



**LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE PRODUCTOS Y
SERVICIOS FINANCIEROS POR EL USO DE TARJETAS DE PAGO Y
TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS DE CARÁCTER ILÍCITO**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, con
mención en Derecho Privado

Alumna:

Cristina Amanda Bernal Carrasco

Profesor guía:

Gabriel Hernández Paulsen

Santiago de Chile, octubre de 2023

A mi familia y amigos, quienes estuvieron en el momento y lugar preciso.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
--------------------------	----------

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	7
-------------------------------------	----------

CAPÍTULO I: DESARROLLO DE LA LEY N° 20.009 Y SU MODIFICACIÓN	8
---	----------

1. LEY N° 20.009 QUE LIMITA LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS DE TARJETAS DE CRÉDITO POR OPERACIONES REALIZADAS CON TARJETAS EXTRAVIADAS, HURTADAS O ROBADAS.....	8
2. NUEVA LEY N° 20.009 QUE LIMITA LA RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES O USUARIOS DE TARJETAS DE PAGO Y TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS EN CASO DE EXTRAVÍO, HURTO, ROBO O FRAUDE	12
3. MEDIOS DE PAGO TRATADOS POR LA LEY N° 20.009	17
3.1. TARJETAS DE CRÉDITO.....	17
3.2. TARJETA DE DÉBITO.....	20
3.3. TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS	22
4. OBLIGACIÓN DEL SEGURIDAD DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS.....	26
5. CONDUCTAS ILÍCITAS GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN LEY N° 20.009: EXTRAVÍO, HURTO, ROBO O FRAUDE DE TARJETAS DE PAGO Y FRAUDE EN LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS.....	29
5.1. FRAUDE DE ACUERDO A LA REFORMADA LEY N° 20.009.....	29
5.2. EXTRAVÍO, HURTO Y ROBO DE LA TARJETA DE PAGO	32

CAPÍTULO II: ACCIONES	34
------------------------------------	-----------

1. ACCIÓN INFRACCIONAL	34
1.1. DEMANDA COLECTIVA CARATULADA “SERNAC CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE” ROL C-2126-2023 DEL 27° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO POR INFRACCIÓN A LPDC EN RELACIÓN A LA LEY N° 20.009	39
1.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA COLECTIVA POR INFRACCIÓN A LA LEY N° 20.009	40
2. ACCIÓN CIVIL.....	42
2.1. ESTÁNDAR DE IMPUTABILIDAD APLICABLE A LOS PROVEEDORES FINANCIEROS.....	45
2.2. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO PRODUCIDO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR FINANCIERO.....	48
2.3. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR FINANCIERO Y DE LOS CONSUMIDORES O USUARIOS DE LOS MEDIOS DE PAGO.....	49
2.4. DOLO O CULPA GRAVE EN EL USUARIO O CONSUMIDOR FINANCIERO A PARTIR DE LA LEY N° 20.009	50
2.5. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA: CULPA EXCLUSIVA Y CULPA EXCLUYENTE	52
2.6. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY N° 20.009	56
2.7. ACCIÓN DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS EN CONTRA DEL USUARIO O CONSUMIDOR.....	57

3. ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL CONTEXTO DE LA LEY N° 20.009	58
---	-----------

CAPÍTULO III: LOS CASOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA.....62

1. CASO DE ESPAÑA62

1.1. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO LEY 19/2018 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2018	63
---	----

1.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL FRAUDE DE MEDIOS DE PAGO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	65
--	----

2. CASO DE COLOMBIA72

2.1. LEY N° 1.328 DE 2009 DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO RESPECTO DE LA CUAL SE DICTAN NORMAS EN MATERIA FINANCIERA, DE SEGUROS, DE MERCADO DE VALORES Y OTRAS DISPOSICIONES	72
---	----

2.2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES FINANCIEROS	73
--	----

CONCLUSIONES.....76

BIBLIOGRAFÍA.....79

JURISPRUDENCIA NACIONAL85

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....87

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	87
---------------------------	----

LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	87
-----------------------------	----

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	87
-------------------------------	----

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	88
---------------------------------	----

Introducción

En la última década, el crecimiento que ha experimentado el comercio electrónico ha sido a todas luces exponencial tanto de la oferta como de la demanda, lo que es una clara consecuencia de la digitalización y adaptación de la actividad económica de los proveedores quienes ofrecen sus productos y servicios mediante las distintas plataformas destinadas al comercio electrónico.

Como consecuencia de lo anterior, se han implementado nuevas formas de llevar a cabo operaciones bancarias a objeto de facilitar el acceso del consumidor a este mercado electrónico, lo que ha implicado un aumento considerable de este tipo de transacciones, permitiéndose un mayor acceso de los usuarios a los más diversos servicios financieros ofrecidos por los proveedores, lo cual ha implicado un aumento en los casos de ilícitos ocasionados por el extravío, hurto, robo o fraude de las tarjetas de pago de los consumidores y medios electrónicos de pago.

Sin embargo, este aumento explosivo del comercio electrónico no se vio acompañado por un cambio legislativo que hiciera frente a este nuevo fenómeno social. La ineficiente respuesta legislativa ante este fenómeno generó que los consumidores se vieran en una situación de desventaja comparativa frente a los proveedores, teniendo que en muchos casos soportar completamente el daño generado por este tipo de ilícitos. Es en este contexto en el que surge la Ley N° 20.009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas¹, norma que estuvo pensada específicamente para limitar la responsabilidad de los usuarios o consumidores y consecuentemente regular la responsabilidad de los proveedores, y la repartición del riesgo de este tipo de sucesos. Cabe señalar que dicha distribución de riesgos en nuestro sistema jurídico está entregada a los tribunales, pues la Ley N° 20.009 no se refiere expresamente a

¹Con la modificación de esta norma por la Ley N° 21.234, dicha Ley N° 20.009 pasó a denominarse aquella ley que establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude.

este punto, limitándose a establecer los casos de exención o limitación de responsabilidad del usuario o consumidor de los servicios financieros².

Ahora bien, esta ley se limitaba al extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito, sin considerar la tarjeta de débito u otros mecanismos electrónicos de pago, por lo cual tuvo que ser modificada por la Ley N° 21.234, que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude. Sin perjuicio de esta modificación, se han generado ciertos escenarios que han dificultado la determinación de la responsabilidad de los proveedores financieros en cuanto a las transacciones electrónicas y a las tarjetas de pago.

En este sentido este trabajo tiene por objetivo estudiar cómo se ha llevado a cabo la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 20.009 posteriormente modificada por la Ley N° 21.234, centrando el análisis en la responsabilidad de los proveedores de servicios financieros, y en los desafíos que se presentan en cuanto al desarrollo del derecho civil y el derecho del consumo.

Esta investigación tiene por objeto determinar si la Ley N° 20.009 que establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude, es adecuada a la realidad actual otorgando una apropiada defensa al consumidor o usuario, y en conjunto con esto definir la frontera en relación a la Ley N° 19.496 que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores. Además, se estudiará el o los regímenes de responsabilidad a que podría darse lugar con la infracción a las normas dispuestas en la Ley N° 20.009, siendo la hipótesis central de esta investigación que dicha norma contiene un régimen de responsabilidad civil por culpa siendo el estándar de imputabilidad el de la culpa presunta debido al deber de profesionalidad y habitualidad que los proveedores financieros deben tener en relación a los servicios prestados al consumidor o usuario de los medios de pago.

A efectos de organizar la exposición del estudio, esta investigación se estructura en 3 capítulos:

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2020), p. 85.

En el primer capítulo se analizará el marco normativo de la actual Ley N° 20.009 y su posterior modificación con la Ley N° 21.234. Además, se estudiarán los medios de pago que son objeto de aplicación de dichas normas y los diversos actos jurídicos implicados en su implementación, así como el análisis de las relaciones derivadas de estos actos. Luego se estudiará el deber de seguridad que los proveedores deben tener respecto de los servicios ofrecidos a los consumidores, y las conductas ilícitas generadoras de responsabilidad en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de las tarjetas de pago y fraude electrónico.

En el segundo capítulo se estudiarán las acciones que puede interponer el consumidor o usuario de estos medios de pago para efectos de exigir la restitución de los montos defraudados y su respectiva indemnización. Además se revisarán los supuestos mediante los que el proveedor financiero podría liberarse de responsabilidad acreditando la culpa grave o dolo del usuario o consumidor.

En el tercer capítulo se estudiarán los casos de España y Colombia, para determinar cómo es que la legislación de dichos países ha resuelto el tema de la responsabilidad de los proveedores financieros, los conflictos que se han presentado en dichos ordenamientos jurídicos, y los principales criterios jurisprudenciales que han llevado a su aplicación y posterior solución. Además, se expondrán los principales puntos de comparación con el sistema legislativo chileno, a modo de establecer cuáles son las eventuales contribuciones que se pueden obtener a partir de la experiencia estudiada en estos casos.

Listado de abreviaturas

SERNAC:	Servicio Nacional del Consumidor
LPDC:	Ley N° 19.496, que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores
CC:	Código Civil
UE:	Unión Europea

Capítulo I: Desarrollo de la Ley N° 20.009 y su modificación

En una primera parte del presente capítulo se analizará la Ley N° 20.009 antes de su reforma, para luego entrar al estudio de su modificación con la Ley N° 21.234. En este apartado se examinará el contexto en el cual se dictaron ambas normas y cuál fue la razón que llevó a su redacción y posterior modificación.

Luego se estudiarán los principales elementos que contienen las normas en estudio, y los actos y vínculos jurídicos que se encuentran inmersos en su aplicación. Esto tiene por objeto cimentar las bases del análisis que conllevará el estudio de las obligaciones de los proveedores de estos servicios que serán estudiados en los capítulos siguientes.

Seguidamente se estudiará el deber de seguridad que los proveedores deben procurar aplicar respecto de los servicios financieros que ofrecen a los consumidores.

Finalmente se procederá a analizar las distintas conductas ilícitas generadoras del fraude electrónico propiamente tal.

1. Ley N° 20.009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas

Antes de la dictación de la Ley N° 20.009, las normas que regían esta materia eran aquellas emanadas del Banco Central y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sin que existiese en esta normativa un mecanismo que permitiera al consumidor avisar o más bien notificar al emisor del medio de pago respectivo, del extravío, hurto o robo y posterior fraude del cuál pudiera ser objeto la tarjeta de crédito³.

Si bien existía un sistema de notificaciones o aviso, este se encontraba limitado a los contratos que debían firmar aquellos usuarios o consumidores que desearan hacer uso de las tarjetas de crédito. Estos contratos contenían cláusulas que señalaban que en caso de extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito, el tarjetahabiente quedaba obligado a formular la denuncia penal

³ Arancibia (2018), p. 139.

respectiva y a notificar a los bancos emisores de lo ocurrido con dicha tarjeta, por escrito. El usuario de la tarjeta era plenamente responsable de todas las compras y pagos que se hicieran en razón de la tarjeta que hubiese sido objeto de extravío, hurto o robo.

Es así, que el tarjetahabiente afectado por estos delitos debía interponer la acción penal respectiva a objeto de poder proteger su propiedad y patrimonio⁴.

En cuanto a la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante e indistintamente LPDC), antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.009, se aplicaban los artículos 12 y 23 de dicha norma que en esencia obligan al proveedor financiero de la tarjeta a respetar los términos y condiciones estipulados en el contrato de servicios bancarios, por lo que las cláusulas de notificación o aviso de extravío, hurto o robo de las tarjetas de crédito que se encontraban reguladas en estos contratos, debían ceñirse estrictamente a lo estipulado en estos instrumentos, pues de lo contrario surgiría la responsabilidad infraccional de estos proveedores financieros.

El conflicto existente antes de la dictación de la Ley N° 20.009 era establecer qué es lo que ocurría en el tiempo intermedio en que la tarjeta de crédito era extraviada, hurtada o robada, y el aviso por parte del tarjetahabiente al proveedor de dicho medio de pago⁵.

Durante la discusión de esta normativa, se propuso incluso que los daños producidos a consecuencia de los delitos ocasionados por la pérdida, robo o hurto de la tarjeta de crédito, fueran soportados por el cliente o consumidor señalando que si este sabía que debía soportar la carga de la comisión de estos ilícitos, actuaría de una forma más diligente que una persona que sabe que no carga con esta responsabilidad. Debido a que los contratos bancarios son prácticamente en su totalidad contratos de adhesión, incorporar una cláusula de esta naturaleza, implicaba otorgar un mayor desequilibrio en las prestaciones de los contratantes. La integración de este planteamiento en la norma hubiese resultado a todas luces arbitrario, pues habría implicado que el consumidor financiero asumiera una responsabilidad que habría ocasionado vulneraciones a principios sustantivos del derecho civil, como lo es el principio a la prohibición al enriquecimiento sin causa⁶.

⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018), p. 10.

⁵ Hernández (2008), p. 3.

⁶ González (2011), p. 91.

Sin perjuicio de la existencia de la LPDC⁷, era urgente crear una normativa que determinara el estándar de cuidado o diligencia que debía imponerse al proveedor financiero⁸ y consecuentemente limitar la responsabilidad del usuario respecto de los ilícitos que pudieran ocasionarse por el extravío, hurto, robo de la tarjeta de crédito. En consecuencia de lo anterior, es que surge la Ley N° 20.009 que tenía por objeto limitar la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, determinando que el emisor de dicha tarjeta debía contar con un sistema que permitiera al tarjetahabiente darle aviso del extravío, hurto o robo de la tarjeta de forma expedita, además de establecer otras obligaciones de seguridad accesorias a las obligaciones principales y propias de los contratos bancarios, que como se verá tienen en su mayoría características del contrato de comisión mercantil.

La Ley N° 20.009 antes de su modificación contenía solo 5 artículos, en los que regulaba la limitación de la responsabilidad de los titulares de tarjetas de crédito en caso de extravío, hurto o robo, cuando sus titulares hubiesen dado el aviso correspondiente de forma oportuna al proveedor financiero.

Consecuentemente surge entonces el deber del proveedor de la tarjeta bancaria de proporcionar a su cliente de un mecanismo eficaz para que pueda dar el aviso oportuno de acuerdo a lo estipulado en dicha norma. Otra obligación que surge para el emisor es la de bloquear la tarjeta de crédito y avisar a los establecimientos comerciales afiliados lo pertinente para que estos no acepten los pagos realizados con la tarjeta extraviada, hurtada o robada.

Según se verá, la Ley N° 19.496 no permite a la institución financiera el eximirse de su responsabilidad mediante cláusulas que exoneren o limiten su responsabilidad, pues además de ser considerada como una cláusula abusiva en conformidad a lo dispuesto en la norma indicada, estos proveedores son entidades que cuentan o que debieran contar con la

⁷Agenda País (2022).

⁸ Arancibia (2018), p. 140.

experticia, profesionalidad y control en la relación jurídica respecto del consumidor o cliente, sumado al deber de seguridad que radica en una relación de consumo⁹.

Antes de la modificación a la Ley N° 20.009, los casos de extravío, hurto o robo de tarjetas de crédito, fueron conocidos por los Juzgados de Policía Local invocando la Ley de Protección a los Consumidores, indicándose principalmente que se habría infringido por el proveedor el deber de seguridad en la relación de consumo. En estos fallos la responsabilidad era atribuida tanto al proveedor financiero como al establecimiento comercial en el que se realizaban los pagos fraudulentos. La decisión de los tribunales fue variada, pues en ciertos casos dicha responsabilidad fue imputada al establecimiento de comercio por falta de cuidado en la comprobación de la identidad de la persona que realizó el pago, pues a modo de ejemplo, se argumentó en un caso que el sistema habría sido operado de manera negligente por los trabajadores del local comercial¹⁰. En otros casos, la responsabilidad era imputada al proveedor financiero en virtud de la LPDC, atribuyéndose la responsabilidad a la negligencia en la prestación de los servicios del proveedor financiero, sustentándose aquello en el artículo 23 de la norma citada.

En este punto, y en lo referente a la responsabilidad del establecimiento comercial, cabe señalar que compartimos el criterio de María José Arancibia, en el sentido de que efectivamente el artículo 23 de la LPDC hace directamente responsable de la infracción al proveedor financiero o emisor de la tarjeta de crédito. Además, no puede dejar de mencionarse que en la primigenia Ley N° 20.009, luego de la notificación que debía ser realizada por el consumidor, recaía sobre el proveedor financiero el deber de proceder al bloqueo inmediato de la tarjeta a objeto de que no se realizaran cobros indebidos.

⁹ Arancibia (2018), p. 141.

¹⁰ Arancibia (2018), p. 179.

2. Nueva Ley N° 20.009 que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude

A causa del aumento en el comercio electrónico, el que creció en un 23% durante el año 2021¹¹, se incrementaron los mecanismos de pago existentes y consecuentemente los fraudes en estos medios de pago también fueron en alza. Esto hizo que se empezaran a cimentar las bases de lo que sería la futura Ley N° 20.009 .

Uno de los principios orientadores del comercio electrónico es la equivalencia funcional que en nuestra legislación se consagra en el artículo 3 de la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Este principio implica que la voluntad del consumidor pueda ser expresada en mensajes de datos, entre otros¹².

Es en este contexto en el que la antigua Ley N° 20.009 no resultaba suficiente para limitar o eximir de responsabilidad al usuario, pues en caso de existir fraude por el uso de tarjetas de crédito, el consumidor recién podía tomar conocimiento del ilícito cuando este ya se había producido, mediante el aviso del pago o cobro realizado.

Antes de la dictación de la Ley N° 21.234 que implicó la reforma a la antigua Ley N° 20.009, los consumidores recurrían a la Ley de Protección al Consumidor para efectos de determinar cuál era la obligación incumplida por el emisor de las tarjetas de crédito para así de determinar luego, cuál era el deber o estándar de cuidado con el que el proveedor financiero debió actuar, analizando en dicho proceso cuáles eran las medidas de seguridad con las que debía contar para efectos de determinar si es que se habrían vulnerado los derechos del consumidor a consecuencia de la falta de dichas medidas en el proceso de pago efectuado con las tarjetas de crédito, dando paso a la responsabilidad infraccional, entendiendo que ésta

¹¹ Agenda País (2022).

¹² Sandoval (2021), p. 195.

conlleva una sanción para los proveedores financieros debido al incumplimiento de la LPDC¹³.

Desde ya se puede mencionar que dentro de las obligaciones de los contratos mercantiles, existen obligaciones principales y otras accesorias, y dentro de estas obligaciones de carácter accesorio se encuentran las obligaciones de seguridad derivadas de las prestaciones contractuales que el banco contrae con su cliente¹⁴.

