

1130
Cdb
Kdb

SANTIAGO, veintisiete de julio de dos mil quince.

VISTOS:

I.- Que a fojas 24 y siguientes, con fecha 19 de febrero de 2014, don JUAN CARLOS LUENGO PÉREZ, abogado en representación del SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC), ambos domiciliados en calle Teatinos N° 333, Piso 2°, comuna de Santiago, interpuso denuncia en contra de CMR FALABELLA, representada legalmente por don CLAUDIO CISTERNAS DUQUE, no señala profesión u oficio, ambos con domicilio en calle Moneda N° 970, Piso 18, comuna de Santiago. Señala, en resumen, que el Servicio Nacional del Consumidor en el ejercicio de las facultades y de la obligación que le impone el inciso primero del artículo 58 de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores y con el objeto de verificar el cumplimiento de las normas que el mismo cuerpo legal establece, detecta que la empresa denunciada ha infringido disposiciones de la ley en comento.

Manifiestan que han tomado conocimiento de los hechos motivo de la denuncia a partir de reclamo efectuado por doña Marta Nieves Cubelli Vera con fecha 02 de enero de 2014, en el que se señala, textualmente, que *"con fecha 16 de diciembre de 2013, me enteré que terceros, usando mis datos personales y mi tarjeta CMR extraviada, pudieron efectuar compras en distintos comercios y en otras ciudades (a las cuales nunca he ido). Por un total de \$1.302.879. Por lo mismo, con fecha 16 de diciembre de 2013 interpose el respectivo reclamo de desconocimiento de las transacciones reclamadas, en la sucursal CMR Falabella de Ahumada 280 en donde al respecto, a la fecha, no reversan las compras imputadas."*

Finalmente, aluden que Sernac decide formular la denuncia debido a la falta de deber de profesionalismo de la empresa en la prestación de sus servicios, afectando, de paso, al propio mercado del comercio y los derechos de los consumidores que acceden a sus servicios, confiados en la diligencia y responsabilidad de la denunciada.

En cuanto a los fundamentos de derecho, estima el denunciante Sernac que el proveedor ha infringido lo dispuesto en los artículos 3 inciso 1° letras a) y d), 12 y 23 de la Ley 19.496

Por todo lo anterior, estima que existen infracciones por cuanto la reclamante ha cumplido con las diligencias que el proveedor exige para el uso de la tarjeta, sin embargo, es el propio proveedor quien no cumple, puesto que existe una vulneración en el sistema de seguridad, cuya responsabilidad no puede radicar en la consumidora, sino que, necesariamente, se debe trasladar al denunciado, pues es obligación de los proveedores el resguardar las tarjetas de crédito en general y las transacciones en particular de cada cliente, contra todo tipo de fraudes.

4131
Cubelli
y
y

En virtud de todo lo señalado, solicita el denunciante Sernac, se condene a CMR Falabella al pago de multas por el valor máximo legal, es decir, 50 UTM, por cada una de ellas.

II.- Que, a fojas 42, doña MARTA NIEVES CUBELLI VERA, dueña de casa, con domicilio en calle Los Tenores 473, comuna de Maipú, Santiago, se hace parte en la denuncia efectuada por Sernac y entabla demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de CMR FALABELLA por los mismos hechos e infracciones denunciadas en autos, mediante la que solicita de condene a la empresa al pago de la cantidad de \$1.852.879 por concepto de daño emergente y \$5.000.000 por daño moral.

III.- Que, a fojas 125 con fecha 13 de agosto de 2014, se celebró audiencia de contestación, conciliación y prueba a la que asistió el Servicio Nacional del Consumidor a través de su apoderado, don Erick Orellana Jorquera, la denunciante y demandante de autos, doña Marta Cubelli Vega, personalmente, y la denunciada y demandada, CMR Falabella representada por su apoderado, don Enrique Crisóstomo Vega.

Llamadas las partes a conciliación, esta no se produce.

La parte denunciante de Sernac ratifica la denuncia en todas sus partes y solicita se aplique el máximo de las multas, con costas.

La parte demandante civil de doña Marta Cubelli Vega ratifica en todas sus partes su demanda.

La parte denunciada y demandada de CMR Falabella contesta demanda por escrito acompañado a fojas 114 y siguientes, en el que señala, resumidamente, que controvierte todos los hechos expuestos por la contraria y que será ésta quien deba acreditarlos conforme las reglas generales.

