de consumo, es claro que el consumidor no cuenta con los medios de prueba para demostrar tal cosa.

Se suma a lo anterior, la ya referida aplicación equivocada del artículo 4º de la Ley N° 20.009, que implica que la carga de probar que las operaciones cuestionadas tienen el carácter de fraudulentas recae en el consumidor, entendiendo que de acuerdo a la interpretación “a contrario sensu” del mismo, será responsable de las operaciones realizadas con anterioridad al aviso de bloqueo.

Ambas cuestiones ejemplifican las dificultades probatorias que en materia de carga de la prueba, deben enfrentar los consumidores en esta clase de casos. Además de las que se refieren al estándar de prueba ya introducidas, pero que comenzarán a analizarse en profundidad a continuación.

2. De las dificultades probatorias.

Como ya se ha venido enunciando, el Derecho del Consumo, tiene falencias en materia de regulación de la prueba, que de una u otra forma, buscan llenarse mediante la aplicación supletoria del Código Civil.

Elas acarrear consigo más de una dificultad, que pueden ser observadas en el proceso durante la etapa probatoria y se ven reflejadas de manera directa en las sentencias. Estas pueden estar relacionadas ya sea con los hechos constitutivos de cada tipo de caso, o bien con cuestiones más de fondo, pero de cualquier forma influyen e incluso determinan el resultado del juicio, muy frecuentemente, en detrimento de los intereses de los consumidores.

Lo anterior se produce, porque tal como lo ha expuesto el profesor Lorenzini, “la posición procesal que asume el consumidor en estos casos en que litiga con el proveedor es una posición debilitada y las dificultades de prueba pueden significar en la práctica una seria dificultad de acceso a la justicia para el consumidor”⁷⁹.

Si bien la cuestión de las dificultades probatorias es transversal a todo el Derecho del Consumo, y se manifiesta en gran parte de los casos que a propósito de la infracción a las normas del mismo se promueven, el caso de la clonación de tarjetas, es como ya se dijo “ejemplificador”⁸⁰, pues en él es donde más expuestas quedan dichas dificultades y, al mismo tiempo sus consecuencias.

A continuación, se tratarán dichas dificultades en general, esto es aquellas que se refieren a los hechos que deben probarse, y con ello al estándar de prueba, y posteriormente las que se relacionan con cuestiones de facilidad y disponibilidad de prueba, ligadas a la distribución de la carga de probar.

2.1. Dificultades relativas a los hechos.

Esta primera clase de dificultades dice relación con los hechos que configuran una clonación de tarjetas, y cómo afectan directamente las posibilidades de aportar prueba en juicio, y con ello, los resultados del mismo.

Para comprender mejor lo anterior, a continuación se verá que estos hechos son susceptibles de calificarse como de difícil prueba.

Como señala Hunter Ampuero, “cuando los hechos dejan marcas o huellas, ya sea en una cosa, lugar o persona, su reconstrucción en el marco del proceso judicial no debería generar mayores dificultades. Pero cuando el hecho no deja huellas o

⁷⁹ LORENZINI BARRÍA, Jaime, “La carga dinámica de la prueba en materias de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor”, en “Estudios de Derecho Civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yañez”, Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014, p. 389.

⁸⁰ Supra Capítulo III – 1.

rastros (vestigios), o bien estos son febles, débiles o poco precisos, surgen una serie de dificultades para la comprobación del hecho”⁸¹.

Son muchos los hechos que pueden calificarse como de difícil prueba, pero para efectos del tema que se viene tratando interesan principalmente, los complejos y los negativos.

En relación a los primeros, Taruffo expone que “son muy frecuentes los casos en los que el hecho relevante para la aplicación de una norma, no puede reducirse a un evento simple y específico, bien delimitado en el espacio y en el tiempo, sino que se trata de un hecho complejo”⁸². De acuerdo a él, “el problema fundamental que afecta a los hechos complejos, y que resulta, obviamente, más grave conforme aumenta su complejidad, proviene de que son difícilmente identificables con precisión analítica, consecuentemente, puede ser muy difícil establecer qué constituye objeto de prueba”⁸³.

Teniendo claro qué es lo que caracteriza a un hecho complejo, nos encontramos con que la clonación de tarjetas cabe perfectamente dentro de esta categoría. Primero, porque el hecho de la clonación en sí mismo, entendiendo por ella el procedimiento que en concreto se utiliza para sustraer y posteriormente copiar la información de una tarjeta, es particularmente técnico, por lo que resulta muy difícil acreditar que efectivamente ocurrió para cualquier consumidor medio, quien en la mayoría de los casos, no sabe cómo, cuándo, ni dónde se produjo. Por ello es que califica como “hecho técnico”, entendiendo por éste aquél “para cuya exacta determinación o traducción son menester especiales conocimientos que obligan a solicitar el asesoramiento de terceras personas denominadas peritos”⁸⁴.

⁸¹ HUNTER AMPUERO, Iván, “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2015, N°1, p.213.

⁸² TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p.144.

⁸³ Ibid., p.145.

⁸⁴ MUÑOZ SABATÉ, Luis, “Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso”, Barcelona, Editorial Praxis, 1967, p. 162.

Segundo, porque apegándonos a la caracterización que hace Taruffo de estos hechos, nos encontramos con que es más bien difuso qué es lo que se debe probar para demostrar que efectivamente se infringió alguna de las disposiciones de la LPDC por parte del proveedor.

En este sentido, hay al menos dos hechos que podrían ser objeto de prueba: la clonación en sí misma; y la realización fraudulenta de transacciones mediante la utilización de la tarjeta clonada, esto es, que dichas transacciones no fueron realizadas por el consumidor, sino por terceros que desconoce.

Pareciera ser que la prueba de cualquiera de los hechos enunciados sería susceptible de demostrar que se habría configurado una infracción en materia de consumo, el problema es que probar cualquiera de ellos resulta prácticamente imposible para la parte consumidora.

Así, atendiendo a la complejidad del hecho, en la práctica se entiende que lo que al consumidor le correspondería probar es que no fue él quien realizó las transacciones, razón por la cual se abre paso a una nueva dificultad probatoria relativa a los hechos, esta vez, en torno a la prueba de un hecho negativo.

En términos simples, “el hecho negativo no es más que un hecho positivo que pudo haber sido y no fue, siendo otro”⁸⁵. En éste caso, será “la inexistencia de un hecho lo que permita la aplicación de una norma jurídica”⁸⁶, pues la hipótesis que debiera de probarse, se encuentra definida en términos negativos.

El problema que se presenta y que aparece como una cuestión evidente es que muy a menudo la prueba directa del hecho negativo es prácticamente imposible, cuestión que ha sido reconocida por la doctrina mayoritaria, que postula la inversión de la carga de prueba para estos casos. Por lo mismo, lo único que puede ofrecerse

⁸⁵ MUÑOZ SABATÉ, Luis, op. cit., p. 154.

⁸⁶ HUNTER, Iván, op.cit., p.218.

es el “mecanismo lógico de la coartada”⁸⁷, es decir, se debe probar un hecho distinto descrito en términos positivos.

Así las cosas, al consumidor le tocaría acreditar qué se encontraba haciendo en el momento exacto en que la tarjeta clonada fue utilizada, por lo que nuevamente nos encontraríamos frente a una complejidad que radica en el carácter sucesivo del hecho, pues en la mayor parte de los casos, no es una sola la operación fraudulenta que se realiza, sino varias, y muchas veces en lugares diferentes.

Otra opción, pero que resulta igual o más dificultosa para el consumidor en términos de facilidad probatoria, sería probar que las transacciones que desconoce fueron efectivamente realizadas por terceros, cuestión que parece prácticamente imposible para quien no tiene acceso a los medios necesarios para ello, como por ejemplo cámaras de seguridad.

2.2. Dificultades relativas a la facilidad probatoria.

A modo de introducción, debe señalarse que, “a través de la disponibilidad y facilidad probatoria se trata de averiguar, básicamente, cuál de las partes tiene más accesible la fuente de prueba, o podría facilitar de cualquier modo la práctica del medio de prueba. Aquel que tenga esa accesibilidad deberá probar los hechos”⁸⁸.

En relación a la referida facilidad, sucede que se produce una dificultad provocada “por la lejanía y relación de las partes con los medios de prueba y con el dominio acerca de los hechos que constituyen el objeto del litigio. Esto ocurre, particularmente, cuando las fuentes de prueba son conocidas o están a disposición de la parte que no tiene la carga de probar un hecho, o cuando se ignora el dato fáctico que debe ser alegado”⁸⁹.

⁸⁷ TARUFFO, Michele, op. cit., p.140.

⁸⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p.11.

⁸⁹ HUNTER AMPUERO, Iván, op.cit., p.214.

En materia de consumo, se ha entendido hasta la actualidad, y así lo refleja la jurisprudencia mayoritaria, que haciendo aplicación del artículo 1698 del Código Civil la carga de probar recae sobre el consumidor, en virtud de que sería él quien alega el incumplimiento de una obligación por parte del proveedor.

Teniendo presente lo anterior, a su vez la dificultad en análisis se relaciona directamente con la asimetría de información existente entre proveedor y consumidor, que al mismo tiempo la acrecienta y deja a éste último en una situación de desventaja o desequilibrio frente al primero, en vista de que la denominada facilidad probatoria se encuentra conectada con la disponibilidad de los medios de prueba que tiene cada una de las partes, pues para quien tenga dicha disponibilidad, será a su vez más fácil probar.

En la mayoría de los casos que se promueven en virtud de una infracción a las normas de la LPDC, gran parte de los medios de prueba los tiene a su disposición el proveedor, pues es él quien ostenta el carácter de profesional, encontrándose en una posición privilegiada.

Ahora, si existe un caso en donde esta cuestión se manifiesta con fuerza es en la clonación de tarjetas, atendiendo por sobretodo, a la profesionalidad característica de los proveedores financieros y a la complejidad del servicio que prestan, entendiendo que operan con sistemas informáticos prácticamente imposibles de entender para sus clientes, pues se requiere de conocimientos muy específicos para comprender el funcionamiento del servicio que no es uno solo en particular, en vista de que las funcionalidades de una tarjeta y los medios a través de los cuales se puede utilizar son múltiples, lo que hace que la información que maneje el consumidor en relación a los productos que contrata, sea bastante precaria.

La clonación de tarjetas se diferencia bastante de otros casos y por lo mismo, conviene hacer un estudio particular de ella. Pensemos, por ejemplo, en un caso de garantía legal, donde una persona compra un electrodoméstico cualquiera, que al

mes de uso comienza a presentar fallas. De acuerdo al artículo 20 de la LPDC, el derecho de triple opción permitiría al consumidor optar por un cambio, reparación o devolución del dinero. Supongamos que el proveedor se niega a respetar dicho derecho y se concreta la infracción. Al momento de ofrecer la prueba, probablemente expondrá su política de cambios, e intentará acreditar que la falla es imputable al consumidor, quien a su vez contará con la boleta de compra, y muy probablemente con el producto mismo, pudiendo demostrar empíricamente que éste se encuentra defectuoso, simplificándose la constatación de la infracción. Además, y para estos efectos, debe considerarse que la información respecto al funcionamiento de esta clase de productos puede obtenerse fácilmente en un servicio técnico externo, al que podría acudir el consumidor con el fin de producir pruebas, mientras que si deseara obtener información acerca de los servicios bancarios, sólo podría recurrir al Banco del cual es cliente, encontrándose prácticamente atado de manos⁹⁰.

La dificultad se produce porque “una de las partes cuenta con la información respecto del hecho que debe acreditar, mientras la otra, al tiempo de carecer de esa información, tiene la carga de probarlo”⁹¹. En este caso, quien tiene la facilidad probatoria es el proveedor, pues como ya se señaló, es él con su carácter de profesional experto, quien tiene a la mano la información respecto al medio por el cual se realizaron transacciones fraudulentas, su fecha, hora, monto, etc., además de los medios necesarios y suficientes para esclarecer los hechos, como por ejemplo la posibilidad de revisar la banda magnética de la tarjeta clonada con el fin de detectar alteraciones, grabaciones de cámaras de seguridad, entre otras.

Ahora, “lo relevante será que la dificultad no se transforme en una imposibilidad para levantar la carga de la prueba y generar indefensión desde el punto de vista procesal”⁹², que es exactamente lo que ocurre, teniendo a la vista que para hacer lugar a las acciones de los consumidores, se exigen pruebas

⁹⁰ Por supuesto, el ejemplo expuesto no implica que la asimetría de información no sea transversal a todas las infracciones en materia de consumo, y que los vacíos en la legislación no afecten a los consumidores en prácticamente todos los casos, sino que sólo busca ilustrar cómo se hacen patentes en el caso en estudio.

⁹¹ HUNTER AMPUERO, Iván, op.cit., p.214.

⁹² Ibid., p.214.

prácticamente imposibles de obtener o producir para ellos, como queda de manifiesto en el caso expuesto al inicio de este capítulo, y más expresamente, en un fallo reciente emitido por el Quinto Tribunal de Policía Local de Santiago⁹³, donde se rechazó la querrela infraccional y demanda civil bajo argumentos como, “no se acompañan antecedentes directos relacionados con la acción de un tercero que haya vulnerado las medidas de seguridad del Banco denunciado”; “el denunciante no acompaña al proceso antecedentes que permitan tener por probado alguna intervención de un tercero en las mencionadas transferencias”; y “en autos no rolan antecedentes de los que se desprenda algún compromiso en la entrega del servicio asumido por el Banco denunciado que no haya cumplido”.

Por lo mismo, y para concluir este capítulo, resulta necesario hacer hincapié en la idea de que al momento de construir una regulación probatoria en materia de consumo, no pueden dejar de considerarse todas las dificultades que hasta ahora se han descrito, pues sólo así se logrará proteger de manera efectiva los derechos de los consumidores.

⁹³ Quinto Juzg. Policía Local de Santiago, 28 de octubre de 2016, Rol N° 3853-ANS-2016.

Capítulo IV: De la necesidad de determinar el estándar de prueba aplicable en materia de consumo.

La cuestión del estándar probatorio, como herramienta que permite al juez determinar cuándo debe entenderse probado un hecho, constituye un tema bastante complejo dentro de cualquiera de las ramas del Derecho.

Tal como señala Larroucau, “un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio”⁹⁴.

En este sentido, lo primero que debe considerarse a la hora de hablar de estándar de prueba, es que característico de cualquier litigio es la incertidumbre que lo rodea en torno a cuál será el resultado final, por lo que el establecimiento de dicho estándar constituye un importante factor de mitigación de la referida incertidumbre, permitiendo a las partes tener un panorama, a lo menos tentativo, de cómo se desarrollará y terminará el juicio, de acuerdo a las pruebas que pretendan ofrecer.

Por esta razón, en el caso contrario, la ausencia de una regla que establezca un estándar, sea cuál sea el área del Derecho de que se trate, resulta bastante problemática, entendiéndose que “el estándar probatorio tiene una incidencia directa en el aumento o disminución de las sentencias erróneas en el área donde rige”⁹⁵. De forma tal que, un “desafío apremiante para todo análisis racional de la prueba es arrimarse a delinear cada uno de los estándares en las diversas parcelas del ordenamiento vigente”⁹⁶.