En este punto resulta conveniente mencionar uno de los derechos subjetivos más importantes presentes en el derecho del consumo, sobre todo en lo que dice relación con los servicios financieros, y este es el derecho a la seguridad en el consumo, el que se encuentra plasmado en la Ley N° 19.496, en su artículo 3 letra D. A raíz de este derecho es que los proveedores financieros deben asegurar la integridad del consumidor, a consecuencia de la adquisición de los bienes y servicios adquiridos, por lo que el tarjetahabiente no debiera resultar perjudicado por el disfrute o goce de estos bienes o servicios¹⁵.

El derecho a la seguridad del consumidor en sede de derecho del consumo resulta crucial pues suele ser invocado por los tribunales de justicia en aquellos casos en los que el proveedor hace responsable al consumidor en los casos de clonación extravía, hurto o robo de las tarjetas bancarias. Los tribunales han indicado que este derecho se encuentra infringido, cuando pese a no haberse efectuado el aviso o notificación por parte del consumidor, el proveedor de dicho medio de pago tiene un deber de seguridad, en cuanto a que debe verificar que la orden de pago la haya realizado efectivamente su cliente, es decir, debe asegurarse de la identidad de la persona que envía la orden de pago¹⁶. Actualmente esta obligación de seguridad se extiende a todas aquellas entidades que intervengan o presten servicios asociados a pagos y a transacciones electrónicas.

En relación al punto anterior, y teniendo presente la responsabilidad infraccional surgida en la LPDC en su artículo 23, se generaba la necesidad de establecer un mecanismo que

¹³ Mendoza (2019), p. 65.

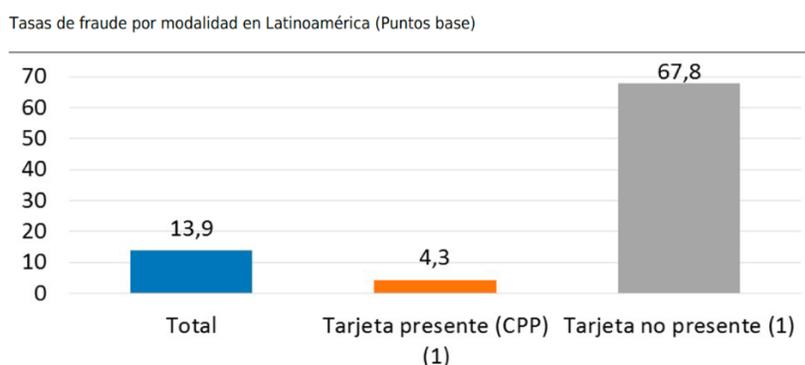
¹⁴ Barrena y Munita (2020), p. 83.

¹⁵ Baraona (2019), p. 17.

¹⁶ Ulloa (2014), p. 31-32.

permitiera abarcar estas situaciones en las que el consumidor se enterara de forma anterior a la comisión del delito, de los hechos generadores del fraude de cuál estuviera siendo víctima.

Esta situación, se originó producto de la expansión del comercio electrónico, como se informó en el primer informe de la comisión de economía previo a la dictación de la Ley N° 21.234, que señala lo siguiente:



Según se muestra en el gráfico, es evidente el sustancial aumento que se produjo en el delito de fraude respecto del medio de pago electrónico con tarjeta no presente. Considerando lo dispuesto en la Ley N° 20.009 antes de su modificación, no se previó esta situación en la norma, dejando en la completa indefensión al consumidor respecto de este tipo de fraudes.

En virtud de lo anterior, y en consideración al derecho a la seguridad en el consumo, se hacía imperativo modificar la primitiva Ley N° 20.009, por una norma más moderna y actualizada que permitiera enfrentar el contexto económico y social que se vivía en ese momento y además superar la brecha de desigualdad en cuanto al poder de negociación de los contratantes, la que es característica en este tipo de contratos de adhesión.

Es por todo lo anterior, que las principales cuestiones¹⁷ a tratar por la Ley N° 21.234 fueron los siguientes¹⁸:

1. Extender el alcance de la Ley N° 20.009 a todos los medios de pago existentes, salvo el dinero, cheque y el vale vista.

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2020), p. 155.

¹⁸ Dichos puntos fueron el eje central de la modificación a la Ley N° 20.009.

2. En la letra G) del artículo 7, se agrega un nuevo tipo penal que trata acerca de la suplantación de identidad del titular o usuario frente al emisor, operador o comercio, con el objetivo de obtener la autorización necesaria para efectuar transacciones electrónicas.
3. En los casos en que el usuario o tarjetahabiente desconozca haber autorizado cierta operación, el proveedor financiero deberá probar que fue debidamente autorizada y registrada a nombre del usuario.
4. El proveedor tiene un plazo de 7 días desde el reclamo del usuario para probar que este actuó con dolo o culpa grave respecto de la operación bancaria fraudulenta.
5. El proveedor del medio de pago tiene un plazo de 5 días hábiles para devolver los fondos o cancelar los cargos realizados, cuando el monto reclamado sea igual o inferior a 35 UF, salvo que se le pruebe dolo o culpa grave al usuario o titular del medio de pago objeto del fraude.
6. Las cláusulas de los contratos que indiquen que la carga de la prueba recae sobre el usuario, respecto de operaciones realizadas con posterioridad al aviso o notificación al proveedor, no tendrán efecto alguno y se tendrán por no escritas.
7. Impone la obligación al emisor, operador, comercios y otros establecimientos afiliados al sistema de tarjetas de pago a adoptar las medidas de seguridad necesarias para efectos de prevenir la comisión de los ilícitos indicados en este cuerpo legal.

Sin perjuicio de que la inversión de la carga de la prueba será tratada en el segundo capítulo de este trabajo, cabe mencionar que respecto del punto 5, que del artículo 5 dispuesto en la Ley N° 20.009, el proveedor tiene un plazo de 5 días hábiles desde la interposición del reclamo por el cliente para reunir la evidencia necesaria y acreditar de esta manera la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, plazo que puede resultar insuficiente para acreditar la existencia de dicha responsabilidad. Esta norma se encuentra basada en el principio de la inversión de la carga de la prueba, ya que, el proveedor financiero se encuentra en una mejor posición que el usuario para acreditar más fácilmente su diligencia, o bien que la operación se llevó a cabo de forma correcta y con las medidas de seguridad adecuadas, lo que en consecuencia le otorgaría a dicho proveedor una ventaja comparativa en cuanto a la

facilidad de dar por acreditada la responsabilidad del consumidor. Un parámetro similar es utilizado por la jurisprudencia española, según se verá en el capítulo tercero.

Para poder analizar el contexto en el que se dictó la Ley N° 21.234, resulta preciso estudiar ciertos conceptos clave, siendo el primero de ellos la tarjeta de crédito, de débito, las transacciones electrónicas y los contratos y operaciones que supone la utilización de cada uno de estos medios de pago¹⁹, todos estos tratados en la norma en estudio.

Para efectos de la Ley N° 20.009 y de este trabajo, se utilizará la expresión “medios de pago” para referirse conjuntamente a las tarjetas de pago y sistemas de transacciones electrónicas, lo que se encuentra expresado en el artículo 1 inciso tercero de la norma indicada.

Esto resulta relevante para la presente investigación, pues al utilizarse el concepto “medio de pago” no solo se hará referencia a los delitos ocasionados por el extravío, hurto, robo o fraude de la tarjeta como documento material o plástico, sino que además se integra a este concepto el pago realizado mediante medios electrónicos.

El uso de los medios de pago mencionados en la reformada Ley N° 20.009 bien puede implicar un entramado de operaciones que conllevan a su vez, el estudio y análisis de los vínculos jurídicos que se originan a partir de estos. Es por ello que es necesario analizar estas operaciones y vínculos a objeto de poder establecer los efectos jurídicos propios que surgen de la implementación de estos.

En primer término, y antes de proceder con el análisis de cada uno de estas operaciones y vínculos jurídicos que derivan del uso de estos medios de pago, se debe tener presente el concepto que entrega el Banco Central de Chile de tarjeta de pago, las que se definen como:

Cualquier instrumento o dispositivo físico, electrónico o informático que cuente con un sistema de identificación único del respectivo medio de pago y cuyo soporte contenga la información y condiciones de seguridad acordes con tal carácter, que

¹⁹ Ley N° 20.009, artículo 1 inciso tercero: Para efectos de esta ley, las tarjetas de pago y sistemas de transacciones electrónicas podrán designarse en forma conjunta como "medios de pago".

permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito o, en su caso, de recursos depositados en una cuenta, utilizable en la adquisición de bienes, en el pago de servicios o la extinción de otras obligaciones de pago en entidades afiliadas al respectivo sistema de tarjetas, en virtud de convenios celebrados con estas, que importen aceptar el citado instrumento como medio de pago²⁰.

3. Medios de pago tratados por la Ley N° 20.009

3.1. Tarjetas de crédito

Los orígenes de este medio de pago se dan en Estados Unidos, y su objetivo central era facilitar al usuario un instrumento bancario que le permitiera efectuar pagos de forma diferida. En Chile la tarjeta de crédito fue introducida por Bancard en el año 1979²¹. Actualmente no solo las instituciones financieras son emisores de estos documentos de pago, sino que también las empresas de retail, las que buscaban como primer objetivo facilitar al cliente el pago de productos y/o servicios ofrecidos por ellos mismos, y en segundo término obtener la fidelización de su clientela.

En la actualidad, y debido al aumento del comercio electrónico, es que el número de tarjetas de crédito emitidas por los proveedores financieros y otros medios de pago se ha disparado, esto a consecuencia de la facilitación y flexibilización de los requisitos para obtener este medio de pago.

En primer término, y teniendo presente el concepto de Ricardo Sandoval, es que se define a la tarjeta de crédito como una operación mediante la que el emisor de dicha tarjeta, otorga a su titular un monto de dinero determinado, a objeto de que el usuario haga uso de este para adquirir bienes o pagar servicios de ciertos establecimientos comerciales que se encuentran asociados al sistema mediante un contrato de afiliación entre dichos comercios y el proveedor

²⁰ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (2017)

²¹ Sandoval (2010), p. 11-13.

financiero de la tarjeta de crédito, contrato que tiene por objeto aceptar el pago realizado por el tarjetahabiente²².

A partir de dicha definición se pueden observar al menos 3 vínculos jurídicos originados a raíz de la apertura y obligaciones derivadas de la utilización de la tarjeta de crédito, siendo el primero de ellos la relación jurídica que se forma entre el emisor de la tarjeta de crédito y el usuario o tarjetahabiente²³. En segundo término, surge un vínculo jurídico entre el emisor de este medio de pago, que puede ser un banco o institución financiera²⁴ y el establecimiento comercial afiliado. En tercer término se encuentra la relación entre el establecimiento comercial adherido y el titular de la tarjeta de crédito.

A continuación, y para efectos de una mejor comprensión de este trabajo, se analizarán los vínculos jurídicos antes indicados²⁵:

- a) Relación entre el banco emisor y titular de la tarjeta: Esta relación se concretiza con el contrato de apertura de crédito, mediante el cual surge la obligación para el banco de poner a disposición del usuario una cantidad determinada de dinero de la cuál este podrá disponer, debiendo dicho usuario restituir de forma oportuna los montos indicados en el plazo que se señale en el contrato. La naturaleza jurídica de este contrato de apertura se caracteriza por lo siguiente: se trata de un contrato de adhesión, definitivo, bilateral, de ejecución continuada cuando la utilización del titular de la tarjeta se realice de forma reiterada.
- b) Relación jurídica entre el banco emisor y el establecimiento de comercio: Entre estos sujetos se pacta un contrato de afiliación, que permite al usuario pagar con la tarjeta de crédito los bienes y servicios de aquellos establecimientos que se encuentren asociados. De este vínculo surge el contrato de afiliación al sistema, el que tiene como

²² Sandoval (2017), p. 17.

²³ Para efectos de este trabajo se utilizará la expresión usuario, tarjetahabiente o consumidor indistintamente.

²⁴ Para efectos de este trabajo se utilizará el término institución financiero o proveedor financiero indistintamente.

²⁵ Arancibia (2018), pp. 73-78.

características las siguientes: es un contrato innominado atípico, consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, de ejecución continuada, y de adhesión.

- c) Relación jurídica entre el titular de la tarjeta y el establecimiento comercial: En esta relación, la obligación del establecimiento comercial es admitir la tarjeta de crédito como medio de pago. Adicionalmente, dicho establecimiento debe una vez efectuado el pago por el usuario realizar la entrega del producto o entregar la debida prestación del servicio en las condiciones establecidas en el contrato que se celebre con el titular o usuario del medio de pago²⁶.

3.1.1. Contrato de cuenta corriente

En el contexto de la primera de las relaciones jurídicas mencionadas, es decir, entre el banco emisor y el titular de la tarjeta, además del contrato de apertura, se encuentra el contrato de cuenta corriente bancaria.

El Decreto con fuerza de ley N° 707 del 21 de julio de 1982, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, entrega en su artículo 1 un concepto de este contrato definiéndolo de la siguiente manera:

La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta la concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.

A partir de esta definición, se puede señalar en primer término, que este contrato debe ser celebrado con un Banco, no siendo posible que ninguna otra institución pueda realizarlo, debido a la taxatividad existente en la definición.

A partir de esta definición se deben distinguir 2 tipos de cuentas corrientes:

²⁶ Lafuente (2005), p. 257.

- a) Simple depósito: en este caso, el titular de la cuenta corriente deposita una cantidad de dinero determinada, a objeto de que el banco cumpla con las órdenes de pago indicadas por el titular de la tarjeta o del medio de pago electrónico en su caso²⁷.
- b) De Crédito²⁸: en este caso el banco otorga un crédito al titular de la cuenta corriente, para luego proceder a cumplir con las órdenes de pago, que superen el monto de los fondos depositados, autorizando el giro de cheques hasta el monto del crédito o sobregiro acordado.

3.2. Tarjeta de débito

La tarjeta de débito puede ser definida a partir de la Historia de la Ley, como cualquier tarjeta u otro documento que identifica al titular de una cuenta corriente o de una cuenta de ahorro a la vista, o de una cuenta a la vista, y que es utilizada como medio de pago dentro de los establecimientos que se encuentren afiliados.

Dentro de los tipos de tarjetas de pago que existen, es posible distinguir las tarjetas no crediticias, las que son definidas como aquellas que tienen un objetivo distinto a las tarjetas de crédito, pese a que material o físicamente puedan compartir similitudes. Entre otras, esta tarjeta permite retirar dinero en efectivo, realizar depósitos y transferencias. Y según se verá, tiene asociado un contrato de depósito²⁹.

El Código de Comercio en su artículo 812³⁰ se limita a señalar que respecto de los depósitos realizados en bancos públicos, regirán los estatutos del mismo, por lo que para efectos de definir cuál es el cuerpo legal que rige a este contrato, y a la tarjeta de débito, se analizará brevemente la naturaleza jurídica de los distintos tipos de depósito existentes.

²⁷ Sandoval, (2010), p. 276.

²⁸ Bustos y Azofeifa (2022), pp. 88-89.

²⁹ Sandoval (2010), p. 18.

³⁰ Código de Comercio, artículo 812: Los depósitos en los bancos públicos debidamente autorizados serán regidos por sus estatutos.

La doctrina ha distinguido 3 tipos de actos derivados del depósito: el depósito regular, depósito irregular, y el mutuo³¹.

El depósito regular es el indicado en el artículo 2215 del Código Civil, es decir, es aquél contrato en que una de las partes hace entrega a la otra de una cosa corporal mueble para que ésta la guarde y restituya la misma cosa cuando el depositante se lo indique. A su vez, cuando este depósito tiene por objeto el resguardo de dinero, puede subdividirse en depósito abierto o cerrado, según lo indicado en el artículo 2221 del Código Civil, es decir, si no se entrega el dinero mediante algún mecanismo de seguridad que impida tomarlo, se presumirá que se permite al depositario emplearlo, sin perjuicio de su obligación de restituirlo en la misma moneda³².

La última sub clasificación del depósito mencionada permite definir al depósito irregular que implica el deber de guarda y custodia propio de todo depósito de bienes fungibles como el dinero, preservando para el depositante siempre el equivalente en cantidad y calidad de lo que fue entregado en un inicio³³. Es importante indicar que a diferencia del depósito regular y cerrado, en este caso, el dinero debe ser restituido en una cantidad equivalente, no siendo exactamente el mismo dinero, es decir, se tratará de una obligación que el depositario debe cumplir en género.

El mutuo o préstamo de consumo es definido en el artículo 2196 del Código Civil como un contrato en el que una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Dicha definición, conjugada con lo dispuesto respecto del préstamo en el Código de Comercio en su artículo 795, establece que dicha restitución debe ser realizada en un plazo determinado, plazo que si no se indica en el contrato, será de al menos 10 días después de reclamada la restitución.

Respecto de los últimos 2 tipos de depósitos, la doctrina ha indicado que existe cierta dificultad para efectos de determinar la naturaleza de ciertos depósitos bancarios. El criterio

³¹ Sandoval (2010), p. 272.

³² Bustos y Azofeifa (2022), p. 95.

³³ Huerta (2016), pp. 13-14.

diferenciador entre uno y otro, será el siguiente: si el depositario se encuentra obligado a restituir la misma suma de dinero dentro de un plazo determinado con intereses, entonces la naturaleza jurídica de este acto será un mutuo, y no un depósito³⁴.

Otra clasificación relevante de los depósitos bancarios es la que los divide en depósitos a la vista y depósitos a plazo, la que atiende al momento de la restitución, es decir, en el caso de los depósitos a la vista, se puede solicitar la restitución en cualquier momento, pero si se trata de un depósito a plazo, solo puede ejercerse dentro de este.

3.3. Transferencias electrónicas

Para analizar este apartado, es preciso explicar brevemente el contexto de los servicios financieros electrónicos, o el dinero como medio de pago electrónico.

Se entiende por dinero electrónico el que se expresa mediante cierta simbología o unidades digitales representativas en dinero. También puede definirse como un instrumento de pago por el cual ciertos valores monetarios se almacenan en un soporte técnico que se encuentra al servicio del consumidor³⁵.

Producto del aumento en el comercio digital consecuentemente aumentaron los servicios financieros de carácter electrónico, por lo que actualmente a muchos de los clientes de estos servicios se les es mucho más cómodo ingresar, por ejemplo, mediante la aplicación de su banco que acudir a la sucursal bancaria de forma presencial.

