

Uso malicioso de tarjetas de crédito (Corte de Apelaciones de Santiago)

*Comentario de Erika Isler Soto**

Texto de la sentencia¹.

Santiago, dos de julio de dos mil quince.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con exclusión de sus fundamentos 2), 12), 15), 17), 18) 19) y 20) a 29), ambos inclusive, todos los cuales son eliminados.

Y se tiene además presente:

Primero: En lo que concierne a la titularidad de la acción por parte de SERNAC, cabe señalar que el artículo 58, letra g) de la Ley 19.496 asigna a dicho órgano la misión de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores. Así, está facultado para hacerse parte en aquellas causas que “comprometan los intereses de los consumidores”, precisándose más adelante en dicha norma que el deber legal de que se trata “incluye la atribución de denunciar los posibles incumplimientos”; Segundo: 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 causa; Tercero: En la denuncia de fojas 23 se imputa a Promotora CMR Falabella S.A. la infracción a sus deberes de seguridad y cuidado en el uso y manejo de las tarjetas de crédito que entrega a sus clientes, con motivo de la verificación de cuatro operaciones relacionadas con una tarjeta de crédito “CMR”, efectuadas el día 21 de marzo de 2012. En concreto, se reprocha que no se haya verificado la identidad de la titular de la tarjeta al momento de cursarse dichas operaciones, porque los vouchers respectivos permitirían acreditar que la firma impresa en ellos “es notablemente disconforme con la firma impresa en la

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: erikaisler@yahoo.es

¹ *Sernac con Promotora CMR Falabella S.A.* (2015): C. Ap. Santiago, Ing. 177-2015, 02.07.2015, CL/JUR/4016/2015; 97659.

cédula de identidad”, añadiéndose que el día 24 de marzo de 2012 la consumidora se dio cuenta que no tenía su cédula de identidad ni su tarjeta de crédito Falabella y que se encontraba en su lugar de trabajo al tiempo de realizarse las operaciones cuestionadas. Por su lado, la denunciada se limitó a expresar que la materia está regulada por la Ley 20.009 y que, de acuerdo con esa normativa, la titular o beneficiaria de la tarjeta debe dar aviso oportuno del hurto o extravío de la misma, de manera que si no existe ese aviso el emisor no es responsable del mal uso o del uso fraudulento de la misma; Cuarto: Para sustentar sus planteamientos la denunciante acompañó copias de los vouchers que dan cuenta de las operaciones tachadas de irregulares, copia de un registro de asistencia del día 21 de marzo de 2012, copia de un certificado emitido por el Banco Security y una copia de la cédula de identidad de doña Tabatha Vilches Hernández. De estos antecedentes cabe referir lo que se indica:

1. Los vouchers acreditan las siguientes operaciones de compra o de crédito de consumo, todas del día 21 de marzo de 2012: a) por \$500.000, efectuada en un local de SODIMAC S.A. de Av. Américo Vespucio 1501 de la comuna de Cerrillos, a las 13:01 horas (fojas 21); b) por \$300.000, efectuada en un local de SODIMAC S.A. de Av. Pajaritos 4444 de la comuna de Maipú, a las 13:21 horas (fojas 19); c) por \$200.000, efectuada en un local de SODIMAC S.A. de Av. José Pedro Alessandri 644 de la comuna de Peñalolén, a las 14:12 horas (fojas 20); y d) por la suma de \$114.990, efectuada en un local de “Hipermercados Tottus S.A.”, a las 15:19 horas (fojas 22);
2. El certificado de fojas 38 y el certificado de fojas 16 acreditan que doña Tabatha Vilchez Hernández es empleada del Banco Security y que el día 21 de marzo de 2012 se encontraba prestando servicios como cajera en la sucursal de Avenida Apoquindo N° 3100;
3. El mismo registro de asistencia de fojas 16 y la copia del carné de identidad de fojas 17 dan cuenta de la firma utilizada por doña Tabatha Vilchez Hernández.