Señala, además, que para efectos de resolver los hechos denunciados, la norma aplicable es la Ley 20.009, la que es posterior a la denuncia interpuesta y regula las materias puestas en conocimiento del Tribunal, en forma especial, conforme lo dispuesto en el artículo 2 bis, letras a) y c) de la ley 19.496 y lo señalado en el artículo 4 de la ley 20.009, que dice que *"El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda"*, quedando claro, entonces, que una vez que el titular de la tarjeta da aviso al emisor respecto del hurto o robo sufridos, las compras realizadas con posterioridad a ello le son completamente inoponibles, lo que, interpretado en forma contraria, implica que el emisor no será responsable por el mal uso que se haga de la tarjeta sin perjuicio de la responsabilidad penal de terceros.

X

Finalmente, respecto del daño moral, señala que para que este sea procedente debe ser real y debe existir relación de causalidad entre los perjuicios reclamados y el

132
Ocho
Faltas
y dos

actuar del proveedor, todo lo cual se debe acreditar, y, en subsidio de ello, la indemnización por este concepto no debe constituir un enriquecimiento injusto para quien lo solicita.

Respecto de la denuncia infraccional de la consumidora, solicita el rechazo por las mismas consideraciones que las expresadas al contestar denuncia del Servicio Nacional del Consumidor y lo mismo respecto de la demanda civil.

En cuanto a la prueba, la parte denunciante y demandante de doña Marta Cubelli Vega, rinde prueba testimonial, a la que concurre la testigo, doña Carolina Esmeralda Guzmán Roco, Rut. 13.539.584-6, técnico agrícola, domiciliada en Pasaje Solfeo N° 196, comuna de Maipú, quien debidamente juramentada, fue preguntada de tacha por la parte denunciada y a su respecto se dedujo la inhabilidad de testigos contemplada en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, quedando su resolución para sentencia definitiva.

La parte denunciante del Servicio Nacional del Consumidor, acompañó los siguientes documentos:

1.- A fojas 1 a 4, ambas inclusive, copia de mandato judicial conferido por el Director de Sernac, de fecha 16 de septiembre de 2013 otorgado en la Notaría de Santiago de don René Benavente Cash.

2.- A fojas 5 y 6, copia de Decreto N° 87 de fecha 14 de junio de 2013 que nombre como Director del Servicio Nacional del Consumidor a don Juan José Ossa Santa Cruz.

3.- A fojas 7, copia simple de reclamo interpuesto por doña Marta Cubelli Vera con fecha 02 de enero de 2014 en la página web del Servicio Nacional del Consumidor.

4.- A fojas 8, copia de carta respuesta remitida por María Isabel Jaramillo, Gerente de Servicio al Cliente Promotora CMR Falabella S.A. a Juan Carlos Medina Vargas, Abogado Web Center SERNAC Facilita, con fecha 15 de enero de 2015.

5.- A fojas 9 a 16, ambos inclusive, copia de Estado de Cuenta de Tarjeta CMR Falabella, de doña Marta Cubelli Vera, correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2013.

6.- A fojas 17, copia de reclamo efectuado por doña Marta Cubelli Vera en dependencias de CMR Falabella, formulario N° 040004, de fecha 16 de diciembre de 2013, desconociendo las compras efectuadas con posterioridad al 30 de octubre de 2013.

7.- A fojas 18, fotocopia de boleta de compra N° 26873620, de fecha 30-11-2013, por compras efectuadas en Supermercados Tottus de Av. Libertador Bernardo O'Higgins N° 1150.

8.- A fojas 19, fotocopia de boleta de compra N° 8637229, de fecha 25-11-2013, por compras efectuadas en Supermercados Tottus de Av. Aeropuerto s/n, comuna de Cerrillos.

9.- A fojas 20, copia simple de declaración jurada efectuada por doña Marta Cubelli Vega en la Notaría de Santiago de don Pablo González Caamaño, con fecha 13 de enero de 2014.

10.- A fojas 21 y 22, copia simple de cédula de identidad de doña Marta Cubelli Vera.

11.- A fojas 23, copia de lista de testigos de doña Marta Cubelli Vera.

12.- A fojas 64, copia de carta remitida por Cobranza Prejudicial CMR Falabella a doña Marta Cubelli Vera, con fecha 28 de abril de 2014, informando deuda de su tarjeta por la cantidad de \$1.501.176.

13.- A fojas 65 a 88, ambas inclusive, set de sentencias que versan sobre hechos similares a los denunciados en autos.