Pero también esta situación ha implicado la necesidad de aumentar la seguridad en las distintas operaciones bancarias que llevan a cabo los consumidores de dichos servicios.

Las operaciones bancarias más comunes son entre otras, la transferencia de dinero, las transferencias interbancarias, las operaciones de cambio, las que han permitido al consumidor el beneficio de un método de pago rápido y eficaz, pero no infalible por lo que

³⁴ Sandoval (2010) página 272.

³⁵ Sandoval (2021), página 267.

se requiere regular más a fondo las consecuencias que podrían producirse por el mal uso de estos medios³⁶.

El concepto de transferencia electrónica se encuentra definido en la Circular N° 3.444 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante SBIF) de la siguiente manera:

Por transferencias electrónicas de fondos se entienden todas aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas, tales como: trasposos automatizados de fondos efectuados por un cliente de una cuenta a otra; órdenes de pago para abonar cuentas de terceros (proveedores, empleados, accionistas, etc.); utilización de tarjetas de débito en puntos de venta; recaudaciones mediante cargos a cuentas corrientes (impuestos, imposiciones previsionales, servicios, etc.); giros de dinero mediante cajeros automáticos, etc..

En general, comprenden las descritas y cualquier otra operación que se efectúe por aquellos medios, en que un usuario habilitado para ello instruye o ejecuta movimientos de dinero en una o más cuentas.

La transferencia bancaria electrónica se produce cuando el usuario del medio de pago o cuenta bancaria ordena a su banco que se entregue al otro una suma de dinero determinada que se verificará una vez que dicho dinero haya sido entregado en su cuenta³⁷.

El objetivo de la transferencia electrónica es otorgar celeridad y seguridad al usuario de estos medios de pago, mediante un sistema que no produce un movimiento físico de dinero, sino que se manifiesta en ciertas anotaciones contables para acreditar o debitar los montos solicitados por el usuario, según corresponda³⁸.

Debido a que la reformada Ley N° 20.009 incorpora la limitación de responsabilidad de los titulares o usuario de tarjetas de pago y las transacciones electrónicas, se estudiarán los vínculos jurídicos que surgen de estas últimas.

³⁶ Cárdenas (2020), pp. 239-241.

³⁷ Sandoval (2021), p. 259.

³⁸ Sandoval (2021), p. 259.

Relaciones jurídicas derivadas de la transferencia electrónica³⁹:

- a) Relación jurídica entre el ordenante y el banco: La relación jurídica entre estos individuos se regula mediante una comisión mercantil al ser considerada como una especie de mandato comercial, siendo la orden o encargo del comitente la de entregar cierta cantidad de dinero al beneficiario. La obligación más importante del comisionista, es decir, del banco a quien se le encarga la transferencia electrónica, es la de rendir cuentas, una vez que se ha terminado el negocio encomendado. Otra obligación de vital importancia que se impone a la entidad financiera es la de corroborar la autenticidad de la orden del comitente y la provisión de fondos pertinente. En el artículo 6 de la Ley N° 20.009 se señala que los emisores de las tarjetas, sus operadores y otros establecimientos asociados a estos medios de pago, deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias a objeto de prevenir la comisión de los ilícitos dispuestos en la ley indicada.
- b) Relación jurídica entre los bancos intervinientes: Para el análisis de la relación jurídica que puede darse entre los bancos intervinientes, hay que determinar si es que estos tienen o no algún acuerdo de corresponsalía, como lo denomina Ricardo Sandoval, o bien algún sistema de compensación entre los bancos o instituciones financieras que participan en la operación bancaria. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que la relación jurídica entre los bancos intervinientes también es la de una comisión mercantil.
- c) Relación entre el beneficiario y su banco: La relación que se configura entre el beneficiario de la suma de dinero recibida y su banco, igualmente es la de una comisión mercantil.

En consecuencia a lo estudiado en este apartado, es posible concluir que en las relaciones jurídicas derivadas de la transacción electrónica, es predominante la figura de la comisión mercantil.

³⁹ Sandoval (2021), pp. 260-262.

Respecto a las transferencias electrónicas, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (o SBIF) ha establecido una serie de requisitos que deben cumplir los proveedores que presten estos servicios a objeto de velar por la debida seguridad de estas operaciones, los que se reseñarán a continuación⁴⁰:

1. Debe existir la celebración de un contrato entre el banco y su cliente, en el que se estipulen las obligaciones y derechos de cada parte.
2. Los sistemas utilizados para llevar a cabo estas operaciones deberán permitir llevar un registro y total seguimiento de las operaciones realizadas, y su respectiva información en detalle.
3. Debe entregarse un sistema de seguridad que permita que solo las personas autorizadas puedan ejecutar la debida operación, manteniendo la confidencialidad en la información transmitida. A su vez, se debe entregar un sistema de comunicación que permita al usuario solicitar el bloqueo del medio de pago a su proveedor financiero.
4. Los sistemas utilizados deben poder asegurar la continuidad de las operaciones frente a ciertos hechos fortuitos o inesperados que pudieran presentarse.
5. Los sistemas utilizados deben velar por la validez de la transferencia electrónica y también regular que los montos girados no superen el saldo disponible o límite fijado para dicha operación.
6. Deben entregarse un comprobante en el que conste el detalle de la operación efectuada.
7. El proveedor financiero que contrate los servicios de una empresa de intermediación electrónica, debe asegurarse que ésta cumpla con los indicado previamente en los numerales precedentes, y que satisfaga con los principios de autenticidad, integridad y confidencialidad de los documentos electrónicos y claves de acceso.
8. El proveedor financiero debe velar por los mecanismos de seguridad idóneos que contengan el respectivo registro de las operaciones bancarias así como también los permisos que sean necesarios para autorizar la operación, sopesando el riesgo financiero de la misma.

⁴⁰ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile (2007), pp. 1-3.

4. Obligación de seguridad del proveedor de servicios financieros

A continuación se estudiará obligación o deber de seguridad que surge para el banco de prestar sus servicios asegurando a su cliente o consumidores de estas, que las operaciones bancarias que se realicen contarán con la seguridad debida y que es dable exigir a una entidad experta y profesional respecto de la prestación de los servicios que ofrece.

A partir de lo dispuestos en los artículos 12 y 23 de la Ley N° 19.496, se puede conceptualizar el deber de seguridad como el deber u obligación que tiene todo proveedor para con el consumidor respecto de los bienes o servicios ofrecidos los que deben ser entregados o prestados en conformidad a los términos, condiciones y modalidades ofrecidos a éste, debiendo dicho proveedor actuar con la debida diligencia evitando cualquier perjuicio que pudiera ocasionarse al consumidor a consecuencia de fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del bien entregado o del servicio prestado.

Ahora bien, en el ámbito de esta investigación, lo esencial es que los proveedores financieros deben contar con mecanismos que les permitan monitorear constantemente y verificar rápidamente cualquier actividad sospechosa que puedan detectar en las operaciones bancarias de sus usuarios⁴¹.

El cliente contrata la prestación de servicios financieros de un proveedor determinado, a objeto de poder llevar a cabo distintas operaciones que implican que dicho proveedor gestione el dinero que se le ha confiado⁴². Por tanto, dicho cliente espera que este proveedor que ha contratado actúe de buena fe y en conformidad a la diligencia y nivel de profesionalidad y expertis esperada, y por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, dicho banco no solo se obliga a llevar a cabo las prestaciones indicadas por el titular o usuario de los servicios financieros, sino que también surge una obligación de

⁴¹ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile (2007), p.5.

⁴² Barrena y Munita (2020), p. 74.

seguridad para con el cliente, es decir, el banco tiene la obligación de actuar en base a lo impuesto por la LPDC en sus artículos 12 y 23 respectivamente.

Este deber u obligación de seguridad de los bancos se extiende a los bienes del consumidor, por lo que estos proveedores deben actuar con la máxima diligencia y cuidado en la prestación de sus servicios, a fin de evitar fraudes y otros riesgos en las operaciones que le sean encomendadas por el consumidor⁴³.

Esta obligación de seguridad, que se encuentra sustentada en los artículos 3 letra D, 12 y 23 de la LPDC, en sede contractual puede ser clasificada de la siguiente manera:

- a) Obligación positiva: Implica que el proveedor realice el constante monitoreo de seguridad en las operaciones bancarias, a objeto de evitar perjuicios para su cliente.
- b) Obligación de hacer: Esto debido a que implica por parte de banco la ejecución de ciertas acciones destinadas a otorgar la seguridad suficiente en sus operaciones, a su cliente.
- c) Obligación accesoria: Esto debido a que supone la existencia de una obligación principal, que en el caso en concreto supone la celebración de un contrato de cuenta corriente destinado a cumplir con las órdenes de pago encargadas por el cliente respectivo.
- d) Obligaciones puras y simples: Se consideran en esta categoría pues producen sus efectos normales y además porque sus efectos se producirán desde que se contrae dicha obligación, no estando sujeta a modalidad alguna⁴⁴.
- e) Obligaciones de medios: La obligación de otorgar seguridad en las prestaciones propias del banco pueden ser catalogadas como obligaciones de medios, pues el proveedor de los servicios financieros debe velar por este deber actuando con la prudencia y diligencia debida⁴⁵ a objeto de que su cliente pueda obtener el resultado esperado en la contratación de los servicios prestados. Otro motivo por el cual se considera a esta obligación como una de medios, es porque al titular o usuario del medio de pago le basta dar aviso del extravío, hurto, robo o fraude ocasionado para

⁴³ Servicio Nacional del Consumidor (2021)

⁴⁴ Meza (2007), p. 15-31.

⁴⁵ Barros (2006), p. 658.

que el proveedor de los servicios financieros sea responsable de las operaciones financieras y de las consecuencias económicas que sobrevengan al ilícito respectivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 20.009. En este caso entonces, la prueba de la diligencia o cuidado recaería en la institución financiera, sin perjuicio de que en este caso en concreto, el proveedor puede exonerarse de la responsabilidad si es que le prueba dolo o culpa grave al usuario del medio de pago, la que debe ser acreditada por sentencia firme o ejecutoriada.

Aplicando el criterio en revisión, es factible señalar que existiría una presunción de culpa aplicable al proveedor de estos servicios⁴⁶. Sin perjuicio de lo anterior, y atendido a la teoría de la ausencia de culpa, podría interpretarse que si el proveedor lograre probar la culpa grave o dolo del titular o usuario en el ilícito cometido, podría establecerse que no existiría culpa de parte del emisor, y por tanto, no se le podría imputar responsabilidad alguna. Ahora bien, se plantea la posibilidad de la aplicación de la teoría de la ausencia de culpa en el proveedor de los medios de pago establecidos en la Ley N° 20.009, en virtud de que en principio no es factible considerar la aplicación de la responsabilidad estricta⁴⁷ esto pues la diligencia en el titular o usuario del medio de pago es determinante en cuanto a que debe dar el aviso respectivo a la institución financiera determinada, la que deberá tomar las medidas de seguridad idóneas para evitar cualquier consecuencia perjudicial en el titular. Por regla general, los tribunales han optado por el sistema de presunción de culpa, es decir, si el titular del medio de pago avisa oportunamente a su proveedor, y posterior a ello se producen los ilícitos previstos en la norma en estudio, la institución financiera se presume culpable respecto de su obligación de seguridad para con su cliente. Esta presunción bien podría ser destruida probando la ausencia de culpa del proveedor financiero.

⁴⁶ Pizarro (2008), p. 260.

⁴⁷ Rodríguez (2019), p. 202.

5. Conductas ilícitas generadoras de responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en Ley N° 20.009: extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de pago y fraude en las transacciones electrónicas

En esta parte del primer capítulo se estudiarán las características de los ilícitos que se encuentran contemplados en la Ley N° 20.009 en estudio. Para efectos de esta investigación se analizarán solamente los ilícitos de carácter civil e infraccional, no siendo tratados a cabalidad los ilícitos de carácter penal.

En primer término, hay que señalar que con la modificación a la Ley N° 20.009, se incrementa la esfera de protección otorgada previamente al consumidor financiero, pues además de contemplarse los casos de extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito, se incorpora el fraude que se ocasiona por el uso indebido de todas las tarjetas de pago, y de los medios de pago electrónicos contemplados en este cuerpo legal⁴⁸. Es por esta razón, que en esta parte se estudiará específicamente el fraude, phishing, pharming, y otras conductas que pudieran configurar el fraude de los medios de pago electrónicos.

5.1. Fraude de acuerdo a la reformada Ley N° 20.009

En primer término, cabe distinguir 2 categorías distintas de fraude que son considerados por la norma en estudio, siendo estas los fraudes 1) con tarjeta presente y 2) sin tarjeta presente.

1. El fraude con tarjeta presente corresponderá al que conlleva operaciones bancarias efectuadas con una tarjeta que haya sido encontrada, hurtada o robada, o bien transacciones efectuadas por medio de una tarjeta falsificada.

⁴⁸ Navarro (2020), p. 13.

2. El fraude sin tarjeta presente se produce usualmente en el comercio electrónico o en ventas a distancia como es el caso de las ventas telefónicas, circunstancia en la que el perpetrador del ilícito entrega datos para llevar a cabo la transacción, por ejemplo el nombre del titular, la fecha de vencimiento o el Card Verification Value o CVV⁴⁹.

5.1.2. Fraude en transacciones electrónicas

El fraude electrónico es definido como aquella operación bancaria electrónica que es ejercida por un tercero ajeno al titular o usuario del medio de pago electrónico, quien no ha consentido ni ha autorizado la transacción, y cuya ejecución le ocasiona perjuicio⁵⁰.

Según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 de la Ley N° 20.009 el delito de fraude en transacciones electrónicas se configura cuando estas operaciones de dinero son realizadas a través de medios electrónicos que involucren cargos, abonos o giros de dinero en cuentas bancarias en las que se originen las operaciones electrónicas indicadas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivo.

A continuación se estudiarán las distintas conductas que pueden llegar a ser constitutivas del fraude contemplado en la Ley N° 20.009:

- a) Phishing: En este caso, el sujeto activo del ilícito recoge los datos del usuario de la tarjeta utilizando correos electrónicos o páginas web, las que simulan ser legítimos induciendo al usuario a confiar sus datos al individuo que suplanta la identidad del proveedor financiero⁵¹.
- b) Pharming: La conducta ilícita en este caso suele ser más sofisticada que el phishing, pues supone la implementación de un software o programa que redirija al usuario del medio de pago que ingresa a la web de su banco a un sitio web falso⁵².

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2020), p. 15.

⁵⁰ Rodríguez (2014), p. 290.

⁵¹ Barrena y Munita (2020), p. 74.

⁵² Mayer y Oliver (2020), página 159.

- c) Skimming: Esta conducta implica el hurto de los datos almacenados en las bandas magnéticas de las tarjetas de pago, el que se lleva a cabo al momento en que el usuario desliza el plástico en dicha banda registrando los datos que posteriormente serán utilizados para el fraude.
- d) Carding: Esta conducta conlleva el espionaje informático, es decir, la extracción de datos de las tarjetas de pago para posteriormente ser utilizadas en operaciones bancarias fraudulentas.

Las conductas ilícitas más usuales son el phishing y el pharming, las que incluso pueden darse en conjunto, y que de hecho tienen en común, en primer lugar, el uso ilegal de claves de acceso a las plataformas bancarias electrónicas, y en segundo lugar, disfrazan la imagen de una página web bancaria a objeto de hacer creer al consumidor que es el banco quien está tomando contacto con éste⁵³ con el fin de lograr la obtención de su información o datos de carácter personal o financiero para proceder con el fraude en cuestión.

Cabe mencionar que el 20 de junio del 2022 se dictó la Ley N° 21.459 que establece normas sobre delitos informáticos, deroga la Ley N° 19.223, y modifica otros cuerpos legales a objeto de adecuarlos al Convenio de Budapest.

El fraude informático se regula expresamente en el artículo 7 indicando que

El que, causando perjuicio a otro, con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, manipule un sistema informático, mediante la introducción, alteración, daño o supresión de datos informáticos o a través de cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, será penado (...)

Este cuerpo legal además establece en su artículo 8⁵⁴ el delito de *abuso de dispositivos*, el que es aplicable a aquellos individuos que a objeto de la ejecución de alguna de las conductas

⁵³ Oxman (2013), p. 243.

⁵⁴ Artículo 8°.- Abuso de los dispositivos. El que para la perpetración de los delitos previstos en los artículos 1° a 4° de esta ley o de las conductas señaladas en el artículo 7° de la ley N° 20.009, entregare u obtuviere para su utilización, importare, difundiera o realizare otra forma de puesta a disposición uno o más dispositivos, programas computacionales, contraseñas, códigos de seguridad o de acceso u otros datos similares, creados o

indicadas en el artículo 7 de la Ley N° 20.009, manipulare dispositivos computacionales para efectos de la comisión de estos delitos, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

5.2.Extravío, hurto y robo de la tarjeta de pago

Para efectos de la presente investigación, el extravío, hurto, y robo de las tarjetas de pago son abordadas como circunstancias que permiten materializar el delito de fraude electrónico, en el que se centra la presente investigación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 432 del Código Penal, el hurto y robo pueden definirse de la siguiente manera:

El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto.

De esta definición, cabe destacar 2 elementos en común que tienen ambos delitos y que son en primer lugar el ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, y en segundo la falta de voluntad del dueño.

Sin perjuicio de que la arista penal no es objeto del presente trabajo, no puede dejar de mencionarse que uno de los inconvenientes que los penalistas observan en la Ley N° 20.009, es justamente la amplitud conceptual que se otorga al delito de fraude en las transacciones electrónicas, y de hecho, antes de la dictación de esta norma se pensó incluso en subsumir este delito en el tipo penal del hurto, así como el de la falsedad o estafa⁵⁵.

adaptados principalmente para la perpetración de dichos delitos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

⁵⁵ Mayer y Vera (2021), p. 523.

Recapitulando lo mencionado en el presente capítulo, se puede determinar que el avance del comercio electrónico ha tenido como consecuencia la adaptación de las normas jurídicas a la realidad actual siendo la Ley N° 20.009 un reflejo clave de esto, así como también lo fue la reciente dictación de la Ley N° 21.459.

Además, se puede determinar que el emisor de las tarjetas y medios de pago electrónico tiene obligaciones principales y secundarias respecto de los servicios que ofrece al consumidor y, que dentro de las obligaciones secundarias se encuentra el deber de seguridad para con el consumidor, por lo que pese a que este tiene la carga de notificar si es que detectara la comisión de algún ilícito en los medios de pago regulados por la reformada Ley N° 20.009, el proveedor financiero debe contar con los mecanismos idóneos para poder corroborar si la operación bancaria fue debidamente autorizada por quien corresponde.