De la relación de esos antecedentes se sigue que las cuatro operaciones se ejecutaron en un mismo día, en tres comunas diferentes por lo menos, y en un lapso que no supera las tres horas. Las circunstancias apuntadas tornan particularmente sospechosas esas transacciones, porque no es comportamiento normal o esperable de una persona que “recorra” tres locales de la misma cadena (SODIMAC) y ubicados en diferentes puntos de la ciudad, para hacer compras o giros de dinero. Enseguida, considerando además, que la titular de la tarjeta se desempeñaba como cajera en un banco y que ese día prestó servicios en la sucursal de Avenida Apoquindo, pues entonces resulta altamente improbable que haya podido abandonar su puesto de trabajo para realizar las mencionadas transacciones. De todo esto se concluye que no fue ella quien las ejecutó y de ahí que pueda inferirse también que la denunciada incumplió el deber de comprobar la identidad de la persona o personas que las llevaron a cabo, dado que pese a lo indicado, dichas operaciones figuran cursadas a nombre de doña Tabatha Vilches Hernández. En efecto, no existe otra explicación posible para lo sucedido porque si la tarjetahabiente no estuvo presente en las operaciones significa que otra persona actuó por ella y, a falta de prueba en contrario, cabe colegir que no fue verificada la identidad; Quinto: El sistema de financiamiento que subyace en las tarjetas de crédito demanda resguardos especiales tanto del emisor como del usuario. En lo que atañe al titular de la tarjeta,

es efectivo que tiene que hacerse responsable de la seguridad o custodia del documento. Sin embargo, ello no hace desaparecer la obligación que recae en la entidad financiera en cuanto proveedora del servicio, de otorgar las seguridades mínimamente necesarias al titular de la tarjeta, en términos que pueda operar con ella en forma regular, sin menoscabos ni tropiezos, para cuyo efecto debe adoptar las medidas tendientes a evitar el fraude, porque se trata de un producto que ofrece al cliente y por la sencilla razón que ése es su negocio;

Sexto: Se aduce por la denunciada que no puede hacerse responsable de lo sucedido, porque las mentadas operaciones tuvieron lugar el día 21 de junio de 2012, en tanto que la “tarjetahabiente” sólo avisó del hurto o extravío de la tarjeta el día 24 de junio de 2014. Se asila para ese fin en las disposiciones de la Ley 20.009, destacando que su artículo 1° establece que el titular de una tarjeta de crédito puede “limitar su responsabilidad en caso de hurto, robo o extravío, dando aviso pertinente al organismo emisor”, lo que se reafirma en su artículo 3°, en cuanto allí se establece que en caso que las tarjetas sean operadas después del aviso “corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente” y, particularmente en su artículo 4° al remarcarse que “El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso”;

Séptimo: Cabe expresar que la citada ley 20.009 establece un mecanismo de salvaguarda para el tarjetahabiente, en el sentido que pone a su disposición una manera expedita de liberarse de responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso que expida dando cuenta del hurto, robo o extravío de su tarjeta, como lo deja de manifiesto el citado artículo 4° (“no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso”); y que, además, establece una regla de juicio o de carga probatoria al disponerse que, mediando ese aviso, “corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente”;

Octavo: Sin embargo, la ausencia del aviso no significa de suyo, que el titular de la tarjeta deba siempre y en todo caso hacerse cargo de las operaciones fraudulentas o, que es lo mismo, que la empresa emisora de la tarjeta nunca deba responder por ello, porque tal derrotero implicaría provocar un perjuicio injustificado al usuario y hasta un enriquecimiento indebido para la emisora. Esto que se dice tiene especial relevancia en operaciones como las que fueron materia de este proceso, dado que las mismas suponen o exigen la presencia física del titular o beneficiario de la tarjeta de crédito y la consecuente necesidad de que éste acredite su identidad para llevar a cabo las operaciones. Tan cierto es lo que se dice que todos los comprobantes respectivos (fojas 19 a 22), llevan estampada una firma a nombre de la tarjetahabiente. Al ser así, y estando establecido que la denunciada incumplió ese deber elemental de seguridad, lo que constituye su falta de diligencia, ha de responder por su contravención;

Noveno: Los hechos asentados importan una infracción a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 19.946, sobre Protección a los Derechos del Consumidor, desde que actuando con negligencia, la denunciada causó un menoscabo económico a la consumidora por fallas de seguridad del servicio prestado. Dicha infracción está sancionada por la ley (artículo 24), con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, estimándose del caso imponerla en su parte baja, puesto que no existen antecedentes que autoricen un tratamiento mayormente riguroso.