A partir de su establecimiento, se aclara de cierta forma el panorama probatorio para las partes, esto es, la prueba que han de aportar para que los hechos que cada una de ellas alega sean considerados por el juez como verdaderos, en

⁹⁴ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p.783

⁹⁵ Ibid., p. 786.

⁹⁶ Ibid., p. 785.

resumen, cuáles son los hechos que efectivamente deberán probarse en cada caso, qué clase de prueba será la que deban aportar, y cuándo ésta será suficiente para tener por probado determinado hecho, por lo que se constituye como una regulación del resultado de la prueba.

A continuación se analizarán diversos aspectos relacionados directamente con la existencia de un estándar de prueba en materia de protección del consumidor, específicamente en el caso objeto de éste trabajo.

1. ¿Cuándo se entiende probado el hecho?

Esta es la interrogante que se encuentra detrás del establecimiento de una regla de estándar de prueba, pues es la fijación de ese umbral, lo que permitirá al juez dilucidar si puede o no considerarse probado determinado enunciado de hecho.

Es por ello que como se señaló, su ausencia en cualquier materia, le resta claridad a la justificación de la decisión final que sobre ella se pronuncie.

Frente a la determinación del estándar, entendido como “umbral que permite saber si un relato se encuentra probado dentro de un proceso”⁹⁷, se encuentran los hechos, y específicamente la claridad que respecto de ellos tengan tanto las partes como el juez, pues tal como señala Laudan, “es una regla general del razonamiento común acerca del mundo que cualquier hipótesis histórica se prueba mejor si los hechos sobre aquello que tendría que explicar pero no puede, son relevantes y están claramente establecidos”⁹⁸.

Dicha claridad debe existir en todo momento y no sólo cuando se toma la decisión final, sino también en la determinación de aquellos hechos que son relevantes a efectos de probar el enunciado fáctico principal, cuestión que puede

⁹⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p.783.

⁹⁸ LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, N°28, p. 110.

resultar bastante confusa para los consumidores en general, más aún en un caso tan complejo como el que se ha venido analizando.

Así, la existencia de una regla de estándar no sólo tiene relevancia en la etapa de decisión, sino además en etapas previas donde corresponde a las partes ofrecer las pruebas por medio de las cuales podrán ver satisfechas o no sus expectativas en juicio.

Por lo mismo, a continuación se revisarán algunos aspectos relativos a cuándo las pruebas respecto de las circunstancias que rodean al enunciado de hecho principal son suficientes para que el juez lo tenga por verdadero.

1.1. Hechos que deben probarse.

La identificación de los hechos que deben probarse es en un procedimiento bastante confuso y dificultoso, sobretodo para el consumidor, pues se debe tener en cuenta que, “cada hecho se identifica a través de una variedad de circunstancias, que por decirlo así, componen el hecho de que se trata”⁹⁹, de manera que “cualquier situación fáctica puede ser sometida a descomposición”¹⁰⁰, cuestión que no resulta sencilla.

La ausencia de una regla de estándar de prueba acrecienta la dificultad que implica identificar dichos hechos, pues resta claridad respecto de aquellos de los cuales podrían valerse para probar el enunciado fáctico central, acentuando el problema de las asimetrías informativas¹⁰¹.

Así las cosas, en un escenario donde dicha claridad ya es mínima, atendiendo a la posición en que se encuentra el consumidor, el acreditar determinadas hipótesis fácticas resultaría menos dificultoso, si los hechos que se deben probar estuviesen

⁹⁹ TARUFFO, Michele, “*Simplymente la verdad...*”, op. cit., p. 223.

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele, “*La prueba de los hechos*”, op. cit., p.93.

¹⁰¹ Véase supra Capítulo I - 1.2.1.

claramente establecidos por una regla de estándar de prueba, que al mismo tiempo contribuiría a disminuir las referidas asimetrías o a lo menos, a atenuar los efectos que conllevan en la práctica.

Veámoslo en el caso en específico. Es la regla general en materia de consumo que los consumidores tengan una cantidad de información limitada respecto a los bienes que adquieren o los servicios que contratan, cuestión que no varía en el caso de clonación de tarjetas, que como ya se vio, resulta ser un hecho susceptible de ser calificado como complejo¹⁰², esto es, que “incluye conjuntos o concatenaciones de eventos o de conductas que se extienden en el tiempo y en el espacio”¹⁰³.

En dichos casos, los hechos que podrían probarse son tan variados como confusos, por lo que surge la duda respecto a cuales son las circunstancias de que las partes podrían valerse para acreditar una infracción a la LPDC, esto es, la clonación de la tarjeta en sí misma, la utilización de la tarjeta clonada por terceros extraños, la imposibilidad de que haya sido el consumidor quien utilizó la tarjeta clonada por encontrarse en un lugar distinto al momento de realizarse las operaciones que impugna, que la tarjeta se mantuvo todo el tiempo en poder del consumidor, la forma en que tomó conocimiento del fraude, entre otros.

A lo confuso que resultan los hechos por cómo se desencadenan en el tiempo y espacio, y por el carácter técnico que se encuentra detrás de ellos, se suma la referida ausencia de una regla de estándar de prueba. Esta ausencia, impide que exista un parámetro para determinar cuándo la prueba es suficiente para tener por acreditado el presupuesto fáctico central del conflicto, por lo que la discriminación, en base al factor relevancia, de las circunstancias que lo rodean y cuya prueba resulta útil a los intereses del consumidor se torna también confusa, y resulta fácil caer en detalles que pueden resultar redundantes, incluso inútiles, o peor aún, omitir cuestiones que podrían ser determinantes en la decisión final del juez. Lo mismo

¹⁰² Véase supra Capítulo III - 2.1.

¹⁰³ TARUFFO, Michele, “*Simplymente la verdad...*”, op. cit., p. 224.

ocurre con los medios de prueba que en concreto correspondería y resultaría útil, de acuerdo a las circunstancias del caso, que ofrecieren las partes.

En este sentido, mirando al principio de buena fe, en una etapa post contractual, no es de esperar que al consumidor se le exijan pruebas acerca de hechos que ni siquiera comprende, desconociendo qué y cómo tiene que probar. Además, partiendo de la base de que contrata de buena fe, “en la mayoría de los casos, no recabará pruebas que podría hacer valer en juicio frente a un eventual conflicto”¹⁰⁴, y si se suma a ello la inexistencia de una regla de estándar, menos aún lo hará, o no lo hará de una forma apropiada, desde el punto de vista de la idoneidad de las pruebas.

Las dificultades descritas se manifiestan en la práctica, donde muchas veces las pruebas que se presentan no contribuyen al esclarecimiento de los hechos, y no se presentan aquellas que sí podrían hacerlo. Se suma a ello el hecho de la clonación misma resulta para el consumidor prácticamente imposible de probar.

Ahora, la cuestión va mucho más allá de un problema de identificación de los hechos relevantes y los medios de prueba, sino que además la ausencia de una regla de estándar dificulta la respuesta a la pregunta de cuándo la prueba es suficiente para tener por probado determinado hecho.

1.2. La prueba suficiente.

Como señala Taruffo, las pruebas “son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para “conocer”, y por tanto reconstruir de modo verídico los hechos de la causa”¹⁰⁵. La prueba “sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Supra, p. 7.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico...”, op. cit., p. 97.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, op. cit., p. 89

Teniendo claro que ese es el rol que cumple en el proceso, conviene preguntarse cuándo es que aquella que se ofrece en un procedimiento en particular es suficiente para tener por probado el hecho que se intenta acreditar.

Dicha interrogante resultaría sencilla de responder, si existiese un umbral determinado por una regla de estándar de prueba, pero su ausencia influye directamente en las decisiones de los casos, y con ello, afecta los intereses de los consumidores.

Lo anterior se ve reflejado, en un caso resuelto por el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, donde la decisión desfavorable para el consumidor se justificó en:

“13º Que, el hecho de que pueda desprenderse de la prueba rendida en autos, que la transacción fue realizada por un tercero distinto al titular de la cuenta corriente por medio de la tarjeta de débito, no implica necesariamente establecer que la empresa denunciada sea responsable de su ejecución. Para ello resulta indispensable la prueba en orden a que estas operaciones obedecen a una negligencia de parte de la empresa, prueba que en el caso de autos no resulta suficiente para dar por establecido en forma indubitable que dicha transacción se debió a una negligencia de la empresa en el cuidado de sus sistemas de seguridad y no a un descuido del titular de cuenta corriente en el manejo de ella, lo que no ha sido demostrado por el denunciante SERNAC, por cuanto esta operación comercial ha quedado registrada en su cartola, por lo que este sentenciador presume que se efectuó de forma legítima por medio de la tarjeta de plástico habilitada para efectuar compras o cancelar servicios como es el caso de autos”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Tercer Juzg. Policía Local de Santiago, 28 de abril de 2016, Rol N° 7021-MRR-2013, C°13.

Del considerando transcrito se desprende que la cuestión relativa a la suficiencia de la prueba, es bastante confusa. En este caso vemos cómo a partir de la prueba rendida se logró acreditar que la transacción efectivamente no fue realizada por el titular de la cuenta, sino por un tercero, pero ello, de acuerdo a lo señalado por el juez no resulta suficiente para tener por acreditada una infracción sino que se exige la prueba de la negligencia del Banco, al punto de que no exista duda alguna de ésta, esto es, pareciera que el estándar que considera para decidir, se acerca, e incluso prácticamente se corresponde con aquel que resulta exigible en materia penal, “más allá de toda duda razonable”, umbral excesivamente elevado para ser aplicado en materia de consumo, donde además de todas las dificultades a que el consumidor se ve enfrentado, le correspondería probar dicha negligencia, como se revisará más adelante.

El estándar exigido en este caso, está lejos de responder a los fines y principios fundantes del Derecho del Consumo, por lo que su aplicación en esta materia, carece de justificación, al tiempo en que se ignoran las condiciones en que se encuentra para ofrecer y producir medios de prueba, estableciéndose exigencias que resultan prácticamente imposibles de cumplir.

Por otro lado, se suma a lo anterior que al sentenciador le basta con que la operación impugnada haya quedado registrada en la cartola del consumidor, para presumir que fue realizada en forma legítima, y que no le cabe al Banco responsabilidad alguna.

En la misma línea se pronunció el Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, quien justificó su decisión en que:

“9º Que nadie puede ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal la convicción

de que realmente se ha cometido un hecho sancionable y en el que le ha correspondido participación y responsabilidad a los inculpados”¹⁰⁸.

En este caso el estándar al que se alude, es uno determinado por la convicción del juez.

Para Larroucau, se trataría de un estándar subjetivo que apunta a su confianza en la verdad de una hipótesis fáctica determinada, correspondiéndose con un enfoque más bien interno, lo que resulta bastante problemático, pues “inclina la balanza hacia los falsos negativos porque incentiva a los jueces a emplear el mismo estándar de los juicios criminales en temas civiles”¹⁰⁹. De esta manera, nuevamente se observa que se aplica un estándar excesivamente elevado, cuyo objetivo (evitar los falsos positivos), no halla justificación en materia de consumo.

La cuestión de la prueba suficiente acarrea entonces otra dificultad para el consumidor que perjudica directamente sus intereses, y vemos como incluso una vez que haya podido identificar los hechos relevantes, se encontrará con éste nuevo obstáculo, producto precisamente de la ausencia de una regla de estándar de prueba, por lo que se manifiesta nuevamente la necesidad de su establecimiento.

2. El estándar de prueba en materia civil.

Entendiendo que en materia de consumo se aplican supletoriamente las normas del Derecho Civil, conviene revisar cómo éste trata la cuestión del estándar de prueba.

En la regulación del procedimiento civil, no existe una regla que establezca el estándar de prueba aplicable, la única norma que de alguna forma hace alusión al tema pero de manera muy vaga es el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, ya revisado en la primera parte de este trabajo, del cual cómo se señaló, podría

¹⁰⁸ Segundo Juzg. Policía Local de Santiago, 5 de julio de 2016, Rol N° 17410-WD-2015, C°9.

¹⁰⁹ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p. 787.

desprenderse una especie de noción de estándar, en el sentido que establece que “entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”. Pero como se observa de la sola lectura del precepto, éste se refiere más bien a una cuestión de ponderación de pruebas y peso probatorio.

La referida ausencia, es atribuida por algunos autores al sistema de valoración de prueba legal tasada, aplicable en materia civil respecto de ciertos medios de prueba, el que fomentaría un mal hábito radicado en que, tanto jueces como litigantes, en general, tendrían a la vista que por las múltiples restricciones que dicho sistema establece, el juez siempre podría encontrar una forma de fallar de acuerdo a lo que su razón le indica¹¹⁰.

Por otro lado, autores como Larroucau sostienen que la ausencia de una regla de estándar en materia civil se debería a la valoración de la prueba conforme a la sana crítica, argumentando que “los jueces civiles perciben la libre valoración de las pruebas (o sana crítica como dice nuestra ley procesal hoy) como un rechazo a las reglas de peso probatorio y un aliciente para que determinen según su convicción (en clave subjetiva), si los hechos están o no probados”¹¹¹. Agrega, que “el actual reparto de competencias en la administración de justicia incide en que un juez aplique el estándar de prueba penal (“más allá de toda duda razonable”) a las disputas civiles”¹¹².

En el mismo sentido, Viale De Gil señala que, “se tiende a pensar que en los regímenes de libre valoración, la decisión judicial sobre la prueba está sujeta sólo a exigencias de racionalidad –o, como se suele decir, de “sana crítica”–, pasando por alto, de ese modo, el papel de los estándares probatorios. Lo cierto es, en cambio, que para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una

¹¹⁰ Esta línea sigue la construcción de la crítica a la ausencia de un estándar de probatorio en materia civil en, FUENTES MAUREIRA, Claudio, “Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil”, en “Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?”, Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, 2011, p. 173-175.

¹¹¹ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p. 786.

¹¹² Ibid., p. 786.

determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada”¹¹³.

Cualquiera sea la justificación, la consecuencia es la misma, el estándar de prueba utilizado por los jueces en materia civil se sostiene sobre criterios más bien subjetivos, lo que podría aumentar los niveles de exigencia al momento de decidir si se tiene o no un hecho por probado, y con ello también los riesgos de error, cuyo control se dificulta bajo el alero de éste tipo de estándares, afectando a la parte que se encuentra en una posición de desventaja en la relación jurídica.

Así, “desde el punto de vista de margen de error, el sistema del CC y CPC no autoriza a fallar una causa ante la existencia de dudas”¹¹⁴, por lo que la exigencia al momento del análisis de la prueba que se ofrece para acreditar la veracidad de determinado enunciado fáctico, es muy elevada. De esta forma, y al establecerse de manera arbitraria, pesa sobre quien tiene la carga de probar los hechos, el riesgo de error en la decisión final del juez.

Por lo mismo, muchas son las propuestas que se han elaborado por la doctrina en torno a la construcción de una regla de estándar de prueba aplicable en materia civil, hasta ahora sin éxito, de forma tal que tampoco la hay para ser aplicada supletoriamente en materia de consumo, pero sí pareciera ser, que de todas formas los jueces aplican los mismos criterios subjetivos.