La obligación de seguridad que tiene el proveedor de servicios financieros, es a todas luces una obligación de medios en la que se exige un estándar de diligencia de un profesional, debido a la experiencia y habitualidad con la que el proveedor financiero se dedica a la prestación de sus servicios.

Capítulo II: Acciones

En este capítulo se analizarán las distintas acciones que se pueden interponer a objeto de perseguir la responsabilidad del proveedor financiero de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 20.009 y la Ley N° 19.496.

Además se estudiarán los requisitos que dan lugar a la responsabilidad civil, sus causales de exoneración respecto del proveedor financiero, y los estándares de atribución de responsabilidad aplicables al usuario y proveedor.

En último término se estudiará la figura de la acción de protección en relación a la Ley N° 20.009.

1. Acción infraccional

La acción infraccional puede conceptualizarse como aquella pretensión del consumidor o un grupo de ellos, que puede ser interpuesta a título individual o colectivo, y que tiene por objeto perseguir la responsabilidad del proveedor por contravención a las normas contenidas en la Ley N° 19.496.

La responsabilidad infraccional es aquella en la que la autoridad pública pondera de forma anticipada los riesgos previsibles determinando una regla de conducta que se expresa en una norma de cuidado. En este caso la culpa infraccional opera sobre el elemento de la previsibilidad pues basta acreditar que existe una infracción a una norma para que se pueda determinar la culpa⁵⁶, no siendo necesario demostrar las consecuencias necesarias de la acción que ocasiona determinado daño.

Respecto de las acciones indemnizatorias o reparaciones que resulten procedentes, el inciso final del artículo 50 de la Ley N° 19.496 establece que será necesario acreditar el daño

⁵⁶ Barros (2006), p. 91.

ocasionado producto de la infracción o negligencia del proveedor a las normas estipuladas en dicho cuerpo legal.

En atención a la acreditación de negligencia del proveedor para efectos de la atribución de responsabilidad infraccional, cabe advertir lo dispuesto en el artículo 23 de la LPDC, a partir de la cual se han construido diversas teorías en relación a si el consumidor debiera probar o no, la negligencia del proveedor. Respecto a este punto, coincidimos con lo indicado por el profesor Hernández y la profesora Gatica⁵⁷, al concluir que dicha norma lo que determina es que el actuar del proveedor debe haber sido negligente, pero no que establezca que sea el consumidor quien deba probar esta negligencia. Esto puede concluirse también en atención al fin protector del derecho del consumo.

El principal factor de atribución de responsabilidad en este caso, se encuentra configurado a partir de diversas presunciones que surgen del derecho civil, aplicando el supuesto de responsabilidad del empresario por el hecho propio, o bien si se aplica el régimen de responsabilidad contractual podría aplicar la presunción de culpa del artículo 1547 inciso tercero⁵⁸ del Código Civil. Entonces, a partir de las presunciones existentes en el derecho civil aplicadas a la esfera del derecho del consumo, a quien corresponde probar su diligencia será al proveedor financiero en este caso, el que debe acreditar que ha actuado diligentemente en relación a los servicios prestados al consumidor en conformidad a las normas dispuestas en la LPDC.

En este caso en concreto, la responsabilidad infraccional de los proveedores financieros se regula por lo dispuesto en la LPDC, y de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 20.009.

En relación a la responsabilidad infraccional y a la responsabilidad civil, surgen distintas perspectivas en relación a la independencia de las acciones derivadas de este último tipo de responsabilidad, pues existe una interpretación que plantea la independencia de la acción civil respecto de la infraccional, es decir, podría existir responsabilidad civil, sin la necesidad

⁵⁷ Hernández y Gatica (2019), p. 32.

⁵⁸ Hernández y Gatica (2019), p. 33-34.

de haberse cometido infracción a norma alguna, punto que ha sido latamente discutido en nuestra doctrina y jurisprudencia⁵⁹, sin perjuicio de que dicha tesis se consideró disipada debido a lo establecido en el artículo 9⁶⁰ inciso primero de la Ley N° 18.287 que establece procedimiento ante los juzgados de policía local, pues la jurisprudencia ha establecido que se requiere del establecimiento de la infracción a una norma establecida para poder determinar la responsabilidad civil del proveedor⁶¹, punto que es determinante para efectos de determinar el estándar de imputabilidad de responsabilidad aplicable al proveedor financiero en sede civil.

En relación a la acción civil e infraccional, cabe señalar que con la reforma procesal introducida por el artículo 50 letra I de la Ley N° 21.081 que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, se deja clara la independencia de la acción civil y de la acción infraccional, indicando dicha norma lo siguiente:

El mismo procedimiento señalado en el artículo precedente se aplicará en caso de que el consumidor escoja perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor ante el juzgado de policía local competente, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 50 A.

En consideración al punto anterior, el consumidor puede optar por perseguir la responsabilidad civil del proveedor financiero sin la necesidad de tener que interponer la denuncia o querrela infraccional pertinente. No obstante lo anterior, un aspecto de importancia a mencionar respecto de la responsabilidad infraccional y civil, es que una vez incoada la acción infraccional ésta proseguirá su curso con independencia de la acción civil, en caso de que las partes lleguen a conciliación en el comparendo respectivo respecto de las acciones civiles deducidas, lo que se estipula en el artículo 11 de la Ley N°18.287⁶².

⁵⁹ Momberg (2021), p. 5.

⁶⁰ Artículo 9, inciso 1: El Juez será competente para conocer de la acción civil, siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional.

⁶¹ Momberg (2021), p. 6.

⁶² Artículo 11: En el comparendo y después de oír a las partes, el Juez las llamará a conciliación sobre todo aquello que mire a las acciones civiles deducidas. Producida la conciliación, la causa proseguirá su curso en lo contravencional.

En cuanto a la naturaleza de la infracción a las normas de la Ley N° 19.496, existen varias teorías en relación al tipo de responsabilidad que surgiría de vulnerarse alguna de las normas dispuestas en dicho cuerpo legal, pues se ha indicado que existirían ciertos preceptos legales que darían lugar a responsabilidad infraccional, y otros se limitarían a responsabilidad civil, existiendo otras normas que producirían contravenciones mixtas, es decir, que generarían ambos tipos de responsabilidad⁶³, como podría ser el caso de la Ley N° 20.009.

Antes de la reforma a la Ley N° 20.009 en un caso en el cuál la denunciante dio aviso al proveedor financiero días después de que se llevaran a cabo 4 operaciones bancarias que ella desconocía, y que ocurrieron en lugares en los que era imposible que ella hubiese estado presente físicamente, se desestimó la denuncia infraccional interpuesta por SERNAC al no acreditarse el supuesto de responsabilidad infraccional, específicamente la culpa o negligencia del proveedor financiero respecto al deber de seguridad, pues la Corte indicó que si bien el titular de la tarjeta es responsable de la custodia del documento esta circunstancia no libera al proveedor financiero de su obligación de entregar al consumidor un estándar de seguridad mínimo que le permita actuar sin ningún inconveniente y sin exposición a un eventual fraude que pudiera producirse⁶⁴.

Antes de la reforma introducida a la Ley N° 20.009, uno de los criterios jurisprudenciales aplicables era condenar al proveedor financiero por responsabilidad en los delitos derivados del hurto, extravío o robo de la tarjeta de crédito cuando existiera una diferencia entre la firma plasmada en la cédula de identidad del usuario o consumidor y el comprobante de pago, y al contrario, existía generalmente sentencia absolutoria para el proveedor cuando no se acreditaba esta diferencia⁶⁵.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el juez podrá llamar nuevamente a conciliación en el curso del proceso. Las opiniones que emita el Juez, en el acto de la conciliación, no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.

De la conciliación total o parcial se levantará acta que contendrá sólo las especificaciones del arreglo, la cual suscribirá el Juez, las partes y el secretario, y tendrá el mérito de sentencia ejecutoriada.

⁶³ Isler (2015), p. 77-78.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago (2015), considerando 5°.

⁶⁵ Isler (2016), p. 339.

Actualmente, de acuerdo a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 20.009, basta que el usuario (o consumidor) del medio de pago avise oportunamente al proveedor financiero para que ese pueda limitar su responsabilidad respecto de los casos de hurto, robo, extravío o fraude que puedan producirse, correspondiéndole al proveedor financiero probar que la operación bancaria haya sido realizada contando con todas las autorizaciones respectivas, y que por tanto se tomaron las medidas de seguridad adecuadas y oportunas respecto de esta operación. En caso de no poder acreditarse lo indicado, se entenderá vulnerado el deber de seguridad al no tomar el proveedor financiero las medidas de resguardo adecuadas para evitar las procedencia operaciones fraudulentas que pudieran perjudicar al usuario o consumidor.

En relación al titularidad de la acción en sede infraccional, el titular de dicha acción es el consumidor pero además esta puede recaer en el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante e indistintamente SERNAC) en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 letra g) de la LPDC que otorga a este organismo el deber de velar por el cumplimiento y disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores. A este respecto los tribunales han indicado lo siguiente:

Por consiguiente, la tarea de fiscalización a que se alude resulta desde luego atingente cuando algún hecho o práctica involucra a un grupo o segmento de consumidores. Empero, la sola circunstancia de que la conducta denunciada afecte inmediatamente a un consumidor determinado no excluye la intervención del SERNAC, porque lo verdaderamente relevante es que la conducta sea potencialmente capaz de comprometer los intereses de otros consumidores que se encuentren en situación semejante; siendo ese el caso, ha de entenderse que el organismo aludido es titular de la acción que ejerciera en esta causa⁶⁶

En relación al estándar de responsabilidad en sede infraccional, se puede determinar que de acuerdo a lo indicado en el artículo 23 de la LPDC, el criterio de imputabilidad mínimo corresponde al de la negligencia, la culpa o imprudencia, de modo que el daño ocasionado al

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2015), considerando 2°.

consumidor producto de la negligencia del proveedor, debe ser efecto de un acto (u omisión en su caso) a lo menos culposo de parte del proveedor⁶⁷. Según se indicó previamente, dicha norma no establece que el consumidor sea quien deba probar esta negligencia, sino que determina como requisitos de la responsabilidad civil para que esta pueda configurarse que exista negligencia en el proveedor, debiendo ser este último quien deba acreditar su actuar diligente, para efectos de su liberación de responsabilidad⁶⁸.

1.1. Demanda Colectiva caratulada “SERNAC con Banco del Estado de Chile” Rol C-2126-2023 del 27° Juzgado Civil de Santiago por infracción a LPDC en relación a la Ley N° 20.009

En este acápite se analizará brevemente la causa rol C-2126-2023 del 27° Juzgado Civil de Santiago, cuya demanda fue notificada con fecha 12 de mayo del 2023.

El 09 de febrero del 2023, el SERNAC interpuso una demanda colectiva en contra del Banco Estado debido al incumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 20.009 a raíz de que de una gran cantidad de consumidores habrían sido afectados por cargos indebidamente cobrados y por operaciones no reconocidas las que se habrían producido por la clonación o suplantación de identidad de los consumidores o usuarios, respecto de las cuales se habría efectuado el reclamo respectivo por parte de ellos, sin que existiera gestión alguna por parte del banco demandado.

Como antecedente a esta demanda, en diciembre del 2021, SERNAC llevó a cabo un Procedimiento Voluntario Colectivo (PVC) con el banco involucrado, pero dicho procedimiento no prosperó, debido a que el banco no entregó una solución adecuada a los consumidores.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago (2015), considerando 9°.

⁶⁸Hernández y Gatica (2019), p. 39.

En concreto, SERNAC detectó que el Banco: i) no habría efectuado la cancelación de los cargos ni la restitución de los fondos correspondientes a las operaciones financieras fraudulentas que los consumidores no reconocieron de acuerdo a lo indicado en la Ley N° 20.009 en los supuestos de los artículos 1 y 2; ii) no habría efectuado la restitución de los montos correspondientes a operaciones desconocidas por los consumidores de acuerdo a lo indicado en el artículo 5 de la Ley N° 20.009; iii) no habría presentado ni querrela ni denuncia exigidos por la Ley respecto de las operaciones fraudulentas que afectaron a los consumidores; iv) se habría denegado a restituir los fondos, amparándose en la existencia del registro de la operación para demostrar que ésta habría sido autorizada por el usuario, contraviniendo la Ley N° 20.009.

El petitorio de la demanda solicita en concreto i) que el tribunal declare la responsabilidad infraccional del banco por vulneración al artículo 3 letra C y E, y 23 de la LPDC, y los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley N° 20.009, condenándolo al máximo de las multas posibles o que el tribunal considere procedente, teniendo en consideración la circunstancia agravante del artículo 24 letra b de la Ley N° 19.496, esto es, haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores; ii) y que se otorguen las respectivas indemnizaciones a los consumidores debido a los perjuicios causados, con un incremento en el 25% en el monto la indemnización en consideración a lo dispuesto en el artículo 53 letra C de la LPDC.

1.2. Fundamentos de Derecho de la Demanda Colectiva por Infracción a la Ley N° 20.009

En cuanto a los fundamentos de derecho de dicha demanda, cabe mencionar que el SERNAC indica que en virtud de lo establecido en el artículo 58 inciso 1 de la LPDC, y a la vulneración de cuerpos normativos que tengan por objeto proteger a los consumidores, como lo es el caso de la Ley N° 20.009, es que ésta se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección al consumidor⁶⁹.

⁶⁹ 27° Juzgado Civil de Santiago (2023), p. 18.

Cabe señalar que pese a que el banco se quiso amparar en que las operaciones de los consumidores fueron realizadas de forma correcta justificándose en los registros de las operaciones bancarias, la Ley N° 20.009 es taxativa en indicar que dicho registro no es suficiente para demostrar que las operaciones bancarias en cuestión hayan sido autorizadas por el usuario, de acuerdo a lo indicado en el artículo 4 inciso sexto, en lo que SERNAC también repara, y en este punto coincidimos plenamente, pues bien el ejecutor del fraude podría haber tenido acceso a los datos bancarios del cliente en virtud de los mecanismos electrónicos fraudulentos que dan lugar a figuras tales como el phishing o pharming, entre otros.

En lo que respecta a la carga de la prueba, SERNAC señala que en el caso en concreto basta con que el consumidor, o bien SERNAC en su representación, indiquen la infracción a los deberes establecidos en la LPDC y a la Ley N° 20.009 en que ha incurrido el proveedor financiero, correspondiéndole probar a éste último que cumplió a cabalidad con todos los consumidores con sus obligaciones correspondientes.

En relación a los procedimientos de carácter colectivo, el *onus probandi* se supedita a regímenes especiales en relación con la carga de la prueba, esto a objeto de facilitar igualmente la cuantificación del daño al consumidor, y su respectiva protección⁷⁰.

En cuanto a la discriminación arbitraria, cabe mencionar que SERNAC consideró vulnerado el artículo 3 letra C, debido a que el Banco habría entregado soluciones distintas a los clientes afectados, no habiendo motivo o sustento alguno que justificara dicha disparidad.

Uno de los temas de mayor interés para efectos de la presente investigación, es aquél que dice relación con el deber de seguridad que deriva del artículo 23 de la LPDC, y que SERNAC consideró infringido pues el Banco al ser una institución financiera, debiera haber actuado con la debida diligencia profesional, sumado a la habitualidad de su actividad bancaria, y a que no habría tomado las medidas de seguridad necesarias para precaver cualquier hecho que produjera algún perjuicio al consumidor.

⁷⁰ Ponce (2021), p. 264.

2. Acción Civil

La acción civil puede definirse como aquella que surge del daño ocasionado a una persona, ya sea en su integridad o sus bienes, y que tiene por objeto la reparación de los perjuicios ocasionados.

De la definición precedente puede derivarse el concepto de responsabilidad civil que corresponderá a un juicio de carácter normativo que implica atribuir a una persona la obligación de reparar un daño o perjuicio causado a otra.

El régimen de responsabilidad civil aplicable en las obligaciones derivadas de los servicios financieros será el de la responsabilidad civil contractual, pues según se estudió en el capítulo primero la relación entre el consumidor y el proveedor financiero debe estar plasmada en un contrato el que generalmente es un contrato de adhesión. Además, el deber de seguridad propio de la Ley N° 19.496 y las obligaciones establecidas en la Ley N° 20.009 resultan aplicables en sede contractual al proveedor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.546 del Código Civil que establece que los contratos no obligan solo a lo que está expresado en ellos, sino que también a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la responsabilidad del proveedor financiero por servicio defectuoso aplicará no solo cuando la víctima sea considerada un consumidor jurídico, entendido este como aquél consumidor que ha celebrado un contrato previo con el proveedor⁷¹ a objeto de la prestación de un servicio financiero, debiendo tenerse presente el concepto amplio de consumidor pues el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 no solo se limita a este consumidor jurídico, sino que se amplía respecto de situaciones no contractuales,

⁷¹ Hernández y Gatica (2019), p. 21.

en las que sea un consumidor material quien disfrute de los servicios ofrecidos por el proveedor⁷².

La acción civil procedente para obtener la reparación de los perjuicios causado por el incumplimiento de la LDPC y de la Ley N° 20.009 es la acción de indemnización de perjuicios, a la que corresponde aplicar las normas propias y comunes dispuestas en el Código Civil debiendo dicha acción sujetarse a las reglas estipuladas en este cuerpo legal. El requisito fundamental para determinar la procedencia de esta acción indemnizatoria es el daño, pues en virtud de su función correctiva, tendrá como fin último el de restaurar el perjuicio causado⁷³.

Los requisitos que determinan la procedencia de la acción de perjuicios que son propios de la responsabilidad civil contractual aplicables a los casos de la Ley N° 20.009, son los siguientes:

1. Vínculo jurídico previo entre el consumidor y el proveedor de los servicios financieros.
2. Incumplimiento del proveedor financiero, el que se determina por la infracción al deber de seguridad o de lo dispuesto en la Ley N° 20.009.
3. Perjuicio del consumidor o usuario, el que se configura mediante el daño sufrido por el consumidor.
4. Nexo de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento o negligencia del proveedor financiero.
5. Imputabilidad del proveedor financiero, cuyo estándar aplicable es el de la culpa infraccional, según se estudiará.
6. Que no concurra causal de exoneración alguna, lo que según se verá tiene sus particularidades propias en la Ley N° 20.009.

Cabe señalar que se podría prescindir del primer requisito mencionado, en caso de que el perjuicio fuera sufrido por un consumidor material y no necesariamente por el consumidor

⁷² Hernández y Gatica (2019), p.23-24.