Por estas razones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 186 del Código de Procedimiento Civil, 14 y 32 de la Ley 18.287, se revoca, en su parte apelada, la sentencia definitiva de diez de febrero de dos mil catorce, escrita desde fojas 122 a 133, en cuanto por ella se desecha la denuncia de fojas 23 y, en cambio, se decide que la misma queda acogida, sin costas por existir motivo plausible para litigar. Consecuentemente, se condena a Promotora CMR Falabella S.A. al pago de una multa de 10 unidades tributarias mensuales.

En caso de no pago en el término de décimo día de ejecutoriada esta sentencia, se sustituye la multa por reclusión nocturna para el representante legal de la denunciada, regulándose en un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, con límite legal respectivo.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Balmaceda, quien no obstante compartir los fundamentos de esta sentencia en orden a que el Servicio Nacional del Consumidor se encuentra legitimado activamente para accionar en una causa como la presente, fue de todos modos de opinión de confirmar el fallo enalzada por las siguientes consideraciones:

1°. Que el sistema de responsabilidad de la Ley sobre Protección a los Derechos de los Consumidores se construye, en lo que interesa a este proceso, sobre la base de que sea posible imputar al menos culpa al proveedor de un bien o servicio. Al efecto, el artículo 23 de la ley prescribe que comete infracción a sus disposiciones el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Como se destaca de la transcripción de la norma, el criterio de imputación mínimo es la negligencia, la culpa o la imprudencia, de modo que la sanción resultará procedente únicamente en tanto el resultado dañoso el menoscabo del consumidor en las palabras de la ley sea efecto de un acto al menos culposo del proveedor que objetivamente sea su causa.

2°. Que en el caso de la especie, en concepto del disidente no resulta posible atribuir culpa a la actuación del proveedor denunciado, desde que es un hecho pacífico que el aviso de extravío de la tarjeta de la consumidora se verificó días después de materializados los giros en los cajeros, de modo tal que no es reprochable al emisor de la tarjeta haber “permitido” esos giros. En razón de lo anterior, por no satisfacerse uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad infraccional de las empresas proveedoras de bienes o servicios, en los términos indicados en el fundamento anterior, corresponde desestimar la denuncia.

Redactó el Ministro señor Astudillo.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciada por la Duodécima Sala, presidida por el Ministro señor Omar Astudillo Contreras e integrada por el Ministro señor Jaime Balmaceda Errázuriz y la Abogada Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnick.

COMENTARIO

La sentencia se pronuncia respecto de la determinación del sujeto que debe asumir los costos del uso malicioso de una tarjeta de crédito.

La situación más simple es aquella en que las operaciones comerciales cuestionadas se realizan con posterioridad a la notificación de extravío o hurto de la tarjeta por parte del titular, ya que en este caso, el Art. 4 de la Ley 20.009 señala expresamente que este no tendrá responsabilidad. Con todo, esta exclusión no es absoluta, en el sentido de que simplemente lo favorece con una presunción simplemente legal, en donde es el emisor quien tiene la carga de probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente o alguno de sus adicionales autorizados –según Enrique Sepúlveda, el titular debe haber sido vencido en un juicio–, en cuyo caso sí debe responder (Art. 3)².

El problema se presenta en aquellas ocasiones en las que las transacciones no consentidas tienen lugar con anterioridad al aviso, cuestión silenciada por el legislador.

De acuerdo con una primera tendencia jurisprudencial³, y a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la regla anterior, deben ser soportados por el propio titular de la tarjeta. Esta naturalmente es la tesis adherida por la denunciada en este caso, así como por el Tribunal de primera instancia que rechazó la acción.

No obstante, una adecuada interpretación de las disposiciones de la Ley 20.009 conlleva a colegir que ella no establece la responsabilidad del titular para este segundo supuesto, sino que simplemente este no puede beneficiarse de la presunción indicada, debiendo por tanto acreditar la responsabilidad del proveedor para eximirse del pago conforme a las reglas generales que rigen la prueba (Art. 1698 CC).

Esta es la tesis acogida por el Tribunal de Alzada que revocó la sentencia de primera instancia, el que estimó además que el deber de custodia de las tarjetas por parte del tarjetahabiente no libera al proveedor de la toma de mínimas prevenciones de resguardo (Considerando quinto).

