Doña Claudia Painemal Ulloa
Fecha: 2/4/15 Hora: 17:10

Temuco, veintisiete de marzo de dos mil quince.

VISTOS:

Don Edgardo Marcelo Lovera Riquelme, abogado, Director Regional de la Araucanía del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y en su calidad de representante legal, con domicilio en Bulnes N°52, de Temuco, ha comparecido señalando que, en uso de la atribución contendía en el artículo 58 letra g) de la ley 19.496, interpone denuncia infraccional en contra del proveedor BANCO ESTADO, representada por su Agente de Sucursal o Jefe de Local, don Mauricio Eduardo Valdebenito Salgado, con domicilio en Claro Solar N°931 de la ciudad de Temuco, por infracción al artículo 3° letra d), 12 y 23 inciso 1° de la ley 19.496, conducta que afecta al interés general de los consumidores, y que atendida su gravedad, habilita a ese servicio público para requerir del Tribunal la aplicación del máximo de las multas que establece la ley, a fin de asentar en el proceso el efectivo respeto de los derechos de los consumidores.

Funda su denuncia en que por medio de reclamo administrativo, ese servicio público ha tomado conocimiento de una conducta irregular, permanente y reiterada, en la prestación de servicios de servicios financieros propios del giro de la empresa denunciada.

Indica que el reclamo a que se hace referencia es el caso N°7440630 de fecha17/02/2014 interpuesto por Guillermo Cartagena Gatica, RUN 18.196.112-0, domiciliado en calle Chacabuco N°1046, Población Santa Rosa, de Temuco, el que da cuenta que este consumidor, en su calidad de cliente, detectó giros no autorizados, y señala que el 10 de febrero del año 2014, recibió un depósito en su cuenta bancaria, específicamente de su cuenta RUT, por un monto de $198.000.- detectando el 17 de febrero de 2014 giros no autorizados, específicamente tres operaciones fraudulentas por $5.000 y $50.000.- ambas operadas el día 12 de febrero de 2014 a las 18:10 horas, y un tercer giro no autorizado el día 14 de febrero de 2014, a las 08:12 horas por un monto de $50.000.-. Al concurrir al banco a dar cuenta de lo ocurrido, solicitar asistencia y el reintegro de los dineros fraudulentamente girados, le señalan que es difícil que le reintegren el dinero, ya que no cuenta con seguros asociados por fraude, respecto del cual no tenía conocimiento y por ello no lo había contratado.

Agrega que el consumidor funda su reclamo en el hecho que la tarjeta habría sido clonada, dando oportuno aviso a la entidad bancaria por el fraude que le afecta y que al ser requerido el Banco no ha dado solución a sus reclamos, por lo que concurre al servicio.

Indica que, frente a la reclamación administrativa, la empresa bancaria denunciada responde en términos inconsistentes, pues no aborda el fondo del asunto planteado por el consumidor, dando un somero comunicado diciendo " Sobre el particular, debemos indicar que en la cuenta antes singularizada se verifican tres giros exitosos, movimientos que no registran error en su ejecución y que fueron realizados con clave secreta más tarjeta N°621996071867619017, elementos que son personales e intransferibles, cuya tenencia y resguardo es de exclusiva responsabilidad del titular, ambos dispositivos se encontraban activos al momento de realizar las transacciones cuestionadas".

Agrega, "todos lo movimientos impugnados están realizados en terminales cercanos a su residencia", así mismo señala "después de cada retiro impugnado, la cuenta registra saldo", pretendiendo el banco, legitimar el acto fraudulento con el hecho de haberse operado cerca de su residencia o que solo lo es si no hubiera dejado saldo en la cuenta afectada.

Estima que existe infracción al artículo 12 y 23 inciso 1°, en relación con el artículo 3° letra d) de la ley 19.496, por lo que termina solicitando que se aplique el máximo de las multas contempladas por la ley.

A fojas 36, don Andrés Vera Schneider, abogado, en representación del Banco denunciado, contesta la denuncia solicitando su rechazo, con costas.

Indica en primer lugar y en relación con los términos del libelo, que niega tajantemente que la conducta que se le imputa sea reiterada, así como que la respuesta ha sido inconsistente, pues el hecho de que no sea del agrado de la denunciante no la transforma en tal.

Señala que el Sernac sostiene que se habría cometido infracción a los artículos 12 y 23 inciso 1°, por no haberse prestado los servicios por parte del Banco en los términos y condiciones convenidas en calidad y seguridad, causando menoscabo y desatendiendo la responsabilidad que le cabe, ya que se encuentra legalmente obligado a proporcionar las medidas mínimas y suficientes de seguridad en la prestación del servicio. Esto, por cuanto el Banco permitió que se girara desde la cuenta del señor Cartagena Gatica, supuestamente por terceros ajenos al contrato.

Indica que no nos encontramos frente a hechos que afecten el interés general de los consumidores, sino que a una persona determinada, que no ha accionado en contra del Banco, porque no existe mérito para ello.

Señala que el Banco efectuó la correspondiente investigación, y por comunicación de fecha 03 de marzo de 2014 se dio respuesta, en la que se le informa que los giros fueron efectuados el 12 y 14 de febrero de 2014 en los cajeros automáticos del Banco Santander ubicado en el Supermercado el

Trébol ubicado en calle 1 Norte esquina 3 Poniente de Temuco y en el cajero del Banco Santander, ubicado en la estación de servicio Copec, ubicado en calle Rudecindo Ortega N°2071 de Temuco, y que no es posible acceder a su solicitud de reintegro de dinero, pues las transacciones efectuadas, lo fueron con su tarjeta, sin error, y para efectuar los giros, se utilizó su clave secreta. También se le informó que las transacciones cuestionadas fueron realizadas en forma normal, no existiendo alerta de mal uso, ni tampoco error de navegación de cuenta inválida ni de PIN erróneo al momento de efectuarse los giros y que su tarjeta fue bloqueada a solicitud de él mismo, el 17 de febrero de 2014.