⁷³ Lazcano y Toro (2019), p. 101.

jurídico, que sería por ejemplo el titular de una tarjeta de pago, y el consumidor material el usuario autorizado a hacer uso de dicho medio de pago.

Respecto de la Ley N° 20.009, la jurisprudencia reciente ha indicado que de ésta deriva una acción civil y no una acción de carácter infraccional, por lo que en caso de que el usuario del medio de pago que fue objeto del fraude quisiera perseguir la responsabilidad del banco basándose en la negligencia de dicho proveedor deberá interponer la acción civil respectiva, indicando lo siguiente:

Que, la referida Ley 20.009 no contempla un régimen infraccional en contra de un Banco por supuestos incumplimientos de las obligaciones que la misma normativa dispone, desde que ésta establece un procedimiento sumario que sólo tiene por objeto perseguir la responsabilidad de un usuario de productos bancarios, cuando ha actuado con culpa o dolo en el manejo de los mismos, de manera que tal querrela infraccional resulta improcedente⁷⁴

Esto se determinó en base a un caso en el que el Banco Santander accionó en contra del consumidor pues este habría facilitado sus datos bancarios respondiendo a un correo electrónico de carácter fraudulento. Fruto de esta acción interpuesta por el banco en su contra, el cliente decidió querellarse en sede infraccional ante el juzgado de policía local, e interpuso de forma conjunta y reconvencionalmente la demanda civil de indemnización de perjuicios. La querrela infraccional se consideró improcedente pues el demandado no explicó en primer lugar, cómo es que se entendió infringida dicha norma, y en segundo lugar se hizo extensiva a la demanda reconvencional del consumidor la norma dispuesta en el artículo 50 letra h) de la Ley N° 19.496 que no admite que el consumidor sea demandado reconvencionalmente por el proveedor. En este caso la norma se aplicó en favor del proveedor determinándose que no podría ser demandado de forma reconvencional por el consumidor. A este respecto en el considerando quinto, la Corte indicó lo siguiente:

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso (2023), considerando 3°.

Que, el artículo 50 h) del párrafo 2 aludido señala: “En este procedimiento no será admisible la reconvencción del proveedor demandado”. Si bien esta norma se refiere solo al proveedor, no puede por ello entenderse, a contrario sensu, que el cliente sí puede reconvenir, por dos razones, la primera, porque tal redacción obedece a que la Ley 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores no se pone nunca en la lógica de que un cliente pueda ser el demandado, y por tanto, tampoco se puede entender que éste pueda reconvenir, y siendo la Ley N°20.009 posterior a la Ley N°19.496, sin que establezca lo contrario, debe entenderse que sigue la misma lógica. La segunda, porque la reconvencción es siempre incompatible con este tipo de procedimiento sumario, ya que aquélla es de lato conocimiento.

Concluye el tribunal indicando que al ser la acción de la Ley N° 20.009 propia del procedimiento sumario, sería incompatible con la acción indemnizatoria que correspondería a una acción de lato conocimiento.

Cabe indicar que si bien este criterio operó en el contexto de una querrela infraccional junto con una demanda reconvenccional, bien podría dar pie para argumentar acerca de la imposibilidad de deducir la acción infraccional con la indemnizatoria en sede de responsabilidad de los proveedores financieros⁷⁵.

2.1. Estándar de imputabilidad aplicable a los proveedores financieros

De acuerdo a lo indicado en el punto anterior, es de vital importancia relacionar la responsabilidad civil con la infraccional en el sentido de que existen normas que podrían dar paso a ambos tipos de responsabilidad, y en el caso concreto el artículo 23 de la Ley N° 19.496 resulta de vital importancia en relación a la obligación de seguridad que debe tener la institución financiera con los servicios bancarios que presta al consumidor, y así ha sido determinado por la jurisprudencia quien ha indicado reiteradamente que el proveedor de

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso (2023), considerandos 3°-7°.

servicios financieros tiene el deber de adoptar todas las medidas y mecanismos de seguridad para evitar cualquier riesgos que pudieran perjudicar al consumidor⁷⁶.

Adicionalmente, ha quedado de manifiesto que en virtud de la naturaleza misma de los negocios que presta la institución financiera y en su deber de garante y depositario de los dineros de los cuales debe hacerse cargo, es que debe actuar con sumo cuidado y diligencia en cuanto a custodiar y proteger las sumas de dinero que le son confiadas por el consumidor⁷⁷. Es más, las medidas de seguridad que debieran adoptar los bancos o proveedores financieros debieran estar actualizadas y adaptadas a las diversas plataformas digitales que son utilizadas hoy en día por los consumidores financiero, velando así por un correcto sistema de autenticación del usuario, o por ejemplo, pudiendo identificar cuando es que el número de operaciones bancarias o montos objeto de una transacción del titular o usuario del medio de pago se encuentran fuera de los estándares de su la conducta habitual.

En este punto, cabe precisar lo propuesto por la profesora Erika Isler en cuanto a que cualquier infracción a las normas de la LPDC puede ocasionar responsabilidad civil. Esta idea encuentra su sustento en lo dispuesto en su artículo 3 pues dicha norma dispone en su letra E el derecho a indemnización y reparación de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento por parte del proveedor de los servicios que bien puede ser o legal o convencional, y por tanto, el contrato entre el consumidor y el proveedor queda relegado por la relación de consumo que permite a la parte más débil de esta, ampararse en las normas de la LPDC⁷⁸. Ahora bien, en el caso en que se haya vulnerado alguna de la normas de la Ley N° 19.496, es el consumidor quien podrá optar si demandará por la vía contractual o extracontractual derivando esta última de la infracción a las normas de la LPDC en su caso⁷⁹, aunque según se verá, en la generalidad de los casos la jurisprudencia analiza y resuelve los conflictos suscitados desde una mirada de la responsabilidad contractual, en virtud del contrato existente que es el denominado contrato de depósito irregular.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta (2021).

⁷⁷ 2° Juzgado de Policía Local de Curicó (2018).

⁷⁸ Isler (2015), p. 11.

⁷⁹ Isler (2015), p. 12.

Desde la perspectiva de la responsabilidad contractual se ha indicado por la jurisprudencia que al no cumplir el proveedor financiero con las medidas de seguridad esperadas para el tipo de operaciones bancarias que requieren una serie de autorizaciones por parte del usuario de estas, es que la culpa contractual de dicho proveedor se presume frente a este tipo de incumplimiento, por ejemplo, por no haber probado que informó de forma oportuna al cliente de una serie de compras nacionales e internacionales generadas en un corto plazo de tiempo, y que escapaban a la habitualidad de las operaciones realizadas por el usuario del medio de pago, lo que derivó en un fraude bancario. A raíz de este planteamiento es que el tribunal en este caso determinó que el banco habría incurrido en una falta de diligencia al no haber proporcionado al cliente la seguridad debida y de forma oportuna respecto de las operaciones bancarias que se originaron a raíz del fraude⁸⁰.

Así las cosas, es que puede indicarse de forma preliminar que a partir de las fronteras entre la responsabilidad civil e infraccional que pueden surgir de un mismo hecho, como lo es el caso de la norma estudiada, el estándar de imputabilidad aplicable al proveedor de servicios financieros es el de la culpa infraccional, derivado de los principios y normas inspiradoras de la Ley N° 19496. Adicionalmente, cabe destacar la inexistencia de un factor subjetivo de imputabilidad pues el fin propio de las normas en estudio, es justamente velar por los intereses del usuario o consumidor de estos servicios financieros, lo que lo expone a las condiciones propias de un contrato de adhesión impuestas por un proveedor con quien claramente existe una relación de asimetría que busca equilibrarse a través de las normas dispuestas en la LPDC y en la Ley N.º 20.009. En virtud de lo anterior, es que el interés de la LPDC se encuentra enfocado en el sujeto del daño, la víctima, y no en el autor de éste⁸¹.

En consecuencia, tanto la Ley N.º 19.496 como la Ley N.º 20.009 son las que determinan el estándar mínimo de comportamiento que una entidad financiera debe tener respecto de sus clientes, y que la sola infracción a las obligaciones adquiridas por este proveedor lo harán responsable para con el consumidor, surgiendo el deber de indemnizar el daño que se haya ocasionado⁸².

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Coyhaique (2021), considerando 9º.

⁸¹ Fuenzalida (2018), p. 138.

⁸² Fuenzalida (2018), p. 139.

En suma, es posible concluir que el estándar de imputabilidad aplicable al proveedor financiero producto del incumplimiento derivado de las obligaciones establecidas en la Ley N° 20.009 es el de la culpa infraccional.

2.2. Nexo de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento del proveedor financiero

Este elemento supone el vínculo causal existente entre el actuar ilícito del proveedor y los daños producidos al consumidor en virtud del incumplimiento de sus obligaciones. De este elemento clave de la responsabilidad civil, hay que distinguir 2 razonamientos sucesivos y copulativos, según expone Lilian San Martín quien indica que el primero de ellos es determinar la obligación de resarcir con cargo de un sujeto determinado *an debiteur*, y luego la determinación de las consecuencias dañinas indemnizables, es decir, la extensión de la responsabilidad, *quantum respondeatu*⁸³. En consecuencia, existe una dualidad de elementos dentro de la causalidad, un elemento fáctico que implicará la existencia del daño, y luego un elemento normativo que permite atribuir la responsabilidad a determinado sujeto.

Sin perjuicio de lo planteado respecto de la causalidad en relación al juicio fáctico y normativo que se ha establecido como regla general, la causalidad no puede ser considerada como un elemento inmodificable, es decir, no debe tomarse como una fórmula matemática a seguirse siempre de forma estricta. Así las cosas, es que en ciertos casos, como el de la culpa infraccional, la sola ocurrencia del hecho dañoso que en este caso es una conducta infractora a la Ley N° 20.009, puede ser determinante para establecer el carácter de *condictio sine qua non*, “sin que sea necesario un análisis causal que incorpore una aproximación normativa del vínculo”⁸⁴.

⁸³ San Martín (2018), p. 31.

⁸⁴ Barrena y Marambio (2022), p. 307.

En los relativo al incumplimiento del proveedor, es que opera una conexión de carácter normativa, que supone que la sola infracción a la norma deriva en la responsabilidad del proveedor financiero por el hecho dañoso, siempre y cuando haya un perjuicio producido a un cliente o consumidor del proveedor⁸⁵.

Se ha planteado por parte de la doctrina que en lo que respecta a la culpa infraccional o a aquellas responsabilidades derivadas de la Ley N° 19.496, la sola vulneración del contrato que dio paso a la relación de consumo bastaría para que se determine la responsabilidad del proveedor⁸⁶, lo que sin duda alguna es un requisito per se para dar por establecida la acción indemnizatoria en sede de la Ley N° 20.009.

Sin perjuicio de lo anterior, el elemento de la causalidad también permitiría delimitar la responsabilidad de la entidad financiera, pues una vez efectuado el juicio de imputación, se procede a analizar la existencia de posibles causales exonerativas, las que procederán a corroborar o minimizar dicho juicio⁸⁷.

2.3. Causales de exoneración de responsabilidad del proveedor financiero y de los consumidores o usuarios de los medios de pago

En primer término cabe señalar que la causal exonerativa de responsabilidad impide la imputación de responsabilidad de determinado daño a una persona, por lo que la hace improcedente la declaración de responsabilidad⁸⁸.

En lo que respecta a la Ley N° 20.009, la manera en que el proveedor financiero puede exonerarse de responsabilidad es acreditar que actuó con la debida diligencia en la prestación de los servicios derivados de sus obligaciones contractuales. La Ley N° 20.009 entrega ciertos supuestos en los que el proveedor puede eximirse de responsabilidad, siendo estos los siguientes:

⁸⁵ Barrena y Marambio (2022), p. 143.

⁸⁶ Baraona (2014), p. 401.

⁸⁷ Patiño (2008), p. 197.

⁸⁸ Patiño (2008), p. 198.

1. El primero de ellos se regula en el inciso quinto del artículo cuarto, y es aquella en que el proveedor debe acreditar que la operación bancaria fue debidamente autorizada por el usuario, y que se encuentra registrada a su nombre.
2. El segundo supuesto se encuadra en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo quinto, y es el caso en que el proveedor debe demostrar la existencia de dolo o culpa grave del consumidor o usuario del medio de pago.

2.4. Dolo o culpa grave en el usuario o consumidor financiero a partir de la Ley N° 20.009

En estándar aplicable al consumidor de los servicios financieros es el dolo o culpa grave, pudiendo el primero de ellos solo ser probado de forma indirecta mediante ciertas presunciones, y la culpa grave o lata se pruebe de la misma manera, es decir, por presunciones. La frontera entre estos conceptos es mínima, señalándose incluso que la culpa grave es la manifestación externa del dolo⁸⁹.

En estos casos en concreto y respecto del dolo, el proveedor financiero debe acreditar en el consumidor la existencia de ciertos hechos constitutivos de incumplimiento a partir de los cuáles se pueda deducir la intención de perjudicar o la intención de incumplir, lo que conllevaría en su caso, la interposición de la acción penal respectiva⁹⁰.

Ahora bien, respecto de la culpa grave o lata, cabe remitirse a la definición de nuestro CC, que la define como aquella que “*consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.*”

La existencia de culpa grave en el consumidor financiero implica generalmente que este lleva a cabo conductas descuidadas respecto de la entrega de información a terceros, quienes mediante el engaño los inducen a entregar sus claves bancarias para poder ejecutar el fraude electrónico de los medios de pago indicados en la Ley N° 20.009.

⁸⁹ Banfi (2000), p. 291.

⁹⁰ Banfi (2000), p. 291.

Respecto a su prueba, resulta interesante referirse a la posición del profesor Cristian Banfi, el que considera que la culpa lata forma parte del dolo, siendo su manifestación externa⁹¹, lo que incide en el campo probatorio, pues bastaría acreditar la culpa grave para poder presumir el dolo en el actuar del proveedor financiero en estos casos. Es así que se ha planteado además por la doctrina que en el derecho chileno se establecería una objetivación del dolo, ya que acreditada la culpa grave, el dolo podría presumirse a partir de ella⁹².

Ahora bien, en el caso del consumidor o usuario indicado en la Ley N° 20.009, se considera que sí debe establecerse cierta frontera entre la culpa lata y el dolo, debido a que el avance de la tecnología ha permitido también el perfeccionamiento y modernización de ciertos mecanismos que tienen por objeto engañar o estafar al consumidor a fin de obtener su información para la comisión de ilícitos que pueden derivar en fraude, los que pueden plasmarse en figuras tales como el phishing o pharming. Además hay que agregar que la Ley N° 20.009 contiene en su artículo 7 un catálogo de delitos de carácter penal, lo que hace necesario diferenciar aún más en estos estándares de responsabilidad, pues bien el usuario pudo haber actuado de forma grosera y descuidada respecto de la seguridad de sus medios de pago, pero en ningún caso pudo haber tenido la intención de cometer fraude bancario.

Si bien en la mayor parte de los casos puede existir esta presunción dolosa en el actuar con culpa grave del usuario o consumidor financiero, y para efectos probatorios en sede civil efectivamente estos estándares pueden equipararse a objeto de facilitar la prueba del dolo, no estamos de acuerdo, para efectos de la aplicación de la Ley N° 20.009 en la posición planteada por la doctrina que establece que a partir de la culpa grave el dolo se presumiría.

A este respecto, se propone incorporar en la ley un catálogo de conductas a partir de las cuáles pueda determinarse la existencia de ciertas conductas dolosas por parte del usuario o consumidor financiero.

Una vez detectada la operación fraudulenta, el artículo 5 de la Ley N° 20.009 otorga al proveedor financiero 3 caminos a saber: i) cancelar los cargos del medio de pago; ii)

⁹¹ Banfi (2000), p. 330.

⁹² Barcia (2007), p. 34.

restituirlos al usuario o bien; iii) ejercer las acciones establecidas en el inciso 3 del artículo 5 de la mencionada ley, es decir, si es que el emisor recopilare antecedentes que demuestren fehacientemente la existencia de dolo o culpa grave del usuario, puede entablar la acción de artículo 5 inciso sexto, y la acción de responsabilidad por fraude en tarjetas de pago y transacciones electrónicas dispuestas en el Título III de la Ley N° 20.009.

La norma a su vez indica que si el juez de policía local, quien debe conocer de estos antecedentes, declarare por sentencia firme o ejecutoriada que no se configuran los antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor del medio de pago deberá restituir a este el saldo retenido debidamente reajustado aplicando para ello la tasa máxima de interés convencional calculada desde la fecha del aviso y al pago de las costas personales o judiciales que procedan.

Por otro lado, si se acreditare efectivamente por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario del medio de pago i) participó en la comisión del delito; ii) obtuvo provecho ilícito; iii) o bien que actuó con dolo o culpa grave facilitando los mecanismos que produjeran el ilícito, se procederá entonces a dejar sin efecto los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que resulten procedentes.

2.5. Causales de exoneración de responsabilidad de la entidad financiera: culpa exclusiva y culpa excluyente

En relación al deber de seguridad que impone la Ley N° 19.496 y la Ley N° 20.009, cabe mencionar un aspecto fundamental que puede incidir en la exclusión de la responsabilidad, o bien en la atenuación de esta por parte de las entidades financieras, y es el grado de participación de la víctima en el hecho fraudulento. Al haberse masificado los servicios financieros electrónicos, surgió la obligación por parte de los proveedores financieros de tomar mayores resguardos en la prestación de los servicios que estos ofrecen, y a su vez masificar las alertas especialmente dirigidas a los consumidores para que estos pudieran tomar el debido resguardo en sus operaciones bancarias respectivas. Pese a esto existen ciertas prácticas maquinadas por terceros que pueden implicar un engaño para los

consumidores o usuarios de los medios de pago, las que de concretarse permitiría a dichos terceros ejecutar el fraude mediante el acceso que el consumidor le entrega de sus claves.

Debe tenerse presente en este punto el artículo 2330 del CC, pues esta norma indica que en caso de que la víctima se haya expuesto de forma imprudente al daño, la indemnización deberá ser reducida prudencialmente. Ahora bien, de acuerdo a lo planteado por el profesor Pizarro y a la profesora Bahamondes, es que este tema es aún más amplio no debiendo circunscribirse solo a un tema dispuesto en la norma indicada, sino que expandir sus fronteras a un tema de causalidad⁹³.