Lo señalado se ve reflejado en el razonamiento seguido por los jueces en las resoluciones analizadas a modo de ejemplo en el apartado anterior, quedando claro, que a la luz de dichos criterios, finalmente se protege al denunciado y demandado proveedor, recayendo los riesgos de error directamente sobre el consumidor.

¹¹³ VIALE DE GIL, Paula, “¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal”, Revista Pensar en Derecho, 2014, N°4, p.133.

¹¹⁴ FUENTES MAUREIRA, Claudio, op. cit., p. 186.

Entonces, la necesidad de establecer una regla de estándar de prueba respecto de ambas materias es patente, pero en este sentido conviene señalar que ello no implica que el eventual establecimiento de ella en materia civil solucione las dificultades probatorias que dicha necesidad provoca en materia de consumo, pues como ya se revisó en un comienzo, la supletoriedad de las normas del Derecho Civil en materia probatoria no siempre responde a los principios que fundan la LPDC.

3. Hacia un estándar de prueba en materia de consumo.

Si bien, tal como señala Laudan, “ningún estándar de prueba puede eliminar completamente la incertidumbre ni superar la clase de inferencias abductivas utilizadas en el razonamiento legal preservador de la verdad”¹¹⁵, ciertamente dicha incertidumbre puede disminuirse, otorgando mayor claridad respecto al camino que han de tomar las partes en juicio en atención a sus intereses.

Los criterios subjetivos que se han venido utilizando por la jurisprudencia para determinar la suficiencia de la prueba, han dado cabida a respuestas arbitrarias o discrecionales de los tribunales, las cuales debieren de ser rechazadas no sólo en éste ámbito, sino en cualquiera de las ramas del Derecho de que se trate.

Las consecuencias prácticas de la subjetivización de los criterios, cobran más fuerza en materia de consumo, pues como se verá más adelante siendo la parte más débil de una relación jurídica quien tiene la carga de probar, es sobre ella que recae el riesgo de error de falsos negativos.

Ahora, si bien el referido problema es transversal y susceptible de manifestarse en cualquiera de los casos de infracción a las normas de protección del consumidor, en el caso de clonación de tarjetas se ve acentuado, pues a la falta de claridad respecto de los hechos que deben probarse y de los medios de prueba idóneos, se suma la cuestión de la indisponibilidad de dichos medios que afecta al

¹¹⁵ LAUDAN, Larry, op.cit., p.110.

consumidor, quien precisamente tiene la carga de aportarlos, lo que en mayoría de los casos es determinante en la decisión de los jueces.

Por el momento, conviene analizar la necesidad de establecer un estándar de prueba desde la perspectiva del caso en estudio, y posteriormente evaluar criterios más bien objetivos, que podrían utilizarse como referencia para su construcción.

3.1. De la necesidad y finalidad de establecer un estándar de prueba.

A partir de lo que se ha venido señalando ha quedado de manifiesto lo necesario que resulta el establecimiento de una regla de estándar de prueba en materia de consumo, no sólo mirando a la protección del consumidor, sino porque “sin un estándar probatorio determinado la labor de construir una decisión judicial que cumpla con un *iter lógico* adecuado estará incompleta”¹¹⁶, y es ello lo que finalmente termina afectando sin la justificación adecuada, los intereses de una u otra parte en juicio.

La referida necesidad pasa, porque “la única herramienta procesal que un juez tiene a su disposición para responder a la pregunta ¿cuándo puedo dar por probado un hecho? es el estándar de prueba”¹¹⁷, sin él, el riesgo de error en la decisión final del juez es prácticamente imposible de controlar.

Al momento de construirlo, debe tenerse en cuenta que si bien un estándar subjetivo no resulta adecuado por conducir a decisiones arbitrarias y discrecionales, es muy difícil elaborar uno que se sustente completamente en la objetividad, pues de alguna forma u otra la decisión sobre la suficiencia de la prueba quedará a la determinación del juez. Lo importante es que esa decisión debe estar sujeta a control, y para ello los criterios a considerar no pueden ser puramente subjetivos,

¹¹⁶ FUENTES MAUREIRA, Claudio, op.cit., p. 175.

¹¹⁷ Ibid., p. 176.

pues, “un estándar intrínsecamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias”¹¹⁸.

De esta manera, cobra sentido la idea de Laudan cuando señala que, “un EdP apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada”¹¹⁹, pues si bien la decisión del juez siempre tendrá algo de subjetiva, dicha subjetividad debe tener justificación.

Ahora y en cuanto a sus finalidades, uno de los objetivos de establecer una regla de estándar con las características enunciadas, es permitir a las partes tener un mejor manejo del riesgo de error, de forma tal que al momento de ofrecer su prueba, tengan claridad respecto a los medios de los cuales valerse, y a las posibilidades ciertas que con dichos medios tienen de ver satisfechos sus intereses en juicio, mitigando en cierta medida la incertidumbre que implica todo procedimiento judicial. Por supuesto el grado de falibilidad nunca será controlable en un 100% pero sí puede existir un control que lo mantenga en niveles aceptables.

Si se considera lo anterior, sea cual sea la decisión que concluya con el pleito, tendrá una justificación lógica para las partes, y cerrará la posibilidad a los jueces, de caer en discrecionalidades inadecuadas, que afectarían directamente a una u otra.

En este sentido, eliminar en la mayor medida posible la subjetividad detrás de un estándar de prueba, no sólo tiene como objetivo el manejo del riesgo de error entre las partes, sino también su adecuada distribución, cuestión que en materia de consumo cobra fundamental importancia, pues dicho riesgo recae prácticamente en su totalidad sobre el consumidor, quien se ve afectado por las dificultades relativas a la disponibilidad y facilidad probatoria, ya revisadas.

¹¹⁸ LAUDAN, Larry, op. cit., p. 95.

¹¹⁹ Ibid., p. 105, (en la redacción del autor “EdP”: abreviatura de “estándar de prueba”).

Así, la eliminación de los criterios que llevan al juez a rechazar las hipótesis de hecho de los consumidores en la medida que exista alguna duda sobre su veracidad, encuentra su justificación en que “desde la perspectiva epistémica no hay razones válidas para asumir que un relato (que no ha conseguido prevalecer sobre el otro) debe ser perjudicado por la circunstancia de que la persona que lo esgrime tiene la carga de aportar evidencias cuyo valor para dicho caso todavía se desconoce”¹²⁰, como sucede en la mayoría de los casos de clonación de tarjetas que llegan a juicio.

3.2. Criterios a considerar para la construcción de una regla estándar de prueba en materia de consumo.

Si bien, el presente trabajo no tiene como objetivo la elaboración de una propuesta concreta para la construcción de un estándar de prueba en materia de consumo, sí resulta acertado, con miras a dicha construcción, analizar ciertos criterios que se utilizan para determinar la suficiencia de la prueba en distintas áreas, tanto en el derecho nacional como comparado.

3.2.1. Criterios del derecho nacional.

En nuestro ordenamiento nacional sólo existe una norma que establece expresamente un estándar de prueba, aplicable en materia penal y que se encuentra en el artículo 340 del Código Procesal Penal. Dicho precepto consagra el estándar “más allá de toda duda razonable”, esto es sólo una vez que el juez determine que se ha superado ese umbral de suficiencia de prueba, se tendrá por probado un hecho determinado.

El referido estándar se caracteriza por su exigencia particularmente elevada que se explica, “porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil”¹²¹. Junto con ello, es un estándar que tiene mucho de subjetivo, y se relaciona directamente con la

¹²⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p. 795.

¹²¹ TARUFFO, Michele, “*Conocimiento científico...*”, op. cit., p. 113

confianza que tenga el juez frente a determinada hipótesis de hecho. En este caso “disminuye el riesgo de incurrir en error al declarar probada una proposición (falso positivo), pero el riesgo de error al declarar no probada una proposición fáctica (falso negativo) es más alto”¹²². Siendo así, el riesgo de que en la decisión final se tenga por falso un hecho que en realidad es verdadero, recae sobre el denunciante, quien deberá aportar la prueba suficiente para que al juez no le quede duda de la veracidad de sus enunciados.

Lo anterior resulta sensato entendiendo que el estándar responde a uno de los principios fundamentales del Derecho Penal cual es la “presunción de inocencia”, por lo que se priorizan los falsos positivos por sobre los negativos. Dicha prioridad pasa también por una cuestión de posición que ocupan las partes en juicio, pues restando las acciones penales privadas, la participación del Estado es determinante en cualquier juicio penal, ubicando al imputado en una posición desventajosa.

Por lo mismo, teniendo a la vista las características de este estándar y los principios que se encuentran detrás, es claro que su aplicación o la de uno similar no sería la adecuada en materia de consumo, pues al ser un estándar tan subjetivo aumenta la incertidumbre propia del juicio, afectando particularmente al consumidor, quien, siendo la parte “débil” de la relación, contrario a como ocurre en materia penal, tiene la carga de probar, por lo que recaería en él todo el riesgo de error de un falso negativo, protegiéndose al proveedor, cuestión que atenta contra los principios fundantes del Derecho del Consumo.

A pesar de lo anterior, y como pudo observarse en la jurisprudencia expuesta párrafos más arriba, pareciera ser que en la práctica éste es precisamente el criterio que se utiliza para determinar la suficiencia de la prueba

Vale la pena dar espacio en este apartado a otra institución presente en nuestro ordenamiento, que si bien no es precisamente un estándar de prueba,

¹²² VAN HASSLET GARRIDO, Roberto, op.cit., p. 219.

comparte algunas de sus características. El artículo 493 del Código del Trabajo señala “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

De esta forma, basta la existencia de indicios de que la vulneración existió, desprendidos de la prueba aportada por el trabajador, para que la parte del empleador deba entregar antecedentes que sustenten la hipótesis contraria, pues en caso de no hacerlo, el juez podrá dar por acreditada aquella sostenida por el primero. En este caso, el riesgo de error que implica un falso positivo lo soporta el empleador.

En el caso del Derecho del Trabajo es que se busca proteger la figura del trabajador, quien se encuentra en una posición de desventaja frente al empleador, consecuencia de la asimetría característica de la relación jurídica entre ambos, por lo que se entiende que una regla de éstas características es necesaria para garantizar una adecuada protección de los derechos fundamentales, justificándose de esta forma, la utilización de un criterio subjetivo.

Si bien la existencia de indicios que respalden la ocurrencia de los hechos en la forma que describe el trabajador es determinante, ello no necesariamente implica que el juez fallará a su favor, sino que la carga de la prueba se traslada al empleador.

Por lo mismo, el criterio introducido por el precepto en análisis no constituye precisamente una regla de estándar de prueba, a pesar de que comparte muchas de sus características. Pero resulta útil para efectos de este trabajo, pues demuestra que a la hora de legislar respecto de asuntos que determinen como se ha de distribuir el riesgo de error en la decisión final del juez, se debe tener en consideración la materia de que se trata, los principios en los que se funda, y la

posición que ocupan las partes en la relación jurídica, más aún, si el legislador le ha concedido ya una protección especial, como ocurre en materia de consumo.

3.2.2. Criterios del derecho comparado.

Tal como señala Taruffo, “cuando no existen normas o principios que determinen el estándar de confirmación que se considera necesario o suficiente para que se produzcan ciertos efectos, la decisión de considerar un enunciado fáctico como adecuadamente probado debe tomarse según criterios racionales”¹²³.

Por lo mismo, y en la búsqueda de esos criterios más racionales y objetivos, con el fin de que el riesgo de error se distribuya de la manera más justa posible, en el derecho comparado se han elaborado ciertas reglas de estándar de prueba que se pasarán a revisar a continuación.

- “*Preponderance of evidence*”: pertenece a la tradición del *common law*, y es aplicado en el proceso civil de Estas Unidos, Canadá, Inglaterra y Australia. De acuerdo a él, “el juez debe elegir la hipótesis fáctica que haya recibido el sustento relativamente mayor, respecto de cualquier otra hipótesis”¹²⁴.

Se trata entonces, de “un umbral probatorio que autoriza a un tribunal a dar por establecido determinados hechos cuando, de la prueba o evidencia que ha sido presentada frente a él por ambas partes, ‘es más probable que el hecho haya ocurrido a que no haya ocurrido’”¹²⁵.

En este caso el juez realizará una comparación entre hipótesis, que significa comparar los medios de prueba aportados por ambas partes, y concluirá si resulta más probable que haya ocurrido el hecho expuesto por el demandante o que no, pudiendo darlo por probado, “siempre que la prueba

¹²³ TARUFFO, Michele, “*Simply the truth...*” op. cit., p.249-250.

¹²⁴ Ibid., p. 250.

¹²⁵ FUENTES MAUREIRA, Claudio, op.cit., p. 188.

disponible satisfaga requisitos de calidad y suficiencia mínimos que hagan que la probabilidad de ocurrir el hecho llegue al menos al 50%”¹²⁶. El límite lo establece la prueba presentada, y en ello debe basarse el juez para realizar la ponderación de las probabilidades.

El riesgo de error se reparte entonces de manera igualitaria, pues “en materias civiles por regla general el sistema judicial no considera que deba establecerse una preferencia a priori entre las partes en juicio”¹²⁷, en pocas palabras, vale lo mismo beneficiar al demandante que al demandado, ello atendiendo al tipo de materia de que se trata, al juicio de valor de la sociedad que se encuentra detrás, y a la existencia o no de diferencias sustanciales en la posición en que se ubican las partes en la relación, en concreto, si existe ventaja de una por sobre otra.

Ahora, si bien a simple vista se trata de un estándar justo por la forma en que se distribuye el riesgo, existe una falta de claridad respecto al parámetro que el juez ha de utilizar para llevar a cabo la comparación de la prueba de ambas partes, por lo que finalmente terminan subjetivándose los criterios aplicables a la determinación de la suficiencia de la misma, y el resultado depende de la persuasión del juez, lo que disminuye la posibilidad de previsibilidad y control de la decisión.

Por último, un estándar como éste pareciera no ser el apropiado de aplicar en materia de consumo, pues las partes se encuentran lejos de estar en igualdad de condiciones en juicio, además, tratándose de infracciones a las normas de protección del consumidor, se entiende que lo que se busca es tutelar sus derechos, precisamente por la condición en que se ubica y por el disvalor que representan para la sociedad, las conductas infraccionales de los proveedores.

¹²⁶ FUENTES MAUREIRA, Claudio, op.cit., p. 189.

¹²⁷ Ibid., p. 190.

- Probabilidad prevaleciente: se trata de un criterio bastante similar al anterior, y fundamentalmente cuantitativo, donde una hipótesis fáctica determinada se encontrará acreditada sólo, “si la evidencia es tal que el tribunal pueda decir ‘pensamos que es más probable a que no’”¹²⁸.

Lo que se busca en este caso, es que la decisión del juez se funde netamente en criterios racionales, en base a “un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles”¹²⁹.

El criterio utilizado no se funda en una comparación de hipótesis fácticas contrarias, donde en la hipótesis (x) el hecho ocurrió, y en la (y) no ocurrió, sino en el grado de confirmación que exista respecto de cada cual, por sobre cualquier otra, pudiéndose definir entonces como “el estándar del *grado mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado como verdadero”¹³⁰.