La parte denunciante y demandante de doña Marta Cubelli Vera, acompañó los siguientes documentos:

A.- A fojas 89, certificado emitido por doña Patricia Montecinos Jaramillo, psiquiatra, de fecha 21 de marzo de 2014.

B.- A fojas 90 a 98, set de recetas de medicamentos, emitidas por la Dra. Patricia Montecinos Jaramillo, de años 2001, 2012, 2013 y 2014.

C.- A fojas 99 y 100, receta por tratamiento a la vista, de fecha 26 de octubre de 2012.

D.- A fojas 101, carnet de alta por tratamiento a la vista, de fecha 29 de enero de 2013.

E.- A fojas 102, receta por tratamiento a la vista, de fecha 29 de enero de 2013.

F.- A fojas 103, indicaciones post-operatorias para las primeras 24 horas de Cirugía de Cataratas, de fecha 29 de enero de 2013, emitido por el Servicio de Salud M. Central.

G.- A fojas 104, carta de cobranza remitida por Gestión de Cobranzas Recover Ltda. a doña Marta Cubelli Vera, con fecha 29 de mayo de 2014; por encargo de CMR Falabella.

H.- A fojas 105, carta remitida por Cobranza Prejudicial CMR Falabella a doña Marta Cubelli Vera, con fecha 28 de abril de 2014, informando deuda de su tarjeta por la cantidad de \$1.501.176.

f133
Cubelli
Vera
y/o

I.- A fojas 106, carta remitida por Cobranza Prejudicial CMR Falabella a doña Marta Cubelli Vera, con fecha 28 de marzo de 2014, informando deuda de su tarjeta por la cantidad de \$948.943.

J.- A fojas 107, carta remitida por Cobranza Prejudicial CMR Falabella a doña Marta Cubelli Vera, con fecha 28 de febrero de 2014, informando deuda de su tarjeta por la cantidad de \$97.886.

K.- A fojas 108 a 113, Estados de Cuenta de Tarjeta CMR Falabella, de doña Marta Cubelli Vera, correspondientes a los meses de marzo a mayo de 2014.

La parte denunciada y demandada no rindió prueba documental.

Ninguna de las partes efectúa peticiones.

IV.- Que, a fojas 129 quedan los autos en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que, los autos se iniciaron por denuncia infraccional interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor, a la que se hizo parte doña Marta Cubelli Vera, quien, además, entabló demanda civil particular.

2º) Que, el artículo 14 de la Ley N° 18.287, aplicable a estos autos por remisión hecha por el artículo 50 B) de la Ley N° 19.496, expresa: *"El juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y del mismo modo apreciará la denuncia formulada por un carabinero, inspector municipal u otro funcionario que en ejercicio de su cargo deba denunciar la infracción. Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el Tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador."*

De acuerdo a la doctrina, se entiende por "sana crítica" aquella que conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio.

I.- En cuanto a las tachas de testigos:

3º) Que, respecto de la tacha deducida a la testigo de la denunciante y demandante, doña Carolina Esmeralda Guzmán Roco, conforme lo dispuesto en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es *"Son también inhábiles para declarar: 6º. Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto..."*, esta deberá ser rechazada, puesto que no consta de las preguntas de tacha efectuadas a la testigo que ésta carezca

de la imparcialidad necesaria por tener interés directo o indirecto en el juicio; no obstante el valor que el Tribunal le otorgue al testimonio de la deponente.

Respecto de la causal esgrimida para inhabilitar al testigo, cabe hacer presente que no basta la sola habitualidad en la relación que liga al deponente con el denunciante para establecer que no existe imparcialidad en el primero para declarar, puesto que el artículo en comento es claro en señalar que esta carencia de imparcialidad debe estar dada por tener el testigo un interés directo o indirecto en el juicio, de carácter patrimonial; mismo que no ha sido acreditado a través de las preguntas de tacha deducida ni mediante algún otro medio probatorio.

En razón de lo anterior y habiéndose rechazado la tacha deducida, corresponderá examinar la declaración del testigo, quien, debidamente juramentado, señaló, resumidamente, que se enteró porque doña Marta le contó en diciembre de 2013, que le había llegado una cobranza de Falabella, cobrándole compras en Tottus y tiendas comerciales, mismas que, supuestamente, sucedieron en Colina. Ese mismo día, ella la acompañó a la tienda Falabella con el estado de cuenta que le había llegado, en cuya oportunidad la ejecutiva que la atendió, le dijo que ellos no tenían cómo saber quiénes habían hecho la compra y que si doña Marta quería saber, tenía que ir tienda por tienda preguntando.