En cuanto a la rebaja de la indemnización, se han buscado varias fórmulas para tratar de determinar cómo operaría, por lo que se ha indicado que la causalidad es de vital importancia, pues se tendrá en cuenta el actuar de la víctima del daño teniendo presente la influencia de dicha actividad y también la del proveedor financiero, de mano de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*. Esto último implicará la ponderación del actuar de dicho proveedor y de la víctima (usuario o consumidor), y determinar cuál de ellas hizo en mayor medida posible que se ocasionaran los perjuicios sufridos⁹⁴.

Es así que en una sentencia de primera instancia, caso en el que la víctima del fraude cayó en el método del phishing, se consideró como elemento de rebaja para la indemnización otorgada en su favor, la exposición imprudente al daño⁹⁵.

Sin perjuicio de que en el fallo de primera instancia, el banco fue condenado al pago de una multa en sede infraccional y a una indemnización por daño emergente en sede de responsabilidad civil, en la sentencia del tribunal *ad quem* se revocó la sentencia de primera instancia siendo rechazada en todas sus partes, la pretensión del titular del medio de pago. La sentencia tuvo por fundamento el hecho que el banco habría advertido en diversas ocasiones a los usuarios de las tarjetas de pago que debían estar alertas de posibles fraudes que pudieran existir, además de que en este caso en concreto el titular habría actuado

⁹³ Bahamondes y Pizarro (2012), p. 40.

⁹⁴ Bahamondes y Pizarro (2012), p. 45.

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago (2022)

sobrepasando los protocolos y controles a los que el banco está obligado, existiendo una falta de diligencia en el actuar propio de la víctima, mas no del banco⁹⁶.

En este caso puntual, en el que la negligencia de la víctima habría ocasionado el fraude, se aprecia la culpa exclusiva de la víctima, lo que en estos casos puede implicar que deba asumir el costo total de los daños producidos por el delito y consecuentemente la exoneración de responsabilidad del proveedor financiero, o también generar una rebaja prudencial a la indemnización por exposición imprudente al daño, en lo que se denomina culpa concurrente de la víctima⁹⁷.

Cabe indicar que en el caso de la culpa exclusiva, esta permite sustentar la posición del agente respecto a su falta de responsabilidad en los hechos, pero no extendiéndose a una esfera jurídica, sino tan solo fáctica⁹⁸.

Es así como en el caso en concreto, la Corte indicó lo siguiente:

Que de esta manera (...) aparece que la actividad fraudulenta y la conducta descuidada del propio cliente, excedió los límites de los protocolos y controles a los que está obligado el Banco, condiciones en las cuales, no es posible hacer responsable al banco de la falta de diligencia que se le imputa, puesto que con los medios probatorios mencionados, la actividad de cuidado debida, se encuentra acreditada, por lo que corresponde absolver a la denunciada de la acusación de vulneración de lo preceptuado en los artículos 3 d), 12 y 23 de la Ley 19.496⁹⁹

Pese a la posición indicada previamente, la jurisprudencia mayoritaria ha sido tajante en señalar que el proveedor financiero tiene la responsabilidad de probar que la operación bancaria fue debidamente autorizada por el titular usuario del medio de pago, no siendo suficiente acreditar un mero descuido por el titular afectado por el fraude para exonerar de

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2022), considerando 6°.

⁹⁷ San Martín (2018), p. 32.

⁹⁸ San Martín (2018), p. 39.

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago (2022), considerando 6°.

responsabilidad al banco¹⁰⁰. A mayor abundamiento, se indica que el banco debió tomar todas las medidas necesarias para el debido resguardo de su cliente, lo que en el caso analizado no se habría probado por lo que persiste la obligación de reparar el daño causado¹⁰¹.

Respecto a la exoneración de responsabilidad, se indica que la institución financiera no puede aprovecharse de su propia culpa, pues recae en ella el deber de proporcionar al cliente los mecanismos de seguridad idóneos otorgándole la mayor protección posible respecto a los estándares que la ley les exige para prevenir este tipo de fraudes¹⁰².

En otro caso en el cuál la víctima procedió a ingresar a una página web cuyo dominio no correspondía al de su proveedor bancario pero que simulaba ser tal, procedió a ingresar sus datos a objeto de comprobar el estado de sus operaciones bancarias entregando sus claves de acceso a la web del banco, lo que trajo como consecuencia la producción del fraude bancario. En este caso, el tribunal indicó que el actuar del usuario habría sido poco cuidadoso, pues ignoró las advertencias de seguridad del banco, y además se sobrepasó la esfera de cuidado a la que estaba obligado el proveedor. Adicionalmente, el usuario trató de evadir su responsabilidad indicando que no habría entregado su *digipass*, clave con la que se autorizaron las operaciones de pago lo que fue consultado a Servipag, indicando dicha entidad que se habrían ejecutado una serie de operaciones bancarias que requerían de dicha clave, por lo que se constató que el usuario las habría entregado, tratando de eludir su responsabilidad indicando lo contrario¹⁰³. En este caso el tribunal atribuyó la responsabilidad del cuidado de los datos bancarios al cliente, pues a raíz de esto los terceros pudieron llevar a cabo la comisión del fraude. En resumidas cuentas, el actuar negligente del usuario, implicó que se sobrepasaran los límites de seguridad a los que se encontraba obligado el Banco, por lo que era posible atribuirle responsabilidad en virtud de la falta de diligencia, pues se probó en este caso que el hecho se ocasionó por la entera negligencia del usuario.

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel (2021), considerando 8°.

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de San Miguel (2021), considerando 12°.

¹⁰² Corte de Apelaciones de San Miguel (2021), considerando 13°.

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Santiago (2022), considerando 5°.

2.6. Inversión de la Carga de la Prueba en la Ley N° 20.009

La carga de la prueba en materia civil se rige por lo dispuesto en el artículo 1698 del CC que indica en su inciso primero que “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”. Además, cabe mencionar el artículo 1547 del CC que señala que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo...*”.

En materia infraccional, el artículo 50 letra H de la LPDC indica que el tribunal tendrá la facultad de distribuir la carga de la prueba de acuerdo a la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte presente en el conflicto.

La naturaleza de la norma estudiada en su artículo 5 inciso tercero entrega la carga de probar el dolo o culpa grave del usuario al proveedor de los servicios financieros, indicando que si el proveedor recopilara los antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, éste podrá ejercer ante el juzgado de policía local todas las acciones derivadas de la respectiva ley.

A este respecto, la jurisprudencia ha indicado que si el proveedor niega haber incurrido en algún error o falla en la provisión de sus servicios debe hacerse cargo de dicha aseveración, por lo que deberá probar en términos positivos esta situación, es decir, “*deberá acreditar el debido cuidado, la diligencia, la actuación de proveedor conforme a los términos estrictos del servicio ofrecido*¹⁰⁴”.

La jurisprudencia también se ha amparado en el deber de seguridad en la prestación de los servicios como se ha indicado previamente, señalando que es el proveedor quien debe tomar todas las medidas necesarias para impedir cualquier alteración en la normalidad de las prestaciones a los consumidores, lo que consecuentemente ocasionaría que fuera el

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago (2016), considerando 5°.

proveedor quien tuviera que acreditar la diligencia de haber tomado dichas medidas de seguridad correspondiéndole a éste el onus probandi respectivo¹⁰⁵.

2.7. Acción del proveedor de servicios financieros en contra del usuario o consumidor

La acción que puede desplegar el proveedor de servicios financieros en contra del usuario o titular del medio de pago se establece en el inciso sexto del artículo quinto de la Ley N° 20.009, indicando que el proveedor podrá en un plazo de 5 a 7 días dependiendo del monto reclamado por el usuario acreditar ante el tribunal competente la negligencia grave o dolo de éste, pudiendo liberarse así de responsabilidad de los hechos, sin perjuicio de la indemnización que correspondan en su caso.

Cabe señalar que el procedimiento indicado por los tribunales para perseguir esta responsabilidad es el procedimiento establecido en el Párrafo 1° del Título IV de la Ley N° 19.496, que corresponde a un procedimiento sumario, y el que tiene por objeto en este caso, *“perseguir la responsabilidad del usuario de los productos bancarios cuando ha actuado con culpa o dolo en el manejo de los mismos¹⁰⁶”*.

Además, en caso de acreditarse el dolo, puede originarse la acción penal correspondiente y regulada en el título tercero de la Ley N° 20.009, en los artículos 7, 8 y 9 respectivamente, pero para ello deberá probarse el dolo directo más allá de toda duda razonable, que es el estándar probatorio aplicable en sede penal.

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Santiago (2022), considerando 2°.

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso (2023), considerando 3°.

3. Acción de protección en el contexto de la Ley N° 20.009

En primer término cabe analizar brevemente el contexto histórico de la creación de la acción de protección para entender su aplicación en el caso de la Ley N° 20.009, y es que tuvo en sus orígenes primigenios el proteger la propiedad privada¹⁰⁷, pues uno de sus objetivos era poder establecer un mecanismo por el cual se pudiera dejar sin efecto un actuar de la Administración del Estado que afectaran entre otros, el derecho de propiedad.

Se ha recurrido a dicha acción debido a su rapidez y efectividad pues supone una respuesta inmediata para el consumidor afectado, situación de la que bien se debieran hacer cargo los tribunales de justicia comunes¹⁰⁸, pues podríamos aventurarnos a señalar que dicho recurso ha significado un mero suplente de la justicia civil.

En cuanto al ámbito jurisprudencial, una de las tendencias de los tribunales superiores ha sido acoger esta acción que se encuentra fundamentada en la vulneración al derecho de propiedad indicado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Resulta interesante indicar a este respecto que se ha señalado que el sujeto pasivo del delito es el banco en lugar del cliente, de modo tal el proveedor financiero es quien no habría tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar estos ilícitos. Es más, se indica por los tribunales que el banco debiera contar con un sistema de seguridad que le permita identificar ciertos comportamientos irregulares de sus usuarios pues estos deben otorgar un piso mínimo de seguridad en los servicios que prestan. Se ha indicado que al no asumir el banco el perjuicio económico sufrido por el consumidor estaría actuando de forma arbitraria, afectando directamente el patrimonio de su cliente, vulnerando de esta forma la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución ya antes indicada¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Bordalí (2006), p. 208.

¹⁰⁸ Bordalí (2006), p. 221.

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Concepción (2022)

En relación al punto anterior, se ha advertido por la jurisprudencia que el banco tiene la obligación de restituir la misma cantidad de dinero que recibió aunque no se trate exactamente de la misma moneda o billetes, pues la naturaleza misma del depósito irregular consiste en el depósito de cosas fungibles, cuya propiedad es adquirida en estos casos por el banco, por lo que se trata de una obligación que se cumple en género y no en especie. En virtud de lo anterior, como el banco adquiere la propiedad del dinero que constituye a todas luces un bien de naturaleza fungible, sin que se pueda acreditar la exacta identidad de las especies que fueron objeto del fraude, se determinó que en este caso el único afectado por el ilícito habría sido el banco, es decir, el recurrido. En base a ello, dicho banco quien debió hacerse cargo de la custodia material de los bienes, tomando a su vez, todas las precauciones para resguardar debidamente el dinero que le fue confiado por el titular del medio de pago¹¹⁰.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha indicado que en virtud de la naturaleza del depósito irregular este contrato recae en una suma de dinero que no se encuentra destinada a mantenerse en arca cerrada, presumiéndose que existe un permiso de utilización para poder utilizarlo por parte de la entidad financiera respectiva, debiendo esta última restituir un monto equivalente al dinero depositado por el titular del medio de pago, de manera que, surge aquí un título traslativo de dominio respecto del dinero entregado por el depositante, por lo que la obligación esencial del banco consiste en su debida restitución¹¹¹.

La jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha optado por rechazar este recurso por motivos de competencia, indicando que ésta le corresponde a los juzgados de policía local. Otros motivos han sido por ejemplo, que se encuentre pendiente la acción interpuesta por el emisor de la tarjeta dispuesta en el artículo 5 inciso tercero de la Ley N° 20.009, no existiendo por tanto, acto arbitrario o ilegal que afecte en forma alguna las garantías protegidas por dicho recurso¹¹².

¹¹⁰ Corte Suprema (2019)

¹¹¹ Corte Suprema (2021), considerando 7°.

¹¹² Corte de Apelaciones de Concepción (2021)

Es así como en la causa caratulada Nemeth con Banco Santander, la Corte de Apelaciones indicó que se encontraba impedida de resolver el conflicto, el que correspondería al juzgado de policía local competente¹¹³.

Respecto al eventual concurso de acciones constitucionales y acciones civiles en el caso de fraudes bancarios, la jurisprudencia ha indicado que no se excluyen mutuamente, señalando que la acción de protección constitucional bien puede resultar procedente, sin perjuicio de los otros derechos que el afectado pueda ejercer ante la autoridad o tribunal correspondiente, pues esta acción es de naturaleza cautelar y procederá toda vez que los mismos hechos infrinjan una garantía constitucional, y a su vez ocasione un incumplimiento contractual, inclusive el ilícito penal que pueda producirse¹¹⁴.

En suma y a modo de síntesis del presente capítulo se puede concluir lo siguiente:

1. Cabe diferenciar la responsabilidad infraccional de la responsabilidad civil de los proveedores financieros cuyas acciones pueden ser interpuestas por el actor de forma conjunta, y a su vez son resueltas de esta manera, sin perjuicio de que son acciones que pueden interponerse de forma separada, no debiendo supeditarse necesariamente la acción civil indemnizatoria a la infraccional.
2. En materia de responsabilidad civil el estándar de responsabilidad aplicable al proveedor financiero es el de la culpa infraccional.
3. En materia de estándar de imputabilidad del consumidor o usuario, se hace necesaria incorporar la distinción entre culpa grave y dolo. A este respecto, en la mayor cantidad de casos estudiados se ha establecido que el usuario o consumidor actuó con culpa grave facilitando la comisión del ilícito. A este último respecto debe tenerse presente que se han ido gestando y perfeccionando distintos mecanismos tecnológicos que posibilitan la comisión del fraude por parte de terceros ajenos al usuario, lo que ha traído como consecuencia que los proveedores financieros deban implementar

¹¹³ Corte de Apelaciones de Concepción (2021), considerando 4º.

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia (2020), considerando 4º.

mejores mecanismos de seguridad que se adapten a las nuevas plataformas y tecnologías a través de las que prestan sus servicios a los consumidores.

Capítulo III: Los Casos de España y Colombia

En el presente capítulo, se estudiarán casos de fraude bancario y responsabilidad de los proveedores financieros desde la perspectiva de la legislación extranjera, específicamente los casos de España y Colombia.

En primer término, se ha escogido a España como uno de los países cuya legislación interesa a esta investigación, pues se considera de vital importancia saber cómo es que un país europeo ha resuelto el tema de la responsabilidad del fraude en su propio territorio con una regulación específica en la materia, al igual que el caso chileno.

En segundo término, se escogió el caso de Colombia pues fue uno de los países latinoamericanos que presentó uno de los mayores crecimientos en materia de comercio electrónico a partir del 2019, y además no cuenta con una regulación específica del tema, por lo que resultará fructífero estudiar cómo ha abordado los conflictos relativos a la responsabilidad de los proveedores financieros respecto del fraude en los medios de pago.

La normativa de estos países en la materia de estudio será tratada través de jurisprudencia que se abordará en el presente capítulo.

1. Caso de España

La normativa española ha debido adaptarse a las distintas directivas emanadas de la Unión Europea (en adelante UE), las que han cimentado el piso respecto del cual todos los países integrantes de ésta deben cumplir.

La última Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo de 20 de marzo de 2001, fue la última directiva de importancia en la materia, y fue acordada en Bruselas, y tuvo por objeto establecer un piso mínimo sobre el cual los países miembros de la UE procedieran a regular lo relativo al fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo, pues estos además de atentar contra la seguridad de las personas podrían constituir una fuente de ingresos para la delincuencia

organizada permitiendo el financiamiento de otras actividades delictivas, como el tráfico de drogas o el terrorismo.

Sin perjuicio de que la materia que busca regular esta directiva se enfoca en derecho penal, su importancia radica en que se indica que los estados miembros deberán prestar asistencia y apoyo a las víctimas que hayan sufrido algún perjuicio producto del fraude o del uso indebido de sus datos personales. También se ordena a los estados miembro, tomar medidas preventivas para reducir la cantidad de fraudes que pudieran producirse, llevando a cabo campañas de información y programas de educación a objeto de informar de mejor manera a la población sobre los riesgos de los fraudes y falsificación de medios de pago distintos al efectivo¹¹⁵.

En la legislación española, la responsabilidad de los bancos respecto de los delitos asociados a fraudes bancarios se regula mediante la responsabilidad civil de dichas instituciones.

El cuerpo normativo que regula la responsabilidad bancaria en estos casos es el Real Decreto-Ley 19/2018 del 25 de noviembre de 2018, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante e indistintamente Real Decreto). Este cuerpo legal tiene como fin entregar una mejor seguridad para el usuario contra los posibles fraudes que pudieran cometerse por el uso indebido de los medios de pago.

1.1. Análisis del Real Decreto Ley 19/2018 de 25 de noviembre de 2018

En este apartado se analizarán las principales normas que intervienen en la determinación de responsabilidad del proveedor financiero y el usuario en el derecho español.

El artículo 41 del Real Decreto establece en la letra b) el deber del usuario de dar aviso inmediato al proveedor, en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago respectivo, norma que es similar al artículo 2 de la Ley N° 20.009, en el

¹¹⁵Parlamento Europeo y Consejo Europeo (2019).

sentido de que esta norma también establece que el usuario podrá limitar su responsabilidad dando aviso oportuno al emisor, en caso de extravío, hurto, robo o fraude del medio de pago.

Es necesario observar que en la legislación chilena el aviso oportuno al proveedor financiero es tratado como una facultad, mas no como una obligación, a diferencia de la legislación española.

El artículo 42 del Real Decreto establece un catálogo de obligaciones para el proveedor financiero, entre las que destacan las medidas de seguridad que éste debe tomar a objeto de permitir el adecuado uso de los servicios por parte de los usuarios.

Respecto del artículo 44, cabe indicar que si el usuario niega haber autorizado alguna operación de pago, es el proveedor financiero quien debe demostrar que efectivamente la operación fue autenticada, registrada y contabilizada debidamente, sin que haya existido alguna deficiencia en el sistema. En el numeral tercero de esta norma, se indica que el proveedor deberá probar en su caso la negligencia grave o la comisión de fraude por parte del usuario, norma que es similar a la dispuesta en el inciso tercero del artículo 5 de la Ley N° 20.009.

En el artículo 45 se regula la responsabilidad del proveedor de los servicios financieros, estableciéndose que éste deberá devolver de forma inmediata el monto defraudado, salvo que sospeche de la existencia de fraude, caso en el que deberá dar aviso inmediato al Banco de España.