De esta forma, lo que se hace es determinar respecto de cada hipótesis, cual es la probabilidad de que los hechos hayan ocurrido efectivamente de esa manera, debiendo superar dicha probabilidad el 50% ($P > 0,5$)¹³¹. Así, “la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las hipótesis en que prevalece la probabilidad negativa”¹³².

Así las cosas, este criterio se presenta como racional y justo, pues cada parte tendrá la carga de probar la veracidad de sus enunciados, debiendo con ello superar un grado del 50% de confirmación. Además, resulta útil para las partes en la medida que estarán en mejor posición de evaluar si van o no a

¹²⁸ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p.790.

¹²⁹ TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico...”, op. cit., p. 104.

¹³⁰ Ibid., p. 106.

¹³¹ Taruffo manifiesta no estar de acuerdo con la cuantificación del razonamiento probatorio, pues no correspondería a las condiciones reales en las que el juez valora la prueba y solamente serviría en casos particulares donde la ciencia aporta frecuencias estadísticas.

¹³² TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico...”, op. cit., p. 106-107.

juicio¹³³, en atención a la prueba de la cual disponen.

Ahora la principal crítica que se le hace a este estándar apunta a que el grado de confirmación exigido sería muy bajo, por lo que en casos extremos en que éste fuera de un 51%, existiría un alto riesgo de error en la decisión.

Para disminuir dicho riesgo, se han propuesto estándares intermedios donde el grado de confirmación exigido se incrementa, dependiendo de la clase de conflicto de que se trate, como ocurre por ejemplo en el caso del estándar conocido como “evidencia clara y convincente”, o $P > 0,75$, donde se aumenta la exigencia en pos de los intereses que se encuentran en juego.

Conviene concluir este apartado, señalando que si bien un estándar como el descrito pareciera en principio ser apropiado de aplicar en materia de consumo, su aplicación no resultaría tan afortunada en el caso de la clonación de tarjetas, donde la posibilidad del consumidor de probar sus dichos se ve coartada por los factores de disponibilidad y facilidad probatoria. Por ello, al momento de su construcción no puede dejarse de lado la cuestión de la carga de la prueba, pues la forma en que ésta se encuentra distribuida en determinada materia y la regla de estándar a establecer, se encuentran directamente relacionadas. Por lo mismo, el siguiente tema a revisar no puede sino ser la distribución de la carga de la prueba en materia de consumo.

¹³³ LARROUCAU TORRES, Jorge, op. cit., p.790.

Capítulo V: La distribución de la carga de la prueba en el Derecho del Consumidor, la reforma a la ley Nº 19.496, y la posibilidad de inclusión de una carga probatoria dinámica como una de las soluciones a las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores.

El concepto de carga de la prueba se define como la “conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”¹³⁴. Es por tanto, una cuestión que determina el desarrollo de la etapa probatoria y en consecuencia, el resultado del juicio, pues establece quién asume el riesgo de que falte la acreditación al momento de resolver el litigio¹³⁵.

Como se vio, no existe una regla especial en materia de Derecho del Consumo que establezca cómo ha de distribuirse la carga de la prueba entre las partes, por lo que la cuestión queda supeditada a la aplicación supletoria de las normas del Derecho Civil. Lo anterior trae como consecuencia la aparición de numerosas dificultades, derivadas principalmente de la disponibilidad y facilidad de prueba que respaldan (o no), tanto al consumidor como al proveedor, que resultan ser una consecuencia directa de la asimetría característica de las relaciones de consumo.

Por lo mismo, la cuestión de la distribución de la carga de la prueba es un tema que merece discusión, como puede apreciarse en la doctrina y recientemente en la jurisprudencia, que paulatinamente han ido dando cabida a una idea distinta de aquella que se desprende directamente de las normas del Código Civil aplicables en la materia.

¹³⁴ COUTURE, Eduardo, op.cit., p. 241.

¹³⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*La prueba judicial. (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, p. 46.

1. De la distribución actual de la carga de la prueba de acuerdo a las reglas aplicables en materia de consumo.

Las reglas que se aplican en materia de consumo para regular la distribución de la carga de la prueba son aquellas contenidas en el Código Civil, y corresponden a lo establecido por el artículo 1698 de ese cuerpo legal. Además, en ciertos casos la jurisprudencia ha recurrido al artículo 1547 inciso 3º del mismo código.

1.1. Artículo 1698 CC.

El inciso primero de este precepto establece cómo ha de distribuirse la carga de la prueba, señalando que:

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

El referido precepto encuentra su símil y aparente fuente inspiradora, en el artículo 1315 del Código Civil Francés:

“Aquel que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente, aquel que se pretende liberar, debe justificar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación”.

En el artículo 1698 se contienen dos reglas distintas. Una, dirigida al acreedor demandante: quien alega la existencia de una obligación deberá probarla; y otra, dirigida al deudor demandado: quien alega que dicha obligación está extinta, tiene la carga de probarlo. Son dos reglas independientes, donde la carga de una de las partes excluye a la de la otra. De esta forma, quien alega determinado hecho, debe hacerse cargo de la prueba que a éste incumbe, sino quiere ver truncados sus intereses en juicio.

La carga de la prueba puede distribuirse de diferentes formas en atención a criterios que se aplicarán dependiendo de la materia de que se trate. El criterio en que se funda el artículo 1698, sería el del beneficio, según el cual “corresponde probar determinado hecho, no a quien perjudica, sino a quien favorece probarlo”¹³⁶. En este sentido, probar la existencia de la obligación será carga del consumidor, pues a él le beneficiará eventualmente hacerlo, mientras que probar su extinción le correspondería al proveedor, en vista de que él se beneficia con que quede probado que la obligación está extinta por medio de su cumplimiento.

Lo anterior es fundamental en la práctica, pues se entiende que quien pueda obtener un beneficio de la acreditación de determinada hipótesis fáctica, tendrá a su vez más incentivos para presentar la prueba necesaria para conseguirlo, y por lo tanto intentará reunir los medios necesarios y suficientes dentro de sus posibilidades.

Ciertamente la forma en que el artículo 1698 distribuye la carga de probar, pareciera ser la forma lógica de hacerlo en asuntos donde la controversia gira en torno a la existencia o no de una obligación.

Pero dicha regulación no está exenta de problemas y cuestionamientos, sobre todo en casos en que los hechos son complejos, y la asimetría sobre la cual se construye la relación jurídica es patente, por lo que no resulta sencillo al menos para una de las partes ofrecer dicha prueba, como ocurre en la clonación de tarjetas.

1.1.1. Dificultades prácticas derivadas de su aplicación.

La aplicación del artículo 1698 del Código Civil en materia de consumo acarrea varias dificultades. En éste apartado se revisarán las más relevantes para efectos del presente trabajo, por la influencia que tienen en la determinación del resultado del juicio.

¹³⁶ BRAVO-HURTADO, Pablo, “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: Hacia la facilidad probatoria en Chile”, Revista Chilena de Derecho Privado, 2013, N°21, p.34.

La principal de ellas se refiere a que el precepto en cuestión sólo contempla quien deberá ofrecer la prueba en determinado caso, pero omite si dicha parte tiene a su alcance o podría conseguir dicha prueba¹³⁷.

Lo anterior se relaciona con la ya revisada facilidad probatoria¹³⁸, que implica que, “una de las partes tiene una especial cercanía, disponibilidad o está en mejores condiciones para probar un determinado hecho, en contraste con la otra parte que, si bien tiene la carga según las reglas generales, está imposibilitada o le es en exceso difícil, probar ese mismo hecho”¹³⁹.

El factor descrito resulta ser de fundamental importancia en materia probatoria y más aún cuando se trata de casos donde la relación jurídica existente entre ambas partes en conflicto es asimétrica.

En el caso en específico de la clonación de tarjetas la dificultad se acentúa, atendida “la profesionalidad característica de los proveedores financieros y a la complejidad del servicio que prestan, entendiéndose que operan con sistemas informáticos prácticamente imposibles de entender para sus clientes, pues se requiere de conocimientos muy específicos para comprender el funcionamiento del servicio que no es uno solo en particular, en vista de que las funcionalidades de una tarjeta y los medios a través de los cuales se puede hacer uso de ella son múltiples, además de los diversos productos que se ofrecen, lo que hace que a la vez la información que maneje el consumidor en relación a los productos que contrata, sea bastante precaria”¹⁴⁰.

Por lo mismo, el hecho de que el artículo 1698 no considere un factor como éste trae como consecuencia que muchas veces los consumidores vean truncados sus intereses en juicio.

¹³⁷ BRAVO-HURTADO, Pablo, op. cit., p.24.

¹³⁸ Véase Supra Capítulo III – 2.2.

¹³⁹ BRAVO-HURTADO, Pablo, op. cit., p.39.

¹⁴⁰ Supra, p. 66.

Adicionalmente pueden plantearse dos críticas. La primera de ellas parte de la base de que si bien, distribuye la carga de la prueba atendiendo al criterio del beneficio, éste pareciera no considerarse en la práctica. Tal como pudo observarse en el caso expuesto en la primera parte del Capítulo III, para establecer la existencia de una infracción a la LPDC se exige la prueba de la negligencia del proveedor¹⁴¹, exigencia que recaería sobre el consumidor.

En este sentido, y más allá de que en materia de responsabilidad contractual se ha señalado que la culpa se presume, mirando al criterio del beneficio una exigencia como la referida carece de fundamento.

De acuerdo a dicho criterio, lo que le correspondería probar al consumidor es la existencia de una obligación de seguridad recaída sobre el Banco, mientras que este último, debería probar que cumplió dicha obligación adoptando las medidas de seguridad necesarias y suficientes, de manera que se encuentre extinta.

Pero finalmente, termina haciéndose caso omiso a la carga que recaería sobre el proveedor, relativa a la extinción de la obligación de seguridad que tiene para con el consumidor, liberándolo totalmente de la carga de probar una conducta diligente de su parte que demuestre que la obligación se encuentra cumplida, prueba que va en su directo beneficio.

La segunda crítica se relaciona con la prueba que se exige, en la práctica, del uso fraudulento de la tarjeta, exigencia que recaería sobre el consumidor, y que si bien no es consecuencia directa de la aplicación del artículo 1698, puede atribuírsele de manera indirecta a la forma en que se aplica al caso en estudio. En efecto, al liberar al proveedor de la carga de probar, ésta es ubicada por completo sobre el consumidor.

¹⁴¹ “Sexto: (...) En efecto, se realizó la investigación pertinente para determinar en qué circunstancias se habrían realizado los giros y compras denunciadas por la cliente, no existiendo en la prueba aportada al proceso, antecedentes que demuestren algún actuar negligente de parte del Banco denunciado”.

El antecedente directo que sustenta la referida exigencia, es la impertinente aplicación que se hace del artículo 4º de la Ley Nº 20.009, revisado detalladamente en el apartado 2.2 del Capítulo II, en virtud de la cual se considera que será responsable el consumidor de las transacciones efectuadas con anterioridad al aviso de bloqueo, y por tanto si desea impugnarlas, le corresponderá probar que fueron realizadas de manera fraudulenta por un tercero.

Sobra referirse a los fundamentos atinentes a lo equívoca que resulta la aplicación del referido precepto a un caso de clonación de tarjetas, donde los supuestos de hecho son completamente distintos de aquellos que se tuvieron en consideración para su redacción.

La exigencia en análisis se observa en un fallo pronunciado por el Quinto Juzgado de Policía Local de Santiago, en el que no se dio lugar a la denuncia infraccional y demanda civil en un caso de clonación de tarjetas, arguyendo que:

“Séptimo: (...) la denunciante no acompaña al proceso antecedentes que permitan tener por probado alguna intervención de un tercero en las mencionadas transferencias; que, en esta lógica, los antecedentes allegados al proceso no permiten a este Tribunal establecer alguna infracción que afecta la seguridad en el consumo del servicio”¹⁴².

De esta forma, nuevamente se libera al proveedor de cualquier carga de probar, en perjuicio del consumidor, a quien, además de exigírsele la prueba del hecho de un tercero, se le obliga a probar la responsabilidad que incumbe al Banco en dicho hecho.

¹⁴² Quinto Juzg. Policía Local de Santiago, 28 de octubre de 2016, Rol Nº 3853-ANS-2016, Cº7.

Siendo así, y en vista de que la decisión del juez será contraria a los intereses de quien teniendo la carga de probar no lo hizo, bajo la lógica descrita, termina afectándose directamente a los consumidores.

Así las cosas, la forma en que en la práctica se distribuye la carga de la prueba, está lejos de corresponderse con los principios y fundamentos que sustentan el Derecho del Consumo, porque (a) ignora la asimetría característica de la relación, contribuyendo a que las consecuencias de ella sean aún más perjudiciales para el consumidor, y (b) da pie a que el proveedor incurra en conductas contrarias a la buena fe, al liberarlo de la entrega de información relativa a los hechos y funcionamiento del servicio, y con ello de toda carga de probar.

1.1.2. Una interpretación alternativa.

De lo expuesto en el apartado anterior, puede concluirse que la resolución de los casos de clonación de tarjetas, dependerá netamente de la prueba que aporte o no el consumidor, lo que no se corresponde, a lo menos totalmente, con la redacción del artículo 1698, que si bien señala que la prueba de las obligaciones le incumbe a quien las alega, agrega que la prueba de su extinción también corresponderá por su parte y de la misma forma a quien la alega, esto es, al Banco, por lo que el demandado no queda liberado de la carga de probar.

Así lo ha entendido también la doctrina, que respecto al referido precepto ha señalado que, “para la prueba del incumplimiento conviene considerar dos elementos de juicio:

- a) Por una parte el artículo 1698 de nuestro CC, conforme al cual la existencia de la obligación debe ser probada por el que la alega, y la extinción de la obligación debe ser probada por el que la alega.
- b) Por otra, en el derecho nacional se viene considerando al cumplimiento

(ejecución de la prestación, pago) como una causal de extinción de la obligación, con lo cual, tácticamente, la prueba del cumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del art.1698; el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega”¹⁴³.

Lo señalado, no sólo resulta de una correcta interpretación del artículo 1698, sino que además encuentra respaldo en lo que la doctrina ha expuesto respecto a la prueba de los hechos extintivos.

Un hecho extintivo “es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho”¹⁴⁴, y en caso de que se alegue, “debe ser acreditado por el propio excepcionante”¹⁴⁵.

De esta forma, y en atención a la interpretación que se propone, le correspondería al Banco probar que la obligación que el consumidor como acreedor alega que existe se encuentra extinta, y en ese orden de cosas, probar el hecho extintivo que implica el cumplimiento de dicha obligación mediante la adopción de las medidas de seguridad necesarias y suficientes para evitar la ocurrencia de una clonación de tarjetas, ofreciendo los antecedentes relativos al caso particular.

En este sentido, la interpretación que se expone parece ser la más conforme, no sólo a la redacción del precepto en análisis, sino también a los principios fundantes del Derecho del Consumo, pues mira a su posición de desventaja en la relación, y apunta a que ambas partes actúen de buena fe.

Afortunadamente, la interpretación referida ha sido acogida en ciertos casos por nuestros tribunales:

¹⁴³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “*Obligaciones: Teoría general y clasificaciones; la resolución por incumplimiento*”, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 228.