Dice la testigo que luego de esto, doña Marta se dirigió a Sernac para hacer el reclamo y, posterior a eso, le han llegado informaciones de Sernac para que siga con el procedimiento. A pesar de eso, sabe que ha fecha de hoy, no tuvo solución a su problema y que le han seguido llegando cartas de cobranza; situación que le ha traído complicaciones en su salud, teniendo ella que acompañarla a la posta por alzas de azúcar, pues es diabética.

Finalmente, alude la deponente que doña Marta Cubelli tiene un pensión básica y que pagas todas sus cuentas y gastos médicos – que incluyen alimentación especial por ser diabética – por lo que la ha visto mal, con mal estado de ánimo.

Repreguntada la testigo, señala que no es regular que doña Marta solicite avances en efectivo y que todas las compras las hace en Estación Central.

Contrainterrogada, dice que no acompaña mensualmente a doña Marta a todas sus compras.

II.- En cuanto a la denuncia infraccional.

4º) Que, el artículo 3º inciso 1º letras a) y b), de la Ley N° 19.496, dispone: "*Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo; b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio,*

fms
Cito
texto
jmb

condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos."

4136
Cubelli
X
SWS

5°) Que, el artículo 12 de la Ley Núm. 19.496 establece que: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio".

Por su parte, el inciso primero del artículo 23 de la misma ley dispone: "Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio."

6°) Que, el artículo 4° de la Ley 20.009, dispone que "El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

7°) Que, el artículo 1698 inciso primero del Código Civil, dispone: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta"; en otras palabras, quien alegue un hecho en juicio deberá acreditarlo por los medios y en la época procesal que corresponda.

8°) Que, en primer término, este sentenciador estima preciso establecer que los antecedentes probatorios aportados a la causa, constituidos fundamentalmente por la prueba documental aportada, no son a juicio del Tribunal entre sí y respecto de los hechos de la causa, lo suficientemente conexos, concordantes, graves, múltiples y precisos, como para hacer formar convicción plena al Tribunal respecto de la existencia y origen de los hechos denunciados y de quien es en definitiva la responsabilidad infraccional pertinente, conforme lo exige el artículo 14 de la Ley N° 18.287.

9°) Que, ahora bien, de los antecedentes y demás elementos probatorios que se han recogido en el proceso, el Tribunal estima probado los siguientes hechos: 1).- Que, doña Marta Cubelli Vera es titular de la Tarjeta CMR Falabella; 2).- Que, mediante Estado de cuenta de Tarjeta CMR de fecha 04 de diciembre de 2012, pagadero hasta el 20 de los mismos mes y año, se facturaron una serie de compras efectuadas entre los días 14 de noviembre y 04 de diciembre de 2013, así como dos avances en efectivo por \$200.000 efectuados los días 11 y 12 de noviembre del mismo año; 3).- Que con fecha 16 de diciembre de 2013, doña Marta Cubelli Vera efectúa reclamo ante el proveedor Falabella, señalando desconocer las compras efectuadas con posterioridad al día 30 de octubre de 2013; 4).- Que, con fecha 02 de enero de 2014, doña Marta Cubelli Vera

efectuó reclamo ante el Servicio del Consumidor por las compras que desconoce y que le cobra CMR Falabella; 5).- Que CMR Falabella remite carta respuesta al Servicio Nacional del consumidor, señalando que *"...dado el análisis realizado, podemos señalar lo siguiente: que las transacciones impugnadas por la clienta, fueron efectuadas con la tarjeta de la titular, Sra. Cubelli, concretándose cada operación con la incorporación de la clave PIN. Por lo anterior, no procede rebajar los cargos"*

10°) Que de los medios probatorios allegados al proceso tanto por el denunciante Sernac como por la denunciante particular, no es posible acreditar que efectivamente, las compras que la consumidora desconoce, fueron efectuadas en circunstancias de encontrarse su tarjeta CMR Falabella extraviada o haber sido hurtada o robada.