Sucesivamente en el artículo 46 se regula la responsabilidad del ordenante o usuario del medio de pago, indicándose que este podrá quedar obligado a soportar las pérdidas de operaciones de pago no autorizadas hasta por 50 euros, salvo que no le sea posible detectar la operación fraudulenta, o bien el ilícito se hubiera producido por acción o inacción de un dependiente, sucursal o entidad vinculada al proveedor de los servicios financieros.

Cabe señalar que según se verá en la jurisprudencia a analizar, el régimen de responsabilidad aplicable a las entidades bancarias, o bien como las denomina la jurisprudencia española entidades proveedoras del servicio de pago, es el régimen de responsabilidad cuasi objetiva. Este régimen de responsabilidad civil solo cesa cuando el ordenante, o usuario ha actuado de forma fraudulenta o ha incumplido deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones indicadas en el artículo 41 del Real Decreto, debiendo el proveedor acreditar que el suceso se produjo por la actuación dolosa o gravemente negligente de su cliente o usuario de los medios de pago¹¹⁶.

Como alternativa a la vía judicial, los clientes pueden ingresar un reclamo ante los proveedores del servicio, o bien recurrir a mediación o arbitraje, de acuerdo con lo indicado en los artículos 69 y 70 del Real Decreto en estudio.

1.2. Criterios jurisprudenciales del fraude de medios de pago en la legislación española

En el primer caso de estudio en el que la cliente fue víctima de fraude, un tercero tuvo acceso a la tarjeta SIM de su celular accediendo a sus datos personales y bancarios, sin que el banco hubiese desplegado las medidas de seguridad oportunas y necesarias, por lo que sufrió la pérdida de alrededor de €10.900.- euros, respecto de los cuáles se ordenó su restitución por parte del Tribunal respectivo.

Cabe señalar que el artículo 45 de la norma citada¹¹⁷, indica que el proveedor (o el gestor de cuentas en su caso) debe devolver el importe del pago de la operación no autorizada de forma inmediata. A este respecto, la jurisprudencia ha enfatizado en esta idea indicando que una

¹¹⁶ Audiencia Provincial (2022a), considerando 3º.

¹¹⁷ Artículo 45. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas. Sin perjuicio del artículo 43 de este real decreto-ley, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, salvo cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España, en la forma y con el contenido y plazos que éste determine. En su caso, el proveedor de servicios de pago del ordenante restituirá la cuenta de pago en la cual se haya efectuado el adeudo al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada.

vez detectado el fraude bancario debe reintegrarse de inmediato el monto de la operación que haya sido objeto del fraude¹¹⁸.

Uno de los aspectos sustanciales de este caso en particular, es la figura de la responsabilidad civil que es atribuida a la entidad financiera, que en el caso mencionado no pudo acreditar la negligencia de su cliente, por lo que se le imputó responsabilidad cuasi objetiva, la que se indica se desprende del artículo 46 del Real Decreto Ley.

La jurisprudencia española denomina a la responsabilidad cuasi objetiva como aquella responsabilidad de carácter objetivo, pero considerando causales de exoneración de responsabilidad como lo son la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor¹¹⁹. En este caso en concreto, la entidad financiera para poder liberarse de responsabilidad debió acreditar la culpa grave del usuario respecto de la orden de pago fraudulenta¹²⁰.

También, se puede determinar la existencia de la inversión de la carga de la prueba, pues si el titular de la tarjeta o medio de pago niega que autorizó la transacción bancaria, se presume la falta de autorización en dicha operación. La inversión de la carga de la prueba en este caso se produce debido a que es el proveedor de los servicios financieros quien debe probar que el titular de la tarjeta obró con fraude o negligencia grave durante el proceso de la operación de pago¹²¹.

A mayor abundamiento sobre la inversión de la carga de la prueba que se encuentra establecida en el artículo 44 N° 3 del Real Decreto Ley 19/2018, se ha indicado por la jurisprudencia que el nivel de la diligencia exigible a la entidad financiera es la del profesional, esto sumado al hecho de que dichas entidades son consideradas como beneficiarias y a su vez generadoras del riesgo de los mecanismos de seguridad que éstas implementan en las operaciones de pago dispuestas para el ejercicio de las operaciones

¹¹⁸ Audiencia Provincial (2023a), considerando 3°.

¹¹⁹ Blasco (2007), página 10.

¹²⁰ Audiencia Provincial (2023a), considerando 3°.

¹²¹ Audiencia Provincial (2023b)

bancarias correspondientes¹²², esto, sin perjuicio de que el usuario afectado por el fraude bancario deba probar el hecho constitutivo de su reclamación.

Respecto de este último punto referente al hecho constitutivo de la demanda del usuario, los tribunales españoles han indicado que si dicho usuario o reclamante no ha podido probar cómo es que sus claves de acceso llegaron a manos de terceros, se configuraría la indefensión de la entidad bancaria, al no poder ésta saber cómo es que se produjo el supuesto fraude¹²³, pues el usuario no habría cumplido con las obligaciones dispuestas en el artículo 41¹²⁴ del Real Decreto Ley 19/2018, norma que establece obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago y credenciales de seguridad personalizadas.

Con relación a la responsabilidad del usuario, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 46 del Real Decreto Ley, que indica que el usuario deberá soportar todas las pérdidas derivadas de la operación no autorizada si es que ha incurrido en dichas pérdidas por haber actuado de forma fraudulenta o por haber incumplido deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones dispuestas en el artículo 41 ya citado¹²⁵.

En otro caso, se consideró como negligencia grave de la clienta que entregara sus datos bancarios a un desconocido que la llamó a su teléfono solicitándolos. También han sido consideradas conductas negligentes el contestar correos electrónicos entregando datos personales o bien descargando aplicaciones de dudosa procedencia. Cabe señalar de forma preliminar que el actuar negligente o con la falta de diligencia o cuidado debida por parte del usuario, es establecida por el tribunal siempre que la operación de pago fraudulenta no haya

¹²² Audiencia Provincial (2023c), considerando 2°.

¹²³ Audiencia Provincial (2023d), considerando 3°.

¹²⁴ Artículo 41. Obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago y las credenciales de seguridad personalizadas.

El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago:

a) utilizará el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y utilización del instrumento de pago que deberán ser objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y, en particular, en cuanto reciba un instrumento de pago, tomará todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas.

b) en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada, lo notificará al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello.

¹²⁵ Audiencia provincial (2022b), considerando 4°.

podido efectuarse sin tener acceso previo al aparato electrónico de dicho usuario, ya sea un computador o celular u otro similar, y siempre que este usuario no haya indicado o podido demostrar cómo es que el o los terceros que efectuaron el fraude tuvieron acceso a dicho aparato. Los tribunales españoles, indican que estas situaciones escaparían al campo de acción del banco, pues es el usuario el que incrementaría el riesgo de fraude al instalar aplicaciones sospechosas en sus aparatos electrónicos¹²⁶, por lo que se configura en este caso la falta de cuidado del usuario, atribuyéndole la responsabilidad en los hechos fraudulentos, liberándose el proveedor de la responsabilidad en el hecho.

Otro punto relevante que ha sido tratado por la jurisprudencia española, es el consentimiento del usuario o titular de los medios de pago utilizados en el fraude, pues se ha indicado por estos tribunales que la orden de pago es una declaración de voluntad, y por tanto es el proveedor de los servicios financieros quien debe entregar las medidas necesarias para asegurar que el usuario que proporciona la autorización en una transacción bancaria es efectivamente el titular o usuario del medio de pago respectivo¹²⁷, pues dicha autorización, en la mayor parte de los casos electrónica, ha sido así pactada en el contrato de adhesión que firmó el usuario, por tanto, considerando el deber de profesionalidad del proveedor debe entregar mecanismos de autenticación y de seguridad que se encuentren a la medida de los servicios que presta a sus clientes.

Respecto a este punto, la jurisprudencia española ha indicado que al ser la operación de pago parte de las obligaciones contractuales que deben ejecutar las entidades bancarias, dicha operación o transferencia constituiría una declaración de voluntad o un mandato, en conformidad al artículo 254 del Código de Comercio español¹²⁸, por lo que el banco efectuaría estas operaciones en nombre del cliente. En relación con lo planteado y a los diversos avances tecnológicos en materia bancaria, es que el consentimiento puede ser pactado a través de forma electrónico, como se indicó previamente. El punto es que este consentimiento implica que existe un acuerdo previo, generalmente un contrato de adhesión,

¹²⁶ Audiencia provincial (2023d), considerando 2º Nº1, pár. 2.

¹²⁷ Juzgado de Primera Instancia (2023a), considerando 4º.

¹²⁸ Artículo 254. El comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él.

en el que el usuario acepta las condiciones indicadas o propuestas por el banco. De acuerdo con este orden de cosas, es el proveedor de estos servicios quien debe ser capaz de entregar los mecanismos de seguridad suficientes para asegurar a sus clientes el adecuado uso de los servicios que entrega. Es así, que por regla general de producirse algún fraude en los medios de pago proporcionados por el proveedor financiero, es este último quien debe asumir los riesgos de estas operaciones, salvo que el usuario haya instaurado o incrementado el riesgo respecto de la operación fraudulenta cayendo su actuar en la negligencia.

En este entendido, cabe destacar que las medidas de seguridad que debe tomar el banco, no solo están dispuestas para proteger al usuario de estos medios de pago, sino que también están destinadas a exonerar a los proveedores financieros de sus responsabilidades respecto de las operaciones bancarias fraudulentas, de manera que si estos no prueban que cuentan con un adecuado mecanismo de seguridad a prueba de fraudes, o que este sistema funciona de forma correcta, o bien que cuenta con las medidas necesarias que permitan evitar el acceso de terceros no autorizados a sus plataformas, entonces serán estos proveedores quienes deben asumir el riesgo respectivo¹²⁹, y en consecuencia asumir la responsabilidad por los daños ocasionados al consumidor, pues al no tomar las medidas de seguridad adecuadas, dichos proveedores estarían creando el riesgo que afecta finalmente al usuario.

Adicionalmente se ha indicado que, si no consta el consentimiento del titular del medio de pago respecto de la operación fraudulenta, sumado a la falta de medidas de seguridad del proveedor se generaría la responsabilidad objetiva de este último, más específicamente por culpa in vigilando, en el entendido que hubo un funcionamiento incorrecto de los servicios prestados por el proveedor¹³⁰, específicamente de la falta del deber de vigilancia en la prestación de los servicios bancarios.

Otra arista por mencionar es que en el supuesto de que el proveedor financiero haya actuado en conformidad a las normas de transparencia y seguridad y usos de las prácticas usuales en materia financiera, no se excluiría su responsabilidad pues pese a ello, puede haberse

¹²⁹ Juzgado de Primera Instancia (2023b)

¹³⁰ Juzgado de Primera Instancia (2023b)

ejecutado cabo el fraude en perjuicio del usuario¹³¹ sin que a este se le haya acreditado la debida negligencia grave o actuar fraudulento.

Cabe mencionar que una de las figuras más usuales de fraude que se reitera en la jurisprudencia española es la figura del phishing, que fue descrita en los capítulos anteriores, y que tiene como característica suplantar la identidad de una entidad bancaria a objeto de lograr obtener las contraseñas de los usuarios de medios de pago electrónicos para lograr su cometido e ingresar de forma ilícita a sus cuentas bancarias.

Recapitulando, y de acuerdo con los criterios de los tribunales españoles extraídos a partir de la jurisprudencia estudiada, se puede concluir lo siguiente:

1. Los tribunales han indicado que el monto por el cual el usuario ha sido defraudado debe ser devuelto de forma inmediata por parte de la entidad financiera, siempre que no se le haya probado negligencia o fraude al usuario del medio de pago respectivo. A modo comparativo en el caso chileno Ley N° 20.009 estipula en el artículo 5, un plazo de 5 días contados desde la fecha del reclamo para devolver el monto total reclamado, en caso de que este fuera igual o inferior a 35 UF, plazo que puede ser ampliado a 7 días en caso de ser un monto superior al indicado.
2. Respecto a la inversión de carga de la prueba, la legislación española lo regula de una manera similar a la legislación chilena, toda vez que en ambos casos es el proveedor financiero, quien en base a su deber de profesionalidad, implementación de medidas de seguridad y a que es quien puede generar en mayor magnitud el riesgo creado, quien debe probar la existencia de negligencia o fraude del usuario, de forma tal de defenderse o eximirse de su responsabilidad en los hechos planteados respecto de la pretensión del usuario o consumidor.
3. Otro aspecto por considerar es el concepto de la responsabilidad cuasi objetiva que se imputa a los proveedores de servicios financieros, siendo en el caso chileno el sistema de responsabilidad por culpa y su estándar aplicable a los proveedores el de la culpa infraccional.

¹³¹ Audiencia Provincial (2023e), considerando 3°, N° 15.

4. Un último aspecto que considerar de la legislación española es que se establecen obligaciones para el usuario o consumidor de los servicios financieros, de manera que estos también tienen deberes expresos en cuanto a la utilización de los medios de pago en una norma que regula conjuntamente su responsabilidad con la del proveedor financiero, existiendo cierta armonía normativa lo que facilita la determinación de imputabilidad de responsabilidad originado por el fraude en los medios de pago.

2. Caso de Colombia

El marco jurídico colombiano no cuenta con una regulación específica en cuanto a responsabilidad de las instituciones bancarias por fraude, pero pese a ello, se han construido ciertos criterios que permitan atribuir responsabilidad a dichos proveedores a partir de normativa de carácter administrativa en sede de consumo que se estudiará en este capítulo.

2.1. Ley N° 1.328 de 2009 de derechos del consumidor financiero respecto de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, de mercado de valores y otras disposiciones

La norma que regula la responsabilidad del proveedor financiero en materia de fraude es la Ley N° 1.328 de 2009 de derechos del consumidor financiero respecto de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, de mercado de valores y otras disposiciones, entre otros cuerpos normativos

En primer término, en el artículo 7 letra r) se establece la obligación del proveedor financiero (o entidades vigiladas¹³²) de colaborar de forma diligente y oportuna con el Defensor del Consumidor Financiero y cualquier otra autoridad competente, respecto de la obtención de información y pruebas en los casos de fraude, hurto, y cualquier otra conducta que pueda ser constitutiva de un hecho punible derivada de la incorrecta utilización de una tarjeta, transacción electrónica, o cualquier otra modalidad de pago.

En el artículo 11 letra b) de esta norma se establece como cláusula abusiva en los contratos financieros la estipulación de la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero, lo que en conjunto con lo dispuesto en artículo 12 letra c) que indica que se considera como abusiva la inversión de la carga de la prueba específicamente en casos de fraude en contra del consumidor financiero, puede concluirse que el sistema jurídico colombiano atribuye la carga de la prueba al proveedor de los servicios financieros, liberando al consumidor de esta.

¹³² De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 1.328, las Entidades Vigiladas son aquellas que están sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La infracción a lo dispuesto a la Ley N° 1.328, podrá ser sancionada por la Superintendencia Financiera de Colombia con multas, entre otras sanciones estipuladas en el artículo 53 de la Ley N° 964 del 08 de julio del 2005.

2.2. Régimen de responsabilidad aplicable y criterios jurisprudenciales de la legislación colombiana en relación a la responsabilidad de los proveedores financieros

En cuanto al régimen de responsabilidad civil aplicable a los bancos e instituciones financieras en materia de fraude bancario, la jurisprudencia colombiana se ha inclinado por la atribución de un sistema de responsabilidad objetiva, en base a la normativa de su Código de Comercio y a lo establecido sobre la responsabilidad de los bancos en los pagos de cheques adulterados o falsos¹³³, no existiendo una regulación específica para el fraude electrónico en materia financiera propiamente tal. Este sistema de responsabilidad objetiva se encuentra basado en el riesgo creado, y en el deber profesional que surge para el banco en relación con la prestación de los servicios ofrecidos al consumidor financiero¹³⁴.

La imputabilidad de la responsabilidad objetiva respecto de los proveedores de servicios financieros surge a partir de la Sentencia Rol SC18164-2016, en la que se indicó que la responsabilidad civil nace debido al ejercicio propio del proveedor financiero y a la actividad especializada que le reporta un beneficio directo, y en base a ello, no se le exigiría al consumidor probar la culpa de dicho proveedor¹³⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, existe otra parte de la doctrina colombiana que se ha inclinado por señalar que el régimen de responsabilidad aplicable más adecuado sería el de la responsabilidad contractual basado en la culpa, y que se encuentra sustentado en el artículo 1604¹³⁶ del Código Civil Colombiano. Dicha posición no ha sido pacífica, por lo que el

¹³³ Hernández (2020), p. 12.

¹³⁴ Hernández (2020), p. 13.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia (2016), p. 29.

¹³⁶ Artículo 1604. Responsabilidad del deudor:

sistema de atribución de responsabilidad aplicable a los bancos a raíz de los fraudes ha fluctuado entre los sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva, sin que haya certeza acerca de qué régimen debe aplicarse en concreto¹³⁷.

De hecho, la doctrina colombiana ha reconocido que se hace necesario la implementación de un régimen de responsabilidad civil de carácter específico que permita equilibrar el deber de diligencia del banco, su deber profesional, y su obligación de entregar la debida protección al consumidor financiero¹³⁸. Dicho régimen ya ha sido esbozado en la jurisprudencia más reciente, indicándose que se fundamenta en la diligencia y profesionalismo de las relaciones contractuales entre el banco y el respectivo consumidor financiero¹³⁹.

Así lo ha indicado la doctrina colombiana cuando al referirse al fraude bancario señala que al proveedor financiero le corresponde probar que el titular de la respectiva cuenta tuvo responsabilidad en la defraudación acaecida, pues el banco es quien tendría la esfera de control respecto de los medios electrónicos e informáticos para efectuar un seguimiento a las operaciones realizadas a través de sus respectivas plataformas. El fallo en comentario además establece que la culpa debe probarla quien la alega¹⁴⁰. En virtud de lo anterior, es que la forma en la que el banco puede eximirse de responsabilidad es probando la culpa del consumidor financiero dando paso a la inversión de la carga de la prueba¹⁴¹, lo que es plenamente aceptado en la normativa del consumo colombiano.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

¹³⁷ Corredor y Ríos (2021), p. 92.

¹³⁸ Corredor y Ríos (2021), p. 92.

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia (2022), p. 9.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia (2016), pp. 54-55.

¹⁴¹ Corredor y Ríos (2021), p. 95.