¹⁴⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, op. cit., p. 43.

¹⁴⁵ Ibid., p. 43.

“Tercero: (...) La conclusión lógica que se obtiene de lo acontecido, es que siendo responsabilidad de la denunciada acreditar la efectividad de la operación financiera en virtud de la cual hacía cobros a la denunciante, pues tenía todos los medios a su alcance, no cumplió con tal carga. En consecuencia, sólo cabe concluir que la operación financiera cuestionada no fue realizada por la consumidora, a la que se trató de darle apariencia de legítima, sirviéndose de sus antecedentes personales, que estaban en poder de la denunciada”¹⁴⁶.

El considerando transcrito, reafirma la idea de que no se encuentra liberado de la carga de probar, sino que deberá acreditar que cumplió con su obligación. Incluso, este fallo va más allá, haciendo mención a la idea de que al Banco le correspondería probar que la operación fue realizada de manera efectiva, pues es él quien tiene los medios a su alcance para hacerlo, es decir, atiende a la facilidad probatoria.

Ahora esta interpretación alternativa, en el sentido de que difiere de la realizada por la jurisprudencia mayoritaria al día de hoy, pareciera ser en un primer análisis, una opción viable y se presenta incluso como una solución a las dificultades probatorias que afectan a los consumidores, pero no queda por ello exenta de cuestionamientos.

El reparo principal, apunta al hecho de que sólo soluciona una parte de ellas.

Si bien, bajo el alero de esta interpretación, el proveedor ya no queda libre de la carga de probar, la información que deberá proporcionar no va más allá de lo referido a las medidas de seguridad por él adoptadas en el caso particular, por lo que ella continúa recayendo mayormente sobre el consumidor, considerando que a él le corresponde probar la existencia de una obligación de seguridad, que sólo se encuentra establecida de manera general por la LPDC, pues su contenido no se

¹⁴⁶ C. Santiago, 8 de marzo de 2016, Rol N° 1796-2015, C°3, www.poderjudicial.cl.

encuentra precisado en el contrato que suscribe con el Banco¹⁴⁷, y tampoco en la ley, como ya se vio en el Capítulo II¹⁴⁸, de forma tal que las condiciones en que se encuentra para ofrecer dicha prueba son a lo menos precarias.

1.2. Artículo 1547 inciso 3º CC.

El artículo 1547 inciso 3º del Código Civil establece también, una regla de distribución de carga de la prueba, pues señala expresamente:

“Art. 1547 inc. 3º: La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.”

El precepto transcrito, importa que una vez acreditado el incumplimiento de una obligación, la culpa se presume, y por tanto quien busque descargarse de esa presunción, será quien deba probar que actuó con la diligencia debida.

Atendiendo principalmente a la posición privilegiada que ocupa el proveedor en la relación de consumo, y a la buena fe con que el consumidor contrata, se entiende que la diligencia debida responde al estándar de profesionalidad que le es exigible atendiendo a su carácter, y a las expectativas que tienen los consumidores que por regla general, carecen de dicha expertiz. En este sentido, de la lectura de la primera parte del Capítulo II¹⁴⁹, se desprende que en materia de fraudes bancarios, subyace la idea de que deciden contratar con una entidad bancaria, entendiendo que lo lógico es que sea más seguro depositar el dinero en una de ellas, que manejarlo en efectivo uno mismo, por lo que la confianza en el proveedor que se encuentra detrás, resulta determinante.

¹⁴⁷ De la revisión de los modelos de contrato de apertura de cuenta corriente y uso de tarjeta de crédito y débito que ofrecen los bancos de la plaza, se obtiene que en ellos no existe un detalle y en algunos casos ni siquiera se mencionan los deberes de seguridad que el Banco tiene para con sus clientes, limitándose a mínimas referencias respecto del funcionamiento de soportes electrónicos y bloqueo de tarjeta. Mucho menos se refieren a las medidas de seguridad que han de adoptar para la prevención de fraudes. Es más, el tratamiento que se hace de los deberes de seguridad, se desarrolla principalmente en torno a la responsabilidad que en dicha materia se le atribuye al consumidor.

¹⁴⁸ Supra Capítulo II-2.1.1.1.1.

¹⁴⁹ Véase Supra Capítulo II – 1.1.2.

En cumplimiento de la obligación de brindar seguridad en el consumo, el proveedor ha de implementar nuevas y eficientes medidas que se ajusten a la necesidad de los consumidores y al avance tecnológico que se encuentra detrás de las clonaciones de tarjetas bancarias.

La cuestión de la diligencia debida ha sido considerada por la jurisprudencia en algunos casos a la hora de determinar la forma en que se distribuye la carga de la prueba, lo que se ve reflejado en algunos fallos como el emitido por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de noviembre de 2016, donde expresamente señaló que:

“8º.- Que de las probanzas rendidas en autos, no existe ningún antecedente que permita presumir siquiera que la entidad bancaria haya actuado con la debida diligencia en la prestación del servicio contratado por el consumidor afectado, en el sentido de otorgar la “seguridad” que requiere dicho servicio en los términos de los artículos 3º inciso primero letra d) y 23 antes transcritos.

Cabe dejar constancia que a este respecto correspondía al Banco denunciado el onus probandi sobre el punto referido, lo que en la especie no ha ocurrido”¹⁵⁰.

En este caso, la cuestión de la diligencia debida se aborda desde el punto de vista del deber de seguridad del proveedor atendiendo al rubro en que se desempeña. Luego dicha diligencia que le es exigible en la ejecución de la obligación referida, resulta determinante para el tribunal al momento de distribuir la carga de la prueba, estableciendo que le correspondía al Banco probarla.

Ahora, si bien la aplicación de este precepto parece ser una solución a las dificultades que enfrenta en consumidor en materia de carga probatoria, encuentra

¹⁵⁰ C. Santiago, 30 de noviembre de 2016, Rol N° 1430-2016, Cº8, www.poderjudicial.cl

un obstáculo en el hecho de que para que opere la presunción de culpa, debe acreditarse el incumplimiento de una obligación, y en este sentido deberá igualmente sortear la dificultad revisada a propósito de la propuesta de interpretación del artículo 1698, relativa la existencia de la obligación de seguridad, cuestión que como se vio no resulta sencilla, pues su contenido no se encuentra precisado ni por el contrato, ni por la ley.

2. De las posibles soluciones a las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores.

“La asignación de las cargas probatorias entre las partes determina directamente el resultado de la controversia”¹⁵¹, y por lo mismo la regla que establezca dicha asignación, será fundamental en el resultado del proceso.

La interpretación y aplicación que la jurisprudencia ha hecho del artículo 1698 CC, como ya se vio está lejos de contribuir a solucionar las dificultades que en materia probatoria deben de enfrentar los consumidores en el caso en estudio. Incluso interpretando el referido precepto de una manera distinta, aunque de forma más atenuada, estas se mantienen presentes.

Es por ello que en medio de la discusión relativa a la distribución de la carga de la prueba, más de una alternativa se ha propuesto para corregir en la medida de lo posible las asimetrías informativas y su manifestación en la etapa probatoria, las que serán revisadas a continuación.

2.1. Presunción de culpabilidad.

Una de estas soluciones, consiste en el establecimiento de una presunción de culpabilidad con las características de aquella que se desarrolla a propósito del artículo 2329, que implicaría que una vez acreditada la existencia de un daño

¹⁵¹ TARUFFO, Michele, “*Simplymente la verdad...*”, op. cit., p. 259

producido al consumidor, la negligencia del proveedor ha de presumirse, de manera tal que recaerá sobre él la carga de probar su diligencia, y en caso de no hacerlo se tendrá por probado que fue negligente en la prestación del servicio.

La idea de establecer una presunción de culpa en materia de consumo no es nueva, sino que ya ha sido aplicada en el derecho comparado a propósito de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos¹⁵².

Siguiendo la lógica de dicha responsabilidad, parece bastante acertado aplicar por analogía la referida propuesta al caso en estudio, cuestión que conduce al análisis de la clonación de tarjetas como consecuencia de la prestación de un servicio defectuoso de parte del Banco.

Cuando se trata de un servicio, el defecto implica que existió una deficiencia en su funcionamiento, en este caso, específicamente en los sistemas de seguridad que son vulnerados, permitiendo que los datos de la tarjeta sean sustraídos. Dicha deficiencia debe manifestarse en una anormalidad, que sería la realización de operaciones por terceros valiéndose de esos datos, de forma tal que las circunstancias descritas se corresponden con el concepto de servicio defectuoso.

Ahora, no basta con que la clonación sea imputable a un defecto del servicio, ya que una presunción con las características de aquella contenida en el artículo 2329 es aplicable en dos hipótesis y por lo tanto, una de ellas debe configurarse, la primera es que se trate de una acción cuya peligrosidad es desproporcionada, y la segunda aquella en que las circunstancias indican que el daño es atribuible a una negligencia, hipótesis en la que calificaría el caso en estudio.

En este caso es necesario que la actividad se encuentre bajo el control del demandado, tal como ocurre con el Banco quien finalmente controla y registra las

¹⁵² Entendiendo que éstos plantean “una serie de problemas conceptuales y probatorios gravísimos, porque los costos e incertidumbres que debe asumir la víctima que pretende ser reparada son de tal entidad que la balanza resulta por completo inclinada en su perjuicio”, BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 749.

operaciones que se realizan mediante tarjetas de crédito o débito, dicho control es el fundamento de la presunción. Junto con ello y para completar la analogía, el hecho debe ser de aquellos que normalmente no ocurren sin que medie negligencia, por lo que el rol de la experiencia será fundamental¹⁵³, supuesto que también se cumple.

Así las cosas, la aplicación de una presunción como ésta implicaría que una vez que se ha acreditado la existencia de un daño, el Banco deberá probar que ocurrió sin su culpa, es decir, que el fraude no puede ser imputable a su negligencia. En otras palabras, deberá probar algo análogo a “la causa precisa del defecto y las razones que excluyen su responsabilidad, lo que usualmente lleva a que sólo le sea admisible como excusa el caso fortuito”¹⁵⁴⁻¹⁵⁵, esto es, por qué sus sistemas de seguridad fueron vulnerados, posibilitando la sustracción de datos de sus clientes.

La propuesta no ha estado exenta de críticas, contando entre ellas, que igualmente los consumidores se verían enfrentados a dificultades en cuanto a la prueba de la causalidad¹⁵⁶. Frente a ello, Barros señala que una de las formas de solucionarlas es por medio de la consideración del factor probabilidad, entonces, cuando las circunstancias del caso lleven a pensar que el hecho se haya debido a un defecto en el servicio, es posible aplicar una presunción del vínculo causal, o bien, considerar como prueba suficiente para acreditar la causalidad, una elevada probabilidad de que el daño sea consecuencia de dicho defecto¹⁵⁷.

De esta forma, una presunción con las características descritas, “puede evitar a la víctima una prueba diabólica, en circunstancias que la otra parte tiene el control de los hechos”¹⁵⁸, de manera tal que, se consideraría la desigualdad que muchas veces prima en las relaciones jurídicas, respondiendo con ello a los principios fundantes del Derecho del Consumo, por lo que su aplicación en el caso en estudio

¹⁵³ BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 153-154.

¹⁵⁴ El caso fortuito como eximente de responsabilidad en materia de clonación de tarjetas fue analizado *supra*, p. 45.

¹⁵⁵ BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 750.

¹⁵⁶ LORENZINI BARRÍA, Jaime, op. cit., p. 402.

¹⁵⁷ BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 765.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 154.

sería de gran utilidad para el consumidor a la hora de enfrentar las dificultades que lo afectan en materia probatoria.

La principal duda que surge en torno a la aplicación de una presunción como la del artículo 2329, es que se encuentra contemplada en materia extracontractual, y en el caso en estudio media un contrato, que contiene una obligación de seguridad que cumple con las características de una obligación de resultado¹⁵⁹, pudiendo aplicarse entonces, la presunción del 1547 inciso tercero, pues como señala Barros, “la situación probatoria es análoga si la responsabilidad se funda en la infracción de una obligación de resultado o en una culpa extracontractual presumida”¹⁶⁰. Pero la diferencia que determina que sea más eficiente la primera, radica en la circunstancia que ha de acreditarse para que opere la presunción, pues en ésta basta con acreditar el daño, esto es el detrimento que sufre el consumidor en su patrimonio, mientras que si se trata de la segunda, deberá sortear la prueba del incumplimiento, y con ello la de la existencia de la obligación con todos los obstáculos que implica, relacionados con su contenido, ya revisados en el apartado anterior.

2.2. Régimen de responsabilidad estricta¹⁶¹.

Esta propuesta tampoco es nueva, y al igual que la presunción de culpa, ha sido adoptada por el derecho comparado como solución a las dificultades probatorias que se presentan en los casos de responsabilidad por productos defectuosos¹⁶², que como ya se vio se corresponden con aquellas que se enfrentan en el caso de los servicios.

¹⁵⁹ En el Capítulo II- 2.1.2. se hizo el análisis respecto a la calificación de la obligación de seguridad del Banco, como una de resultado.

¹⁶⁰ BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p. 662.

¹⁶¹ Si bien en los capítulos introductorios se enunció la idea que la responsabilidad infraccional que deriva de la infracción a las normas de la LPDC tendría el carácter de objetiva, y que incluso existiría jurisprudencia que avala tal cosa, la cuestión no es clara, menos aún en materia de responsabilidad civil, sobre todo si se considera que tal estatuto sólo puede ser establecido por el legislador, por lo que conviene analizar la propuesta con mayor detención.

¹⁶² Esta idea ha sido implementada por el derecho norteamericano y también por el europeo, encontrándose expresamente consagrada en la Directiva 85/374/CEE. Para mayor detalle véase *ibid.*, p. 753-756.

Los estatutos de responsabilidad estricta se construyen sobre la base del elemento riesgo, y por lo tanto, todos los casos para los que la ley ha contemplado su aplicación, implican el desarrollo de actividades riesgosas, de forma tal que si el riesgo se materializa ocasionando un daño, quien desarrolla dicha actividad será responsable frente a quien lo sufre.

Lo atractivo de un régimen como éste es que prescinde del elemento negligencia para la atribución de responsabilidad, de manera que ésta queda determinada por la relación causal que nace cuando el daño que sufre el demandante es atribuible al riesgo propio de la actividad que desarrolla el demandado.

Para el caso de los servicios, un régimen de responsabilidad estricta atenderá únicamente a su resultado, y no a la diligencia que se haya empleado con miras a su consecución, por lo que si se materializa el riesgo y el resultado es defectuoso, se entiende que quien lo provee es responsable del daño que ello ocasione.

Ahora, respecto a la posibilidad de aplicar estas reglas al caso en estudio, Barros expone un grupo de casos donde se estima justo que así sea¹⁶³. Dentro de éstos considera aquellas situaciones en que las partes no pueden ser tenidas como iguales frente al riesgo, refiriéndose expresamente a la situación en que se encuentran los consumidores frente a los proveedores, donde el control de la información relevante y del riesgo lo tienen estos últimos.