A mayor abundamiento, es posible señalar que de acuerdo con la historia fidedigna de esta ley, su dictación tuvo por objeto proteger al titular⁴, por lo que frente a la duda, se debe preferir aquella interpretación que le sea más beneficiosa. En efecto, favorecer al emisor con una exención total de responsabilidad en este sentido, implicaría el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo en perjuicio del consumidor, esto no es sostenible, porque efectivamente la verificación de los cobros puede haberse debido a una descuidada gestión de quien es un profesional en el ofrecimiento, administración y contratación de tarjetas de crédito, pudiendo configurarse además una infracción a la

² Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, *Historia de la Ley N° 20.009...*, p. 18.

³ *Sernac con Efectivo S.A.* (2006): 2 JPL Santiago, Rol 15.460-VP-2005, 21.07.2006, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 4958-2006, 18.10.2006; *Sernac con Car S.A.* (2008): 3 JPL Santiago, Rol 6297-DIO-2006, 20.03.2008; *Sernac con Banco Santander Santiago* (2009): 3 JPL Santiago, Rol 7176-AMS-2006, 17.06.2008, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 1091-2009, 15.04.2009.

⁴ Diputado Hales, Discusión en Sala, *Historia de la Ley N° 20.009...*, p. 41.

Ley 19.496 (Art. 2 bis LPDC) si las partes se encuentran vinculadas por una relación de consumo.

Esto es lo que ocurrió en el caso comentado, invocando la acción interpuesta por el Sernac, el Art. 23 inc. 1° LPDC, este sanciona al proveedor que “en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

Si bien queda claro que se ha ocasionado un daño al consumidor –el costo de los cargos no consentidos– es posible cuestionarse si efectivamente ellos han tenido por causa un hecho negligente del proveedor, presupuesto subjetivo exigido también por la norma.

El voto disidente lo niega, estimando que la falta de aviso implica que no sea reprochable al proveedor haber permitido las operaciones desconocidas por el titular.

No se comparte la opinión minoritaria, ya que la sola omisión de la notificación no importa necesariamente la falta de culpa, en el sentido de que la permisión de las transacciones comerciales sí puede tener por causa un descuido del proveedor.

En esta línea se encuentra la decisión de la Corte, y que motivó la condena, la que estimó que la concurrencia de negligencia venía dada por la falta de verificación de la identidad de quien se presentaba como la titular. Fundamenta esta aseveración en que las circunstancias que rodearon la celebración de los contratos cuestionados, al menos la hacían sospechosa, en el sentido de que no se podría considerar como comportamiento normal de una misma persona, realizar cuatro operaciones distintas, en un lapso de tres horas y en locales ubicados en tres comunas diferentes. Asimismo se había acreditado en el juicio que la consumidora se encontraba trabajando en el período en que ellas se realizaron (Considerando Cuarto).

El criterio de la negligencia, ha sido el adoptado por la mayoría de las sentencias que se han dictado respecto de la materia, condenando al proveedor, por ejemplo, cuando ha existido una manifiesta disconformidad entre la firma estampada en el comprobante de pago y el documento de identidad⁵, cuando las operaciones se han realizado con escasos minutos de diferencia⁶, o bien si no se solicitó el carnet a quien se presentaba como titular⁷. Por el contrario y siguiendo el mismo razonamiento, se ha dictado sentencia absolutoria cuando no se acreditó la manifiesta diferencia de firmas⁸.

⁵ *Sernac y Magaña con Falabella SACI* (2006): 3 JPL Santiago, Rol 10.069-DIO-2004, 13.03.2006; *Sernac y Navarro con Car S.A.* (2006): 3 JPL Santiago, Rol 21.429-DIO-2005, 22.08.2006.

⁶ *Sernac con CMR Falabella* (2008): 3 JPL Santiago, Rol 8083-DIO-2007, 11.01.2008, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 1726-2008, 07.08.2008.

⁷ *Sernac con Comercial Siglo XXI* (2005): 1 JPL La Florida, Rol 11.163-D-2005, 12.10.2005, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 1802-2006, 31.05.2006.

⁸ *Sernac y López con CMR Falabella* (2006): 3 JPL Santiago, Rol 24.081-AMS-2005, 27.09.2006, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 447-2007, 21.03.2007; *Sernac y López con CMR Falabella* (2005): 3 JPL Santiago, Rol 5794-AMS-2005, 02.12.2005, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 200-2007, 14.03.2007; *Sernac y Olivares con Banco Estado* (2006): 3 JPL Santiago, Rol 26.118-DIO-2005, 05.12.2006, confirmada por C. Ap. Santiago, Ing. 305-2007, 18.04.2007.