Parte de la jurisprudencia colombiana que se ha inclinado por la responsabilidad objetiva del proveedor financiero, ha sustentado la aplicación de este régimen basándose en la teoría del riesgo creado, indicándose que quien genera un riesgo obteniendo utilidad a partir de este, debe indemnizar a los terceros que se vean afectados por las consecuencias de dicho riesgo¹⁴². De hecho, la jurisprudencia más reciente ha indicado que el hecho de que los servicios financieros sean prestados de forma electrónica podría incrementar este riesgo, lo que sirve de fundamento para sustentar esta teoría¹⁴³.

Retomando los puntos estudiados respecto de la jurisprudencia de este país, es posible concluir que los regímenes de responsabilidad aplicables a los bancos han variado, predominando el sistema de responsabilidad objetiva, conjuntamente a sistemas de presunción de culpa respecto de estos proveedores financiero. Sin perjuicio de lo anterior, y respecto de la carga de la prueba, queda en evidencia un conflicto en relación con la carga de los bancos de probar la responsabilidad del consumidor financiero, lo que podría resultar ser muy engorroso y difícil para estos proveedores, y que igualmente podría derivar en abusos por parte del consumidor, a quien se desea justamente proteger mediante la inversión de la carga de la prueba. Este punto resulta interesante compararlo con la legislación chilena, en la que se hace evidente cierto desequilibrio en perjuicio del proveedor financiero, pues tiene un plazo de solo 5 días desde el reclamo del consumidor para poder acreditar su responsabilidad en la materialización el fraude, plazo que podría resultar muy acotado, ocasionando un perjuicio a la entidad bancaria o que podría tener como consecuencia el agotamiento del proceso probatorio por sobre el resarcimiento de los daños a los consumidores¹⁴⁴, lo que se suma además a la dificultad de probar la existencia de culpa grave o dolo al consumidor financiero.

¹⁴² Rodríguez (2014), p. 296.

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia (2020), p. 18-19.

¹⁴⁴ Corredor y Ríos (2021), p. 92.

Conclusiones

A lo largo de la presente investigación se fueron estudiando diversos aspectos de la Ley N° 20.009. En el primer capítulo se estudió el origen de la Ley N° 21.234 que vino a modificar la norma en estudio. Además, se analizaron los principales elementos de la norma a objeto de facilitar su posterior comprensión en el marco de las acciones derivadas de este cuerpo legal.

En el segundo capítulo se estudiaron las acciones que podían derivarse de la infracción e incumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 20.009, además de estudiarse los requisitos de responsabilidad derivados de dicha ley.

Luego, en el tercer capítulo, se analizaron dos ordenamientos jurídicos extranjeros a objeto de conocer cómo es que estos han resuelto el conflicto de la atribución de responsabilidad de los proveedores de los servicios financieros. Se estudió en primer término el caso de España, país que cuenta con una regulación muy completa y específica respecto de la responsabilidad tanto del proveedor como del consumidor financiero. Luego se estudió el caso de Colombia, país que, si bien carece de una regulación específica respecto al tema de estudio, ha establecido ciertos parámetros de atribución de responsabilidad basados en la normativa de protección al consumidor y a la jurisprudencia emanada de los tribunales de dicho país.

A partir del estudio contenido en la presente investigación, se concluye lo siguiente:

1. En la actual Ley N° 20.009 impera el sistema de responsabilidad civil por culpa, el que es aplicable a los proveedores de servicios financieros, y que constituye la regla general en el ordenamiento jurídico chileno.
2. El estándar de imputabilidad exigible al proveedor financiero es el de la culpa infraccional, lo que deriva del deber de seguridad de la Ley N° 19.496 y de las obligaciones dispuestas en la Ley N° 20.009.
3. La Ley N° 20.009 dispone dos formas mediante las cuáles el proveedor financiero puede eximirse o limitar su responsabilidad siendo estas las siguientes: i) acreditando que la supuesta operación fraudulenta fue ejecutada con autorización del usuario y

registrada a su nombre; y ii) acreditando de acuerdo con el procedimiento estipulado en dicha norma, que el usuario actuó con negligencia grave o dolo respecto de la operación fraudulenta.

4. En conformidad a la historia de la Ley N° 21.234 a objeto de facilitar la acreditación de la responsabilidad del consumidor, la doctrina suele equiparar el dolo a la culpa grave. Pero para efectos de la aplicación de la Ley N° 20.009, se propone instaurar una delimitación de estos estándares de imputabilidad, pues debido al avance tecnológico y al perfeccionamiento de los mecanismos de comisión de fraude en los medios de pago electrónicos, aún el usuario más diligente podría ser víctima de una simulación o estafa que derive en el fraude bancario, sin que este hubiese ejercido necesariamente un actuar doloso en la seguridad de sus medios de pago. En concreto, se propone incorporar un catálogo de conductas que pudieran ser constitutivas de dolo, pero las que no necesariamente implicarán la existencia de culpa grave en el actuar del consumidor.
5. Si bien el consumidor puede entablar la acción de protección a objeto de perseguir la restitución de los valores que le fueron extraídos a consecuencia del fraude, corre el riesgo de que el tribunal no la considere admisible, siendo la acción infraccional de la Ley N° 19.496 la más idónea para perseguir la responsabilidad del proveedor financiero, en conjunto con la acción civil indemnizatoria derivada de la Ley N° 20.009, acción que será conocida en conjunto a la acción infraccional en un procedimiento más concentrado y expedito que el procedimiento civil ordinario.
6. En cuanto a la naturaleza de la Ley N° 20.009, si bien esta tiene por objeto limitar la responsabilidad del usuario o consumidor, es determinante para generar criterios de responsabilidad de los proveedores financieros. Esto sumado al estudio del sistema normativo español que regula en un mismo cuerpo legal tanto la responsabilidad del consumidor y del proveedor financiero, es posible concluir que podría resultar conveniente implementar una norma similar a la española, pues esto generaría mayor armonía en la determinación de responsabilidades cuya fuente fuera el extravío, hurto, robo, que deriven en el fraude de los medios de pago físicos o electrónicos.
7. En cuanto a la legislación colombiana, puede concluirse que si bien dicho país en su legislación no cuenta con un cuerpo legal sistematizado y específico para la atribución

de responsabilidad del proveedor financiero, a partir de la jurisprudencia y normativa del consumo se han creado ciertos parámetros estrictos para este proveedor que le exigen un estándar de diligencia elevado derivado de i) la habitualidad de la actividad desempeñada; ii) el profesionalismo esperado de una entidad bancaria; iii) sumado al provecho del riesgo creado que puede obtener este proveedor. En dicho país han coexistiendo 2 regímenes de responsabilidad respecto de los proveedores financieros: el sistema de responsabilidad de culpa presunta y el de responsabilidad objetiva, no habiéndose determinado aún un sistema único de responsabilidad para este ordenamiento jurídico en particular.

8. Se concluye que, si bien de la Ley N° 20.009 deriva una acción de carácter civil, esta se encuentra íntimamente ligada a la responsabilidad infraccional, lo que se sustenta en lo siguiente:
 - I. Del análisis de la jurisprudencia efectuado, es posible indicar que el deber de seguridad propio de la Ley N° 19.496 ha sido uno de los factores fundamentales para determinar la imputabilidad de responsabilidad de los proveedores financieros.
 - II. Además, se puede concluir lo anterior por el hecho de la terminología incorporada en la norma, pues esta se refiere al emisor del medio de pago como “prestador del servicio financiero” lo que se equipara al término “proveedor” dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 de la LPDC.
 - III. Un tercer argumento que ampara esta posición se da en el hecho de que al consumidor le resulta conveniente interponer la querrela infraccional respectiva derivada de la vulneración a las normas dispuestas en la LPDC juntamente con la acción civil indemnizatoria derivada de la contravención a lo dispuesto en la Ley N° 20.009.
 - IV. El estándar de imputabilidad de responsabilidad aplicable al proveedor financiero en sede civil tiene su origen en sede infraccional, siendo dicho estándar el de culpa infraccional propiamente tal.

Bibliografía

1. Arancibia Obrador, M. (2018). *Tarjetas de Crédito, Responsabilidad de los Bancos*. DER Ediciones.
2. Bahamondes, C. y Pizarro, C. (2012). La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad. *Revista de Derecho*, (39), 39-52. Valparaíso.
3. Banfi del Rio, C. (2000). Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual en Chile, *Revista chilena de Derecho*, 27, 291.
4. Barcia, R. (2007). La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del derecho de los contratos: segunda parte. *Ius et Praxis*, 13(1), 29-44.
5. Baraona González, J. (2019). Concepto, autonomía y principios del Derecho de Consumo, 1-24. Mendoza, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*. DER Ediciones.
6. Baraona González, J. (2014). 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*, 41(2), 381-408.
7. Barrena, C. y Munita, R. (2022). Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil: Un esbozo. *Actualidad Jurídica*, 46. Universidad del Desarrollo.
8. Barrena, C. y Munita, R. (2020). Responsabilidad civil de los bancos por fraudes a la luz de la ley de protección de los consumidores. *Actualidad jurídica*, 42, 73-106. Universidad del Desarrollo.

9. Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
10. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018). Historia de la Ley N° 20.009 que limita responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. Documento generado el 08 de mayo del 2018. Documento en formato PDF. [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5611/HLD_5611_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf]
11. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2020). Historia de la Ley N° 21.234 que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude. Documento generado el 03 de junio del 2020. Documento en formato PDF. [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7752/HLD_7752_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf]
12. Bordalí Salamanca, A. (2006). El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho*, 19(2), 205-228. Valdivia.
13. Blasco Gascó, F. (2007). *Los supuestos de la responsabilidad objetiva: Tema N° 69*. Editorial Tirant Lo Blanch. Universitat de Valencia. Departament de Dret Civi. [Link de acceso: <https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema69.pdf>].
14. Bustos Díaz A., y Azofeifa Castro, F. (2022). *Contratos y Procedimientos Bancarios*. Editorial Tirant lo Blanch. Santiago.
15. Cárdenas, E. R. (2020). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Editorial Tirant lo Blanch. Bogotá D.C.

16. Carrillo, R. (2020). Sobre los desafíos al regular la actividad bancaria y el nuevo marco normativo para los bancos en Chile. *Latin American Legal Studies*, 6, 75-96.
17. Corredor Higuera, J. y Ríos Moreno, D. (2021). Análisis histórico de la responsabilidad civil de la actividad bancaria y su impacto en Colombia. *Prolegómenos*, 24(47), 79-98.
18. Fuenzalida Robledo, E. (2018). El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho*, 25(1), 121-152. Coquimbo.
19. Gatica Rodríguez, M. y Hernández Paulsen, G. (2019). Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso. *Revista de Estudios de la Justicia*, 31, 17-43.
20. González Castillo, J. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites. *Revista chilena de Derecho*, 38(1), 89-100.
21. González, Cazorla, F. (director) (2022). *Fraudes Bancarios. Boletín de jurisprudencia de Derecho del Consumidor*. Volumen N°1. Editorial Hammurabi. Santiago.
22. Hernández Botero, J. (2020). *La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos* [Tesis de magíster, Universidad Pontificia Bolivariana, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas]
23. Hernández, H. (2008). Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves. *Política Criminal*, 3(5).
24. Huerta De Soto, J. (2016). *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. Unión Editorial, sexta edición. Madrid.

25. Isler Soto, Erika E. (2015). Las normas que dan origen a la responsabilidad civil ya la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496. *Revista chilena de Derecho y ciencia política*, 6(2), 63-92.
26. Isler Soto, E. (2016). Uso malicioso de tarjetas de crédito (Corte de Apelaciones de Santiago). *Revista de Derecho*, 29(2), 335-340. Valdivia.
27. Isler Soto, E. (1-3 de octubre de 2015). *El uso de una tarjeta de crédito por parte de un tercero sin el consentimiento de su titular en el Ordenamiento Jurídico Chileno*. [Resumen de presentación en conferencia] Comisión N°8: Consumidor. "Protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, Argentina.
28. Lazcano Maturana, M. y Toro Cáceres, J. (2019). Estudio cuantitativo de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por infracciones a los derechos de los consumidores. *Revista de Derecho*, 87(245), 99-131. Concepción.
29. Oxman, N. (2013). Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del "phishing" y el "pharming". *Revista de Derecho*, (41), 211-262. Valparaíso.
30. Rodríguez Diez, J. (2019). Depósito irregular y restitución de fondos sustraídos en fraude bancario: Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol N° 29.635-2018. *Revista chilena de Derecho privado*, 33, 193-204.
31. Rodríguez Zarate, A. (2014). Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Vniversitas*, 128, 285-314.
32. Sandoval López, R. (2010). *Derecho Comercial*. Tomo III. Volumen 1 y 2. Editorial Jurídica de Chile.

33. Sandoval López, R. (2021). *Derecho Comercial*. Tomo XIII: Derecho Bancario, Público, Derecho Bancario Privado, Banca Electrónica y Derecho Comparado. Editorial Jurídica de Chile.
34. San Martín, Neira, L. (2018). *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. DER Ediciones.
35. Patiño, H. (2011). Causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual: ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista Derecho Privado*, 20, 371-398.
36. Ponce Márquez, M. (2021). Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud. *Revista chilena de Derecho*, 48(1), 257-278.
37. Lafuente Sánchez, R. (2005). *Los servicios financieros bancarios electrónicos*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
38. López Jiménez, D. (2016). La autorregulación del comercio electrónico en Chile. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, 174-208.
39. Mayer Lux, L. y Oliver Calderón, G. (2020). El delito de fraude informático: Concepto y delimitación. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 9(1), 151-184.
40. Mendoza Alonzo, P. (2019). *Introducción al estatuto de la responsabilidad del proveedor*. Mendoza, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*. DER Ediciones.
41. Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho civil: De las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.

42. Momberg Uribe, R. (2021). Régimen de multas y ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los consumidores. *Revista de Derecho*, 28. Coquimbo.
43. Navarro, F. (2020). *Análisis comparativo del phishing y responsabilidad civil de los bancos, previa y posterior a la entrada en vigencia de la Ley 21.234* [Tesis doctoral, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho].
44. Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de derecho*, (31), 255-265. Valparaíso.
45. Ulloa Valenzuela, P. (2014). El deber de la seguridad de la Ley N° 19.496 en la jurisprudencia. Academia de Derecho y Consumo, Fundación Fernando Fueyo. Santiago, Chile. [<https://derechoyconsumo.udp.cl/2016/10/El-deber-de-seguridad-de-la-LPDC-en-la-jurisprudencia-Pablo-Ulloa.pdf>]

Jurisprudencia nacional

1. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 132-2021. “Arriaza con Banco Scotiabank Chile”; 13 de diciembre del 2021.
2. : Corte Suprema, Sala Tercera Constitucional, Rol N°131079-2020. “Ayala con Banco Scotiabank Chile”; 04 de enero del 2021.
3. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Rol N° 14-2021. “Banco de Crédito e Inversiones con Vogt”; 30 de abril del 2021.
4. . Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 110-2022. “Banco Santander con Fernandez”; 03 de enero del 2023.
5. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 783-2020. “Banco de Chile Con Arueste”; 22 de noviembre de 2022.
6. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 783-2020. “Banco de Chile con Arueste”; 22 de noviembre de 2022.
7. Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 1526-2020. “Borquez con Banco del Estado De Chile”; 18 de junio de 2020.
8. : Corte Suprema. Rol N° 29.635-2018. “Comercial Agrícola e Industrial Novapro con Banco de Chile”; 13 de marzo del 2019.
9. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 13407-2021. “Fernandez con Banco Estado”; 13 de enero del 2022.
10. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 251-2021. “Nemeth con Banco Santander”; 26 de febrero de 2021.
11. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 49-2021. “Rojas con Banco de Chile”; 29 de diciembre de 2021.
12. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°6631-2015. “SERNAC con CMR Falabella”; 30 de marzo de 2016.
13. 27° Juzgado Civil de Santiago. Rol N°2126-2023. “SERNAC con Banco del Estado de Chile”. *Demanda colectiva interpuesta el 09 de febrero del 2023*. [Estado procesal de la causa: demanda notificada el 12 de mayo del 2023].

14. 2º Juzgado de Policía Local de Curicó. Rol N° 3627-18. “Villagrán con Banco de Chile”; 21 de diciembre de 2018 [Denuncia infraccional a la Ley 19.496].

Normativa y jurisprudencia internacional

Legislación Española

1. Directiva (UE) 2019/713 [Parlamento Europeo y Consejo Europeo]. Directiva sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo de 20 de marzo de 2001. 17 de abril de 2019.
2. Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. Boletín Oficial del Estado, Jefatura del Estado. Sábado 24 de noviembre del 2018. 95 páginas.

Legislación Colombiana

1. Ley 1328 de 2009. Ley por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, Congreso de Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública. Julio del 2015. 27 páginas.

Jurisprudencia Española

1. Audiencia Provincial (2022a). Sentencia N° 996/2022, *Recurso de Apelación, Juicio Ordinario*. 17 de noviembre de 2022. Zaragoza.
2. Audiencia Provincial (2022b). Sentencia N° 391/2022, *Recurso de Apelación*. 17 de noviembre del 2022. Madrid.
3. Audiencia Provincial (2022c) Sentencia N° 284/2022, *Recurso de Apelación*. 22 de noviembre del 2022. Segovia.
4. Audiencia Provincial (2023a). Sentencia N° 24/2023, *Recurso de Apelación*. 13 de enero de 2023. Madrid.
5. Audiencia Provincial (2023e). Sentencia N° 18/2023, *Recurso de Apelación*. 16 de enero de 2023. Murcia.
6. Audiencia Provincial (2023d). Sentencia N° 47/2023, *Recurso de Apelación*. 26 de enero de 2023. Madrid.

7. Juzgado de Primera Instancia (2023b). Sentencia N° 59/2023, *Juicio Verbal*. 06 de febrero de 2023. Pamplona/Iruña.
8. Audiencia Provincial (2023b). Sentencia N° 81/2023, *Recurso de Apelación*. 21 de febrero del 2023. Madrid.
9. Juzgado de Primera Instancia (2023a). Sentencia N° 172/2023, *Juicio Verbal*. 03 de abril de 2023. Pamplona/Iruña.
10. Audiencia Provincial (2023c). Sentencia N° 127/2023, *Recurso de Apelación*. 10 de abril de 2023. Girona.

Jurisprudencia Colombiana

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Rol N° SC18614-2016, de 19 de diciembre de 2016, Bogotá D.C.
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Rol N° SC5176-2020, de 18 de diciembre de 2020. Bogotá D.C.
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Rol N° STC12199-2022, de 14 de septiembre de 2022. Bogotá D.C.