Los supuestos del caso en estudio, cumplirían con las condiciones de aplicación de dichas reglas, más aún si se suma el hecho de que la excesiva complejidad derivada de la tecnología¹⁶⁴ que se encuentra detrás del servicio proporcionado por el Banco, constituye un riesgo susceptible de ser comprendido en

¹⁶³ Véase BARROS BOURIE, Enrique, op. cit., p.456.

¹⁶⁴ En este sentido, Barros considera que es preferible aplicar una regla de responsabilidad estricta para actividades excesivamente peligrosas, aludiendo especialmente a aquellas en que el riesgo proviene del empleo de tecnologías de efectos impredecibles, p. 447.

este régimen, considerando que sólo puede ser controlado por el Banco mediante la adopción de las medidas de seguridad apropiadas.

La aplicación de un régimen como éste permite corregir las asimetrías informativas, pues atiende a las condiciones en que se encuentran los consumidores para ofrecer prueba, y se presenta como una manifestación del principio de buena fe, mirando a sus expectativas razonables, y al control del riesgo que el proveedor debería dominar en la prestación del servicio.

2.3. Consagración legal de los deberes de seguridad de los proveedores financieros.

Respecto de esta propuesta no me detendré mayormente, pues el detalle del contenido de dichos deberes fue revisado en el Capítulo II.

Queda decir que la principal ventaja que conlleva es que si por la vía legal se precisa el contenido de la obligación de seguridad de los bancos, estableciendo las medidas que han de adoptar para la prevención de fraudes, la prueba de la obligación en los términos exigidos por el artículo 1698, resultaría mucho más sencilla de satisfacer para el demandante consumidor, quien tendría claridad respecto a lo que puede exigir del proveedor, lo que de cierta manera viene a corregir también las asimetrías informativas que lo afectan.

De la misma forma, facilitándose la prueba referida y con ello la acreditación del incumplimiento de la obligación en comento, podría aplicarse sin problemas la presunción de culpa que consagra el artículo 1547 inciso 3º, lo que se constituye como una potente herramienta para hacer frente a las dificultades probatorias.

2.4. El deber de colaboración y la aplicación de una regla de carga probatoria dinámica.

La idea de que la aplicación del artículo 1698 CC, no resulta efectiva desde el punto de vista de la protección de los derechos de ciertos actores, no es nueva, y ya ha sido estudiada por la doctrina y acogida por algunos ordenamientos, que han construido la regulación sobre la base del deber de colaboración que existiría entre las partes, y que también incluye al juez¹⁶⁵.

Este deber, “tiene su fundamento en la asimetría existente, muchas veces, entre las partes, en la idea de economía procesal y en la búsqueda de la verdad material”¹⁶⁶, pues se entiende que si las partes colaboran entre sí, ofreciendo al tribunal los medios de prueba de que disponen, no sólo se atenuará la referida asimetría, sino que además, se agilizará el proceso sin caer en dilaciones inútiles, y posiblemente se alcanzará la verdad material acerca de los hechos.

Así, en algunos países se ha previsto la exigencia de dicha colaboración antes del juicio, como es el caso del *pretrial discovery* en el proceso civil estadounidense, especie de preparación del juicio mediante el deber impuesto a las partes de proveer información relevante para la demanda o defensa futura. Lo mismo ocurre en el modelo inglés, donde las *pre-action-protocols* establecen deberes de información previos al juicio con sanciones procesales en costos económicos concretos¹⁶⁷.

A favor de esta idea se han pronunciado autores como Taruffo, argumentando que “si se trata de lograr que una parte pueda utilizar las pruebas que están disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente – y más correcto – prever una orden de

¹⁶⁵ En este sentido, véase BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. análisis en un contexto de facilidad probatorio”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2016, N°1.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “La carga dinámica de la prueba”, Revista de Derecho Procesal, 2012, N°22, p. 363.

¹⁶⁷ STÜRNER, Rolf, “La obtención de información probatoria en el proceso civil”, trad. Álvaro Pérez Ragone, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, N° XXX, p. 251-252, (en línea, consultado 4/06/2016, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000100006).

exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla en juicio”¹⁶⁸.

En otros ordenamientos, se ha contemplado la exigencia de dicho deber en una etapa posterior, en el juicio mismo, estableciendo una distribución dinámica de la carga de la prueba. Esta última propuesta conviene revisarla con mayor detalle, porque estuvo contemplada en el proyecto de reforma a la legislación procesal civil.

Específicamente en materia de consumo, esta idea se ha manifestado con fuerza en el derecho comparado y recientemente en el nacional, presentándose como una opción susceptible de solucionar varias de las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores en un procedimiento judicial y que se han revisado hasta ahora.

La carga dinámica implica, “la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado en el proceso”¹⁶⁹.

Su objetivo principal, es “permitir en casos excepcionales el cumplimiento cabal de la idea de justicia y especialmente de igualdad de las partes del proceso”¹⁷⁰, y por ello se vuelve una opción susceptible de mermar las asimetrías existentes en algunas relaciones jurídicas que por su naturaleza se construyen sobre la base de la desigualdad entre partes.

2.4.1. De la aplicación de la regla de distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho nacional y comparado.

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad...”, op. cit., p. 263.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, op. cit., pp. 370-371.

¹⁷⁰ Ibid., p 370.

La idea de que existiría una necesidad de aplicar una regla ésta, nace principalmente de la conclusión de que no es una constante que las relaciones jurídicas se construyan sobre la base de la igualdad, y bajo ese supuesto ha sido recogida por los ordenamientos civiles de varios países¹⁷¹, entre los que cuentan España, Francia, Argentina y Colombia, mientras que por su parte en nuestro país fue incorporada, en principio, al proyecto de nuevo Código Procesal Civil¹⁷².

2.4.1.1. De la distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho comparado.

La regla de distribución dinámica de la carga de la prueba ha sido acogida ampliamente en el derecho comparado. En la Unión Europea, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo sobre propiedad intelectual, específicamente el artículo 6.1¹⁷³, contempla la referida facultad, exceptuando los datos confidenciales, y son varios los países en Europa que han acogido esta regla a propósito de ciertas materias.

La regulación de la prueba en el procedimiento civil alemán se basa en un modelo de autoayuda donde “el tribunal puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la presentación de documentos u objetos para su inspección que estén en poder de la contraparte o terceros –según el texto legal– incluso pudiéndose ordenar medidas coercitivas contra estos últimos”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Para mayor detalle véase, PEYRANO, Jorge, “*La carga de la prueba*”, en “Estudios de Derecho Procesal”, (en línea, consultado 27/04/2017, <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>), p. 972, GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba y sus límites*”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013, p. 71-82 y LORENZINI BARRÍA, Jaime, op. cit., p. 399-397.

¹⁷² Véase “Boletín 8197-07 que crea nuevo Código Procesal Civil”, (en línea, consultado 30/05/2017, http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596).

¹⁷³ “Los Estados miembros garantizarán que, a petición de la parte que haya presentado pruebas razonablemente disponibles y suficientes para respaldar sus alegaciones y haya especificado, al fundamentar tales alegaciones, que otras pruebas se encuentran bajo control de la parte contraria, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que la parte contraria entregue dichas pruebas, sin perjuicio de que se garantice la protección de los datos confidenciales”.

¹⁷⁴ STÜRNER, Rolf, op. cit., p. 253.

En Francia, el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil¹⁷⁵, consagra el ya mencionado deber de colaboración, pudiendo el tribunal ordenar a las partes la entrega de una prueba, bajo apercibimiento de la imposición de multas coercitivas.

Por su parte, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Española, señala a modo de regla de cierre en su número 7 que, “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”¹⁷⁶, consagrando la regla de distribución dinámica en los casos en que de acuerdo a los criterios mencionados no corresponda hacer aplicación de la regla general, que establece que incumbe probar al demandante los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico de su pretensión, y al demandado, aquellos que extingan o enervan dicho efecto.

En el derecho norteamericano, se “vincula la idea de carga dinámica con leyes antidiscriminación donde se ha establecido que el solo hecho de estar en una situación que presente indicios de discriminación basta para invertir la carga probatoria y dejar en manos de quien discriminó toda la carga de probar que no lo hizo en juicio y de esta manera proteger a quien está en una situación disminuida o asimétrica”¹⁷⁷.

A nivel latinoamericano, en Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de La Pampa, si bien reconoce que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirme la existencia de un hecho, se establece por otro lado, y como regla de cierre que, “sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que

¹⁷⁵ “Las partes tienen la obligación de colaborar en la práctica de la prueba; el tribunal operará las consecuencias oportunas en caso de que se abstengan o rechacen hacerlo. Si una parte tuviera en su poder un elemento de prueba, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo”, (trad. disponible en línea, consultado 27/04/2017, https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1975/13787/version/3/.../Code_45.pdf).

¹⁷⁶ Ley N° 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, artículo 217, (en línea, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>).

¹⁷⁷ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “La carga dinámica de la prueba”, op. cit., p. 377.

por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”¹⁷⁸.

Específicamente en materia de consumo, la Ley brasileña N° 8.078 sobre protección del consumidor, establece en su artículo 6° que es un derecho básico éste “la facilitación de la defensa de sus derechos, inclusive con la inversión de la carga probatoria en su favor en el proceso civil, cuando a criterio del juez la alegación es verosímil o cuando el presentare inferioridad, según las reglas ordinarias de experiencia”¹⁷⁹, considerándose entonces la posición que ocupan las partes en la relación de consumo para distribuir la carga de probar.

Por último, Colombia¹⁸⁰, Uruguay¹⁸¹ y Perú¹⁸², también han acogido en su legislación, la idea del deber de colaboración entre las partes. En el primer país, a propósito de las acciones populares y en los otros dos, para ser aplicados en el procedimiento civil aplicable de acuerdo a su legislación.

2.4.1.2. De la distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho nacional y la reforma al Código de Procedimiento Civil.

La idea de que las partes de una relación jurídica no se encuentran en pie de igualdad para hacer frente a un conflicto, no resulta problemática únicamente a propósito de las relaciones de consumo, sino que representa un problema para el Derecho Civil en general, pues la supuesta igualdad sobre la cual se construyen, “es una igualdad meramente formal, presente sólo en el texto legal, pasando por alto el

¹⁷⁸ Código Civil y Comercial de la Pampa, artículo 360, (en línea, consultado 27/04/2017, http://www.caplp.org.ar/wp-content/uploads/2012/03/Ley_1828-Codigo_Procesal_Civil_de_La_Pampa.pdf).

¹⁷⁹ Ley N° 8078 (Brasil), artículo 6° VIII, (en línea, consultado 27/04/2017, <https://es.slideshare.net/consumidorbo/ley-de-defensa-del-consumidor-brasil>)

¹⁸⁰ Ley N° 472, artículo 30, (en línea, consultado 27/04/2017, <https://es.slideshare.net/consumidorbo/ley-de-defensa-del-consumidor-brasil>).

¹⁸¹ Código General del Proceso, artículo 189, (en línea, consultado 27/04/2017, <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civiluruguay.pdf>).

¹⁸² Código Procesal Civil, artículo 282, (en línea, consultado 27/04/2017, <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>).

desequilibrio que está en la base de muchas relaciones que forman la trama de la vida social”¹⁸³.

Fundamentalmente por esta razón, el proyecto de nuevo Código Procesal Civil contenía una norma que regulaba la carga de la prueba, estableciendo su distribución dinámica, pero que luego de la discusión que consta en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, fue eliminada.

En dicha oportunidad, Ramón Domínguez señaló que tal norma, “infringe el principio fundamental de que nadie puede ser obligado a ir en contra de su propio interés o a perjudicarse, pues se le podría exigir probar un hecho que, siendo de cargo de la contraria, le causaría un perjuicio”¹⁸⁴.

Por su parte Mauricio Tapia dirigió su crítica en orden a que el establecimiento de una regla de carga dinámica, pasaría por encima de todas las reglas del CC, “por lo que habrá una contradicción entre textos legales sustantivos y adjetivos”, ello en vista de que “el juez, a través de la regla de la carga probatoria dinámica, puede vulnerar las presunciones legales de culpa tanto en materia contractual como en materia extracontractual”. Señaló, además, que “contribuye a diluir la seguridad jurídica, ya que no se sabrá, hasta la audiencia preliminar, si la víctima estará o no liberada de la prueba de la culpa, lo que puede retrasar o, incluso, hacer imposible la indemnización justa para intentar reparar el daño causado por un hecho negligente”¹⁸⁵.

Por último, “agregó que todo indica que la carga probatoria dinámica es una invocación a la subjetividad del juez, que afecta gravemente la seguridad jurídica y le obliga a tomar partido por una de las partes, atribuyéndole el peso de la prueba a la otra, en una fase preliminar del juicio donde es imposible que el juez conozca en

¹⁸³ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba*”, op. cit., p. 363.

¹⁸⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, p. 355, (en línea, consultado 1/06/2017, http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596?).

¹⁸⁵ Ibid., pp. 350-351.

profundidad el caso que debe resolver”¹⁸⁶, lo que comprometería la imparcialidad del juez.

Finalmente, y siguiendo con las críticas más relevantes, Jorge Correa señaló, “que la carga probatoria dinámica viola el sagrado principio de imparcialidad de los jueces y, por ende, es contrario a la Constitución Política de la República y a los tratados internacionales, específicamente, a los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 N° 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 N° 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹⁸⁷.

Algunos miembros de la Comisión, entre ellos Alejandro Romero y Francisco Pinochet, concluyeron que existen mecanismos más neutros y más objetivos que una regla de carga dinámica, como es la utilización del sistema de presunciones legales y judiciales, las que al mismo tiempo brindarían una mayor seguridad jurídica¹⁸⁸. De esta forma, quedó cerrado el debate con la eliminación de la norma en cuestión.

2.4.2. La distribución dinámica de la carga de la prueba y la reforma a la LPDC.

La incorporación de una regla de carga dinámica se ha propuesto por la doctrina como una de las soluciones más eficientes para hacer frente a las consecuencias que la desigualdad entre proveedor y consumidor acarrea en materia probatoria.

Su aplicación constituiría una herramienta a partir de la cual se podría atenuar la asimetría que marca las relaciones de consumo, y particularmente la del caso en estudio, pues con ella se impone al proveedor una carga de ofrecer prueba que sólo él puede producir, y que le permitirá al juez acceder a medios, a los que no tendría

¹⁸⁶ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, op. cit., p. 351.

¹⁸⁷ Ibid., p. 355.

¹⁸⁸ Ibid., p. 349.

acceso de aplicarse lo establecido por el artículo 1698 CC, pues el consumidor no los tiene a su disposición.

Lo anterior es consecuencia de la “superioridad cognitiva, operativa, técnica, legal y económica”¹⁸⁹ que respalda a los proveedores, y que resulta del hecho de que la eventual controversia tendrá lugar en el ejercicio del rubro al que se dedica.

De lo expuesto se desprende, que una regla como la que se viene analizando responde a dicho principio, pero ésta es una cuestión que conviene analizar de manera más detallada, considerando que no se trata del único principio relevante para efectos de la regulación de la prueba.

2.4.2.1. El artículo 50 Q y la reforma a la ley N°19.496.

A mediados del 2014, comenzó a tramitarse un proyecto de reforma a la actual LPDC, como respuesta a la situación en que se encuentran los consumidores al amparo de la ley vigente, pues tal como se señala en el mensaje que da inicio a dicho proyecto, “no obstante los avances, se puede constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos, especialmente en el ámbito de sus intereses individuales”¹⁹⁰.