11°) Que, en este sentido, este Tribunal no tiene los elementos necesarios para estimar como efectivas las alegaciones vertidas por las denunciantes, puesto que no se acompañaron a estos autos medios probatorios que permitieran a este sentenciador estimar, a lo menos, que el historial de movimientos de la tarjeta de la Sra. Cubelli no es consistente con las compras efectuadas en el mes de noviembre de 2013, razón por la que no es posible determinar la circunstancia relativa a si fue o no la denunciante particular quien efectivamente realizó la compras impugnadas.

12°) Que, de este modo, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 20.009, que señalan que una vez dado el aviso de hurto, robo o extravío de la tarjeta; corresponderá al emisor acreditar que las operaciones realizadas con posterioridad al aviso fueron realizadas por el tarjetahabiente y que éste último no tendrá responsabilidad por las operaciones efectuadas con posterioridad al aviso respectivo; lo que significa que, el no existir aviso de extravío, robo o hurto de la tarjeta debe el propio tarjetahabiente acreditar que no fue él quien efectuó las compras impugnadas, hecho que no ocurre en autos.

13°) Que, en adhesión a lo expuesto, cabe tener en consideración que así como los proveedores deben actuar con profesionalismo en la prestación de los servicios ofrecidos, es deber de los consumidores emplear la debida diligencia respecto de sus bienes y velar por la protección de sus derechos, asistidos por las instituciones existentes al efecto. Así, resulta que cada persona tiene el deber de conocer el estado de sus productos y la situación de los mismos, por lo que el dejar pasar más de un mes sin notar la desaparición de una tarjeta, resulta en un actuar poco diligente, que la propia consumidora debe asumir como responsabilidad en los hechos denunciados.

14°) Que, por todo lo expuesto, esté sentenciador deberá rechazar la denuncia interpuesta por Servicio Nacional del Consumidor, en la que se hizo parte doña Marta Cubelli Vera; por no haberse acreditado suficientemente la existencia de una infracción

cometida por parte del proveedor, ni las circunstancias que las compras impugnadas efectivamente las realizó un tercero o, a lo menos, que puedan existir indicios de aquello.

f136
Cmk
trabaja
ya

III.- En cuanto a la demanda civil.

15°) Que, en virtud de las consideraciones efectuadas en los numerales anteriores, al no haberse acreditado la existencia de una infracción por parte del proveedor CMR Falabella, este sentenciador deberá rechazar la demanda civil entablada, en todas sus partes, por falta de prueba.

Y teniendo presente además lo dispuesto en los artículos N°s 12, 20, 21 inciso 1°, 23, 3° letra d), 24 y 50 B de la Ley N° 19.496; 9, 14 y 16 de la Ley N° 18.287,

SE RESUELVE:

A) Que, **SE DESECHAN** en todas sus partes, tanto la denuncia infraccional interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor, como la denuncia particular efectuada y demanda civil de indemnización de perjuicios deducidas por doña MARTA CUBELLI VERA, en contra de CMR FALABELLA S.A., representada legalmente por don CLAUDIO CISTERNAS DUQUE, todos ya individualizados, por las razones expresadas en la parte considerativa de esta sentencia.

B) Que, cada parte pagará sus respectivas costas.

C) Que, una vez ejecutoriada la presente resolución; ARCHIVENSE LOS ANTECEDENTES.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE CUMPLIMIENTO a lo establecido en el artículo 58 bis de la ley N° 19.496.

DICTADA POR DON HÉCTOR JEREZ MIRANDA, JUEZ TITULAR DEL TERCER JUZGADO DE POLICIA LOCAL DE SANTIAGO.

AUTORIZA DON DANIEL LEIGHTON PALMA, SECRETARIO ABOGADO TITULAR.

C.A. de Santiago

Santiago, veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

A fojas 194 y 195: A todo, téngase presente.

Vistos:

Que las argumentaciones contenidas en el recurso de apelación de fojas 149, no logran desvirtuar lo que viene razonado por el tribunal a quo, **se confirma** la sentencia apelada de veintisiete de julio de dos mil quince, escrita a fojas 130 y siguientes.

Regístrese y devuélvase.

Rol Corte N° 1357-2015.

Pronunciada por la **Quinta Sala** de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la Ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile y la Abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.

Autorizada por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, veintisiete de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

Vistos:
Cumplase.

REGISTRO DE SENTENCIAS

03 MAR. 2016

REGION METROPOLITANA

REGISTRO DE SENTENCIAS

MAR 2016

REGION METROPOLITANA

26 FEB 2016

Resolución de 26 FEB 2016
emitida en las partes de
CNR
Res 1976/16
C. Briceño / C. B. / Repulveda