Entre otros aspectos, el proyecto trata el tema de la prueba y la manera en que actualmente se distribuye la carga de probar, haciendo hincapié en el hecho de que, “el consumidor afectado se encuentra desprotegido y le resulta costoso acudir a esta justicia, ya que puede comparecer sin abogado a enfrentar al proveedor que cuenta con asistencia jurídica y le corresponde soportar todo el costo de generar la prueba de la infracción”¹⁹¹.

¹⁸⁹ LORENZINI BARRÍA, Jaime, op. cit., p. 402.

¹⁹⁰ Mensaje, “Boletín 9369-03 que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, (en línea, consultado 24/04/2017, https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9783).

¹⁹¹ Ibid.

Por esta razón, que se busca generar un cambio en la situación de desprotección en que se encuentra el consumidor, que viéndose afectado por una infracción a las normas de la LPDC y haciendo uso de los derechos que ella le otorga, decide acudir a la justicia.

La discusión relativa a cómo ha de distribuirse la carga de la prueba en materia de consumo, sería zanjada por la vía legislativa mediante el artículo 50 Q:

“Art. 50 Q: El tribunal podrá en el aludido comparendo, distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder. Para efectos de rendir la prueba ordenada conforme a este inciso, el juez citará a una nueva audiencia con ese único fin, la que deberá ser citada a la brevedad posible”.

Con la entrada en vigencia de esta norma, la carga de la prueba ya no recaería completamente sobre el consumidor, sino que le corresponderá al juez distribuirla e imponerla a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, a quien se le comunicará dicha decisión, de forma tal que asuma la carga o las consecuencias que de no hacerlo deriven.

2.4.2.2. Ventajas y desventajas de la distribución dinámica de la carga de la prueba como solución a las dificultades probatorias.

“La carga dinámica de la prueba es una solución o, más bien, una manera de aminorar la problemática que surge a consecuencia de que distintas partes en el proceso no están siempre en pie de igualdad para enfrentar el conflicto”¹⁹².

¹⁹² GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba*”, op. cit., p. 363.

Su aplicación encuentra justificación “en la asimetría que puede existir entre las partes, y el mayor costo social que puede implicar para una de ellas el proporcionar una determinada prueba respecto a la otra”¹⁹³.

La idea de que ésta forma de distribuir la carga se justifique en la asimetría de la relación, surge de lo determinante que ella resulta en materia de prueba, pues al momento de su ofrecimiento, el consumidor se verá limitado tanto por la poca información que posee, como por lo escaso de los recursos con que cuenta para conseguirla o producirla, factores que lo ubican en un posición altamente desventajosa frente al Banco, que coarta sus posibilidades de acreditar en juicio, tanto la existencia de la obligación, como los hechos constitutivos del fraude.

En este sentido, el hecho de que el juez tenga la posibilidad, atendiendo a los supuestos del caso, de imponerle una carga al proveedor para que entregue cierta información o produzca determinada prueba a la cual el consumidor no tiene acceso, de alguna manera corrige la asimetría y evita una afectación injusta de los intereses de éste último.

Ahora, al mismo tiempo en que la asimetría es corregida, es la que determina la forma en que se ha de aplicar dicha regla, pues se atiende a la posición que en virtud de ella ocupan las partes en la relación para distribuir la carga, entendiendo que la regla busca que quien tiene a su disposición la prueba o la facilidad para acceder a ella o producirla, lo haga, de manera tal que una produce un efecto sobre la otra y viceversa.

Por otra parte, así como la regla en análisis contribuye a atenuar la desigualdad entre las partes, implica también una manifestación del principio de buena fe, representado por el deber de colaboración ya referido en apartados anteriores, que recae sobre las partes, y que involucra también al juez, de forma tal

¹⁹³ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba y sus límites*”, op. cit., p. 43.

que existe una “interacción y dinámica colaborativa que identificaría la estructuración de un modelo procesal sustancialmente dirigido a producir una sentencia justa”¹⁹⁴.

En este sentido, la buena fe se manifiesta en una etapa post-contractual, a partir de la contribución que han de realizar las partes al esclarecimiento de los hechos que dan origen a la controversia, lo que atiende a la conducta que conforme a éste principio debieren de mantener frente al término del contrato o la extinción de una obligación.

Siendo así, las partes actuando de buena fe, deberán aportar al proceso los medios de prueba que tengan a su disposición y que sean susceptibles de contribuir al esclarecimiento de los hechos, de la forma en que juez lo imponga de acuerdo a la manera en que determine distribuir la carga.

La aplicación de una regla de distribución dinámica de la carga probatoria tiene como fundamento y al mismo tiempo garantiza, que las partes cumplan con el mencionado deber de colaboración que no es más que una manifestación del principio de buena fe, de forma tal que a través de ella se conjugan las reglas de la prueba con los deberes de conducta procesal que recaen sobre las partes.

Así las cosas, el establecimiento de una regla como la del artículo 50 Q, más allá de manifestar el “reconocimiento de una dificultad y seria desventaja que enfrenta una de las partes en juicio”¹⁹⁵, implica el posible arribo a una solución frente a las dificultades probatorias que se han ido revisando a lo largo de esta tesis, pues responde y al mismo tiempo constituye una manifestación de los principios fundantes del Derecho del Consumo, acortando “la brecha entre proveedor y consumidor cuando se va a juicio”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ PALOMO VÉLEZ, Diego, “*Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?*”, *Revista Ius et Praxis*, 2013, N°2, p. 449.

¹⁹⁵ LORENZINI BARRÍA, Jaime, op. cit., p. 404.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 401.

Siendo así, la eventual aplicación de este nuevo precepto en la forma en que se encontraría establecido, acarreará grandes cambios, teniendo en cuenta que gran parte de las resoluciones de nuestros tribunales que se pronuncian respecto del caso en estudio, se argumentan sobre la base de la ausencia o la insuficiencia de prueba.

Es por ello que desplazar la carga de probar hacia el Banco, sobre la base de “que una parte estará en mejor posición probatoria que otra si dispone de conocimientos especiales en la materia o si los medios de prueba se encuentran en su poder”¹⁹⁷, parece acertado, entendiendo que cumple con dichas condiciones, pues es él quien maneja todos los antecedentes del funcionamiento del servicio, o a lo menos, cuenta con los medios y recursos necesarios para acceder a ellos, sencillamente porque se trata de su negocio.

De esta forma, deberá aportar dichos antecedentes al proceso, sino quiere ver perjudicados sus intereses, aligerando la carga de la prueba que recaerá sobre el consumidor, o bien eliminándola por completo.

Ahora, si bien la incorporación de una regla de carga dinámica pareciera ser promisoria de una solución efectiva para hacer frente a las dificultades probatorias que afectan a los consumidores, existen algunos fallos recientes que dejan claro que dicha incorporación no es estrictamente necesaria, pues la argumentación se construye sobre la idea de que no puede recaer sobre el consumidor una carga que le es imposible de satisfacer, sin que exista norma expresa que lo establezca.

Es posible colegir lo anterior de la lectura de algunos fallos como los que se exponen a continuación, ambos emitidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de noviembre de 2015 y 2 de agosto de 2016 respectivamente, en los cuales se desarrolla el argumento en torno a que la carga de probar recaer sobre el proveedor, de la siguiente forma:

¹⁹⁷ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba*”, op. cit., p. 381.

“6º: (...) No obstante lo anterior, la entidad bancaria, en este procedimiento infraccional, no acreditó la debida diligencia en el cumplimiento de su obligación legal y convencional, ya que la sola afirmación de que el consumidor era responsable de la tarjeta electrónica y la clave de la misma, correspondiente a la cuenta Rut mencionada, no acredita el cumplimiento de su deber con la debida diligencia, es más, ante la solicitud de visualización de los registros de cámaras de su dominio, antecedentes importantes para esclarecer el asunto, el banco no respondió el requerimiento. En estas circunstancias correspondía al Banco demandado acreditar el cumplimiento de su obligación de custodia de los dineros puestos bajo su resguardo, más aún cuanto que la entidad bancaria cuenta o debería contar con los elementos necesarios para controlar el movimiento de clientes y custodia de sus depósitos, estando en esas condiciones en mejor situación de probar que el demandante”¹⁹⁸.

“5º: (...) En otras palabras, la conducta infraccional es aquella que despliega un proveedor por prestar un servicio ofrecido en condiciones inferiores a aquellas ofertadas, incurriendo en negligencia en su actuar, que se manifiesta, a lo menos, en fallas o deficiencias en la prestación del mismo.

Un problema adicional, aunque íntimamente ligado, es aquel relativo a la carga probatoria. Desde el momento en que el proveedor niega haber incurrido en alguna deficiencia, falla o error de cualquier tipo en la provisión de servicio, se hace cargo de la obligación de probar tal aserto, esto es, planteado en términos positivos, deberá acreditar el debido cuidado, la diligencia, la actuación del proveedor conforme los estrictos términos del servicio immaculado ofrecido. Y ello es así, atendido el carácter protector del derecho del consumidor, unido a la

¹⁹⁸ C. Santiago, 23 de noviembre de 2015, Rol N° 1482-2015, C°6, www.poderjudicial.cl

circunstancia de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que normalmente acompaña a las entidades proveedoras de servicios”¹⁹⁹.

Así, para solucionar las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores, bastaría con interpretar la normativa actual en concordancia con las circunstancias particulares del caso y fundamentalmente, con los principios del Derecho del Consumo. Pero ciertamente, el que se trate de un cambio legislativo sería mucho más eficiente, en el sentido de que implica un mandato para el juez, quien se verá obligado a distribuir la prueba entre las partes conforme a la facilidad y disponibilidad probatoria que los respalda, contribuyendo con ello a la uniformización de la jurisprudencia en la materia, de manera tal que, sea o no estrictamente necesaria, de concretarse la reforma, traerá consigo grandes ventajas.

Ahora, la idea de que el establecimiento de una regla de carga dinámica resulta ventajoso, no es unánime y por lo mismo no ha quedado exenta de críticas, algunas de las cuales fueron revisadas en el ámbito de la reforma al procedimiento civil²⁰⁰, y que llevaron a la eliminación de dicha regla en esa materia.

Para efectos del caso en estudio, resultan relevantes aquellas que se refieren a la afectación que conlleva en términos de seguridad jurídica²⁰¹, por cuanto se podría ver comprometida la imparcialidad del juez²⁰², quien al ubicar la carga de la prueba sobre la parte que estime conveniente de acuerdo a los factores de facilidad y disponibilidad probatoria, podría estar realizando un juicio previo y anticipatorio del resultado final del pleito.

Importa también, la crítica que apunta a la eventual vulneración del principio de no autoincriminación, ya que la exigencia de cierta prueba a una de las partes podría involucrar la posibilidad de ir contra sí mismo, pues desde el momento en que la carga dinámica implica la colaboración de las partes, “hace que éstas se inserten

¹⁹⁹ C. Santiago, 2 de agosto de 2016, Rol N° 884-2016, C°5, www.poderjudicial.cl

²⁰⁰ Supra p. 114 – 115.

²⁰¹ Véase PALOMO VÉLEZ, Diego, op. cit., p. 457.

²⁰² Véase TARUFFO, Michele, “*Simplemente la verdad...*”, op. cit., p. 263

de manera importante en el descubrimiento de la verdad, también la intromisión obligatoria de ellas puede producir que el obligado a colaborar cargue con un peso difícil de soportar o que algún derecho fundamental se vea controvertido”²⁰³.

De esta forma, la distribución dinámica de la carga de la prueba, podría traer como consecuencia que el Banco sea obligado a rendir determinada prueba de la cual se desprende su responsabilidad en la clonación, lo que ciertamente puede resultar problemático.

Rolf Stürner señala que frente a este tipo de situaciones existen dos opciones, “una alternativa es no afectar en lo posible a la contraparte o al tercero, debiéndose remitir la parte del proceso a su propio material procesal (“nemo tenetur contra se accusare” o “nemo contra se edere tenetur”) pudiendo perturbar al adversario o a un tercero sólo excepcionalmente. La otra alternativa es imponer la carga plenamente en ambos puntos de partida, y sólo establece excepciones el sentido de fundamentos plausibles justificados para no prestar colaboración”²⁰⁴.

Pero ciertamente, la mejor manera de hacer frente a esta crítica es limitar la regla de una manera adecuada, ya que “si bien como principio absoluto y extensivo al área civil por los Tratados y vínculos internacionales la no autoincriminación siempre será un límite, también en cada caso concreto habrá que determinar los derechos que se encuentran en juego”²⁰⁵, de forma tal que se ponderen en atención al principio de proporcionalidad y a los intereses de las partes que están en juego, sin dejar de tener a la vista el fin de dicha regla.

Así las cosas, a pesar de las críticas y más allá de que atendiendo a los principios fundantes del Derecho del Consumo y a las circunstancias del caso, la posibilidad de establecer una regla de carga dinámica parezca la solución más eficiente frente a las dificultades probatorias que enfrenta el consumidor, conviene

²⁰³ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba y sus límites*”, op. cit., p 128.

²⁰⁴ STÜRNER, Rolf, op. cit., p. 244.

²⁰⁵ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba y sus límites*”, op. cit., p.138.

analizarla desde distintos puntos de vista, de forma tal que si ha de implementarse se haga una manera óptima, estableciendo claramente las directrices de su aplicación y con ello también sus límites.

Al mismo tiempo, deben evaluarse otras posibilidades²⁰⁶, entre las cuales cobra fuerza la idea de aplicar una presunción de culpabilidad²⁰⁷, pues en ese caso “las partes tienen la posibilidad de evaluar, con un elevado grado de previsibilidad, cuál será la distribución de las cargas probatorias y tienen, por consiguiente, la posibilidad de construir sus estrategias procesales y probatorias sobre la base de esta previsión”²⁰⁸, no comprometiendo la seguridad jurídica, pero igualmente enfrentando otras dificultades.

Por lo mismo, es que sea cual sea la vía que se pretenda adoptar para hacer frente a las dificultades probatorias que se han expuesto a lo largo de esta tesis, debe de ser analizada con detención, no sólo mirando al fin último que importa su solución, sino también, a las implicancias que una u otra podría conllevar en el camino a dicho fin.

²⁰⁶ Véase supra Capítulo V – 2.1, 2.2, 2.3.

²⁰⁷ Véase supra Capítulo V – 2.1.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele, “*Simplymente la verdad...*”, op. cit., p. 264.

Conclusiones.

El objetivo principal de esta tesis consistía en la exposición de posibles soluciones para hacer frente a las dificultades probatorias que afectan a los consumidores en el caso particular de la clonación de tarjetas.

Dicho objetivo parte de la premisa inicial de que la regulación de la prueba en materia de consumo, presenta ciertas falencias que se ven manifestadas en la práctica y que van en directo perjuicio de los consumidores.

Elas se presentan a propósito de dos aspectos más bien de fondo, que son el estándar y la carga de la prueba. Respecto del primero, porque no existe una regla que establezca cuál es el estándar de prueba aplicable, y en cuanto al segundo, porque la forma en que supletoriamente se aplica el artículo 1698 CC, no se condice con los principios y fundamentos del Derecho del Consumo, por lo que proteger de manera efectiva los derechos de los consumidores en este caso, bajo estas condiciones, prácticamente no resulta posible.

Si bien, estas falencias son transversales al Derecho del Consumo en general, existe un caso donde por diversos factores se manifiestan más fuertemente, es el caso de la clonación de tarjetas.

Ahora si de analizar las dificultades probatorias se trata, la atribución de responsabilidad juega un papel fundamental, principalmente porque se trata del hecho de un tercero en el que tiene responsabilidad el Banco, y luego, porque la obligación fundamental sobre la base de la cual operaría la atribución no se encuentra detallada en la ley, así como tampoco ocurre en los contratos, que sólo detallan las obligaciones y responsabilidad de los consumidores, entendiendo que bajo la lógica de un contrato de adhesión a este último no le queda más que aceptar las cláusulas en bloque.

Así las cosas, las dificultades probatorias en este caso, responden a algo más que las falencias en regulación de la prueba, aunque para efectos conclusivos conviene agruparlas en aquellas que se relacionan con cuestiones de estándar de prueba, y aquellas que lo hacen con la carga de la prueba.

El primer grupo, parte de la base de la ausencia de una regla de estándar, a lo que se suman otros factores relacionados directamente con el caso en particular, como es la complejidad de las circunstancias que rodean a una clonación, que dificulta la comprensión de las mismas y la discriminación entre ellas en base a un criterio de relevancia.

El hecho de que no exista una regla de estándar aplicable a materias de consumo, deja abierta la puerta a los jueces a aplicar de manera discrecional el parámetro de suficiencia de la prueba que estimen pertinente, cayendo muchas veces en la aplicación de criterios subjetivos, llegando incluso a aplicar una regla como la establecida en materia penal, lo que perjudica directamente a los consumidores y resulta totalmente inadmisibles en la materia, alejándose a pasos agigantados de los fines del Derecho del Consumo, pues dicha regla se sustenta sobre un principio que no tiene cabida en él, cual es la presunción de inocencia, que hace de éste estándar uno excesivamente exigente.

De esta forma, la determinación de la suficiencia de la prueba en los casos de clonación de tarjetas no es una cuestión uniforme en la jurisprudencia, y por lo mismo, se agrega una dificultad adicional que consiste en la incertidumbre que existirá respecto a cuando el juez podrá tener por probado un hecho, en un escenario que ya por su naturaleza es incierto.

El segundo grupo, ya no pasa por una ausencia de regulación, sino que es consecuencia principalmente, de la posición que ocupa el consumidor en la relación de consumo, pues sucede que la forma en que aplica el artículo 1698 CC a los casos de clonación, se aleja bastante de los principios fundantes de la protección del

consumidor, que finalmente debieren de constituir la base de la regulación y de su interpretación. De esta forma, la carga de probar recae sobre el consumidor, quien tiene una disponibilidad probatoria muy precaria, pues carece de las condiciones necesarias para producir o acceder a la prueba, y con ello, para acreditar sus enunciados de hecho, mientras que al Banco, que tiene dichas condiciones, no se le exige prueba alguna.

En este sentido, más allá de que las reglas del Derecho Civil en materia contractual se construyan sobre la base de una relación entre iguales, y en consecuencia el artículo 1698 CC no considere ciertas cuestiones relevantes en el caso en estudio, como son la disponibilidad y facilidad probatoria y la indeterminación de la obligación de seguridad de los Bancos, el principal problema se produce por la forma en que dicha norma se aplica en la práctica.

Por lo mismo, resulta necesario encontrar una solución que permita enfrentar las dificultades probatorias que se han ido describiendo a lo largo de esta tesis, considerando que las clonaciones de tarjetas no constituyen un caso aislado que se observe con poca frecuencia, sino todo lo contrario.

Algunas de estas soluciones han sido propuestas por la doctrina a propósito de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, y resultan aplicables al caso en estudio. Entre ellas encontramos la aplicación de una presunción de culpabilidad con las características del artículo 2329 CC, lo que aligera la carga de la prueba para el consumidor, y ubica la carga de desvirtuarla sobre el proveedor. También se contempla la posibilidad de aplicar un régimen de responsabilidad estricta que tiene la ventaja de prescindir del elemento negligencia.

En otro sentido, y ya no relacionado directamente con la carga de probar, se presenta la posibilidad de determinar por la vía legal, el contenido de la obligación de seguridad de los Bancos, cuestión que podría hacer prescindible una modificación

legal de la regulación de la prueba, facilitando la aplicación del artículo 1698 CC a estos casos, siempre y cuando se le interprete de la manera correcta.

Por último, el proyecto de reforma a la LPDC contempla el establecimiento de una norma de carga dinámica, que implica distribuir la carga de probar de acuerdo a los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria. Pero la cuestión no es un tema pacífico, considerando por sobretodo las críticas que han afectado a esta regla y que se expusieron principalmente a propósito del proyecto de nuevo Código Procesal Civil.

La necesidad de encontrar una vía que garantice una protección efectiva de los consumidores en este caso se vuelve patente, por todas las razones que se han señalado a lo largo de esta tesis y que han demostrado que el actual sistema es ineficiente y que hace manifiesta la urgencia de una intervención en la materia.

Ahora, ¿qué tan necesaria sería la introducción de nuevas normas o la modificación de las ya existentes, si estas se interpretaran de acuerdo a los fundamentos básicos del Derecho del Consumo?, es una cuestión que vale la pena preguntarse.

Por supuesto, que si al momento de resolver un caso como el de análisis, se tuvieran a la vista sus particularidades, y principalmente las asimetrías informativas y la buena fe, la historia jurisprudencial sería otra. Pero lamentablemente, en la mayoría de los casos no ocurre así, por lo que la vía legislativa, sea cual sea el camino que se adopte, definitivamente contribuiría a uniformar la jurisprudencia en la materia, y con ello a garantizar una protección efectiva a los consumidores.

Por lo mismo, vale la pena detenerse en el tema, pues con ello no sólo se contribuye al amparo de un sujeto que requiere tanto que la legislación como la práctica jurisprudencial le brinden una protección especial, sino también a la coherencia a un sistema, que en casos como éste parece perdida.

Bibliografía.

I. Libros.

ABELIUK MANASEVICH, René, “Las Obligaciones”, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1993.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, De la Fuente Paredes, “*Estudios de Derecho Procesal Civil: Bases para un nuevo código procesal civil*”, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*La prueba judicial. (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “*Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la ley de protección al consumidor. Alguna jurisprudencia reciente*”, en “Estudios de derecho civil IV: jornadas nacionales de derecho civil: Olmué, 2008”, Santiago, Editorial Legal Publishig, 2009.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca, CONTARDO GONZÁLEZ, Juan, “*Artículo 23 inciso 1º*”, en “*La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores*”, Santiago, Legal Publishing, 2013.

BARROS BOURIE, Enrique, “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BUSTOS, Carlos, “*Las cargas probatorias dinámicas y el anteproyecto del Código Procesal Civil chileno*”, en “Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil”, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010.

CORRAL TALCIANI, Hernán, “Artículo 3º D)”, en “*La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores*”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “Artículo 50 C”, en “*La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores*”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013.

COUTURE, Eduardo, “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 3ª edición, 1958.

FUENTES MAUREIRA, Claudio, “*Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil*”, en “*Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*”, Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, 2011.

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba y sus límites*”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013.

LORENZINI BARRÍA, Jaime, “*La carga dinámica de la prueba en materias de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor*”, en “*Estudios de Derecho Civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yañez*”, Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014.

MUÑOZ SABATÉ, Luis, “*Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*”, Barcelona, Editorial Praxis, 1967.

NASSER OLEA, Marcelo, “Artículo 12”, en “*La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección de los derechos de los consumidores*”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013.

PEÑA NEIRA, Sergio, *“Jurisprudencia sobre la carga de la prueba: con un breve estudio preliminar”*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2015.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *“Obligaciones: Teoría general y clasificaciones; la resolución por incumplimiento”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *“Derecho Comercial: Derecho del Consumidor. Protección del Consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.

TARUFFO, Michele, *“La prueba de los hechos”*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele, *“Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”*, en *“La Prueba. Artículos y Conferencias”*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele, *“Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos”*, trad. Daniela Accatino Scagliotii, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *“El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva ley de protección al consumidor”*, en *“Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras”*, Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, Santiago, 1999.

II. Artículos.

ARIAS CÁU, Esteban, *“El contrato bancario de caja de seguridad en el nuevo Código”*, Revista Diario La Ley, 2015, N° 203, p.4, (en línea, consultado 17/05/2017, http://www.academia.edu/17436017/EL_CONTRATO_BANCARIO_DE_CAJA_DE_SEGURIDAD).

BARAHONA BARAHONA, Juan, “*Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor*”, Cuadernos de Análisis Jurídico, 2006, N°3.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “*La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo*”, Revista Chilena de Derecho, 2014, vol. XLI, N°2.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “*Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatorio*”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2016, N°1.

BRAVO-HURTADO, Pablo, “*Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: Hacia la facilidad probatoria en Chile*”, Revista Chilena de Derecho Privado, 2013, N°21.

GARRRIDO CORDOBERA, Lidia, PICCININO CENTENO, Roque, “*El contrato de caja de seguridad bancaria*”, (en línea, consultado 17/05/2017, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-contrato-de-caja-de-seguridad-bancaria>).

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “*La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*”, Revista Chilena de Derecho, 2006, vol. XXXIII N°1.

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “*La carga dinámica de la prueba*”, Revista de Derecho Procesal, 2012, N°22.

HUNTER AMPUERO, Iván, “*Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2015, N°1.

ISLER SOTO, Erika, “*Uso malicioso de una tarjeta comercial hurtada, robada o extraviada: ¿Quién debe soportar el costo de las transacciones no consentidas?*”, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’ Higgins, 2015, vol. XI, N°2.

LARROUCAU TORRES, Jorge, “*Hacia un estándar de prueba civil*”, Revista Chilena de Derecho, 2012, volumen XXXIX, N° 3.

LAUDAN, Larry, “*Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, N°28.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “*La carga de la prueba en la garantía legal*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, N°6, (en línea, consultado 13/12/2016, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4329774.pdf>).

MUÑOZ ALARCÓN, Cesar, “*Las cargas dinámicas en la prueba del proceso civil: alcances y perspectivas*”, Revista Estudios Democracia y Justicia, 2014, N°3, (en línea, consultado 22/05/2017, http://cedej.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/02_Mu%C3%B1oz_-_Cargas_dinamicas.pdf).

NIEVA FENOLL, Jordi, “*“Inmediación” y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*”, (en línea, consultado 22/12/2016, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3813626>).

NIEVA FENOLL, Jordi, “*Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión*”, (en línea, consultado 22/12/2016, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3776929>).

PALOMO VÉLEZ, Diego, “*Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?*”, Revista Ius et Praxis, 2013, N°2.

PEYRANO, Jorge, “*La carga de la prueba*”, en “Estudios de Derecho Procesal”, (en línea, consultado 27/04/2017), <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>).

STÜRNER, Rolf, “*La obtención de información probatoria en el proceso civil*”, trad. Álvaro Pérez Ragone, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, N° XXX, (en línea, consultado 4/06/2017, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000100006).

VALENTÍN GUARIGLIA, Gabriel, “*Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas*”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2008, N° 3-4, (en línea, consultado 30/05/2017, <http://myslide.es/documents/analisis-critico-de-las-llamadas-teoria-de-la-carga-probatoria-dinamicas.html>).

VAN HASSELT GARRIDO, Roberto, “*El estándar de prueba en materia infraccional*”, Revista de Estudios Tributarios, N° 13, 2015.

VERES FERRER, Ernesto; ESCURA FOIX, Gabriel; PAVÍA MIRALLES, José, “*El mercado de las tarjetas bancarias en España: Una panorámica*”, Revista ICE, 2014, N° 876.

VIALE DE GIL, Paula, “*¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal*”, Revista Pensar en Derecho, 2014, N°4.

III. Tesis.

AGUILAR MUÑOZ, Andrés, “*La insuficiencia del derecho a la información en materia de consumo en la legislación chilena*”, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho, 2012.

ANDRADE RAMÍREZ, Víctor, *“Derecho del consumo. Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollos y nuevas tendencias”*, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

ARZE ROMANI, Sergio, *“La prueba y su apreciación en el procedimiento ante los juzgados de policía local según la ley N° 18.287”*, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 1987.

ESCÁRATE ANDRADE, Natalia, *“Análisis del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito contenido en la ley 20.009”*, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *“Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito”*, (tesis doctoral), Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003.

SANGUESA REBOLLEDO, María Paz, *“Tarjetas de crédito y ley de protección del consumidor”*, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014.

YOPO DÍAZ, Natalia, *“Responsabilidad en los casos de fraude por extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito”*, tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.

IV. Legislación.

Boletín 9369-03, que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Boletín 8197-07, que crea nuevo Código Procesal Civil.

Decreto Supremo N° 222 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Historia de la Ley N° 19.496.

Historia de la Ley N° 20.009.

Historia de la Ley N° 20.555.

Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley N° 18.287, que establece procedimiento antes los Juzgados de Policía Local.

Ley 20.009, que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito, por operaciones con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas.

Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF, Capítulo 1-7 sobre transferencia electrónica de información y fondos.

V. Jurisprudencia.

C.S, 15 de diciembre de 2016, ROL N° 82241-2016.

C. Santiago, 9 de agosto de 2013, Rol N° 1740-2012.

C. Santiago, 17 de noviembre de 2014, Rol N° 1031-2014.

C. Antofagasta, 2 de enero de 2015, Rol N° 187-2014.

C.A Santiago, 8 de marzo de 2016, Rol N° 1796-2015.

C.A Santiago, 30 de junio de 2015, Rol N° 409-2015.

C.A San Miguel, 23 de noviembre de 2015, Rol N° 1482-2015.

C.A Santiago, 11 de julio de 2016, Rol N° 342-2016.

C.A Santiago, 2 de agosto de 2016, Rol N° 884-2016.

C. Santiago, 17 de octubre de 2016, Rol N° 1078-2016.

C. Santiago, 30 de noviembre de 2016, Rol N° 1430-2016.

Segundo Juzgado de Policía Local de La Florida, 29 de mayo de 2015, Rol N° 6724-14-JE.

Segundo Juzg. Policía Local de Santiago, 6 de abril de 2016, Rol N° 14497-P-2015.

Tercer Juzg. Policía Local de Santiago, 28 de abril de 2016, Rol N° 7021-MRR-2013.

Tercer Juzg. Policía Local de Santiago, 5 de mayo de 2016, Rol N° 6844-MRR-2012.

Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 16 de mayo de 2016, Rol N° 24011-MRR-2013.

Segundo Juzg. Policía Local de Santiago, 5 de julio de 2016, Rol N° 17410-WD-2015.

Tercer Juzg. Policía Local de La Florida, 26 de octubre de 2016, Rol N° 126789-14/V.

Quinto Juzg. Policía Local de Santiago, 28 de octubre de 2016, Rol N° 3853-ANS-2016.