Expresa que, existe la posibilidad que los giros de dinero hayan sido efectuados por terceros o por el mismo tarjetahabiente, pues no existía a la fecha bloqueo del plástico (tarjeta) ni denuncia de pérdida o hurto. Por ello, su representado no tiene responsabilidad en los hechos señalados.

Indica que la Ley no tiene otro objeto que sancionar las conductas descuidadas en que el proveedor incurre y que perjudican al consumidor o usuario, pretendiendo el denunciante imputar responsabilidad al Banco, frente a un hecho que en su decir, pues no existe otro antecedente que así lo acredite, fue cometido por un tercero no identificado, lo que no consta. Ello, se desprende de los antecedentes aportados por el propio reclamante al Servicio denunciante, de los cuales el Sernac asume, hace fe.

Hace presente que lo que la Ley 19.496 pretende, es sancionar falta en la prestación de un servicio que sean cometidas con negligencia del proveedor y que causen menoscabo al consumidor, pero no, hechos que no dependen del actuar de aquél y en caso alguno, por hechos que está obligado a ejecutar, como es la dispensación de dinero en un cajero automático, que es operado con la tarjeta y clave secreta correspondiente. Lo contrario es una imputación de responsabilidad objetiva, a todo evento, que en materia penal, y por ende, en materia infraccional, está vedada en nuestro ordenamiento jurídico.

Señala que el caso de marras no puede estar ligado a la falta de seguridad del prestador del servicio, más allá de las propias exigencias contractuales y legales. De lo contrario, estaríamos en la situación que al Banco o a cualquier entidad que opere con tarjetas de débito o crédito se le exigiría prácticamente un imposible, pues cualquier hecho que diga relación con la pérdida de dinero de sus tarjetahabientes sería siempre imputable al Banco, aunque éste tome resguardos, sin que siquiera se acredite que el propio tarjetahabiente no ha efectuado el giro cuestionado.

Señala que, la denuncia imputa a su representado falta de seguridad en la prestación del servicio, ya que supuestamente con una tarjeta que se encontraba en poder del reclamante (señor Cartagena Gatica), y utilizando su

clave secreta, se giró dinero en dos cajeros automáticos, desde su cuenta. Dicho de otro modo, el SERNAC pretende la existencia de un sistema que exime de toda responsabilidad al consumidor, y atribuye la misma, en toda circunstancia, al proveedor, lo que evidentemente no puede ser así. En efecto, no es posible estimar que el Banco del Estado de Chile ha actuado en forma negligente, cuando los giros con la tarjeta del señor Cartagena Gatica, desde dos cajeros automáticos ubicados, uno en un supermercado de la ciudad y otro, en una estación de servicio, en días distintos, se efectuaron con la tarjeta (plástico) correspondiente y con la clave secreta del titular.

Señala que, como se sabe y conoce, todo titular de una tarjeta, ya sea de débito o crédito, ante la pérdida o mal uso está obligado a dar cuenta al emisor de este hecho, e incluso denunciar ante Carabineros, la Policía de Investigaciones o el propio Ministerio Público. En el caso del Sr. Cartagena nada de eso ocurrió, o al menos no se encuentra acreditado. Mientras no se efectuara el aviso o reclamo al Banco era el propio sr. Cartagena Gatica el responsable de la utilización de la tarjeta en cuestión.

Indica que, en síntesis, los hechos ocurrieron, se giró dinero desde la cuenta RUT del señor Cartagena Gatica, pero ello no constituye una infracción per se, pues tiene una justificación jurídica (cumplimiento del contrato de cuenta vista o RUT) y si el SERNAC pretende de los mismos deducir la comisión de una supuesta infracción, deberá acreditarla.

Termina solicitando el rechazo de la denuncia, por no existir, por una parte, interés general de los consumidores comprometidos, ni actuar negligente por la otra, todo ello con costas.

CONSIDERANDO

1°) Que, don Edgardo Marcelo Lovera Riquelme, en representación de Servicio Nacional del Consumidor de la Región de la Araucanía interpuso, conforme a la facultad del artículo 58 letra g) de la ley 19.496, denuncia en contra de Banco Estado, por infracción a los artículos 3° letra d), 12 y 23 inciso 1° de la ley citada, que funda en que a través de un reclamo administrativo formulado por don Guillermo Cartagena Gatica, tomó conocimiento de que éste, como cliente del Banco denunciado, denunciaba que se habían efectuado giros desde su cuenta RUT, por distintas partidas, dos el día 12 de febrero de 2014 y otra el 14 de febrero de 2014, totalizando dichos giros un monto de $105.000.- los que el consumidor desconoce como realizados por él, efectuando el reclamo ante el Banco, quien desconoció el mismo, sin atender el fondo del asunto, pues señala que luego de la investigación se verificó que las transacciones reclamadas no presentan condición de error, y para concretar el movimiento,

se utilizaron elementos cuya tenencia y resguardo es de exclusiva responsabilidad del titular.

2°) Que, la denunciada ha solicitado el rechazo de la denuncia. Agrega que, ante el reclamo del consumidor se le informó que no era posible acceder al reintegro del dinero, pues las transacciones efectuadas, lo fueron con su tarjeta, sin error, y para efectuar los giros, se utilizó su clave secreta, así como se le informó que no había efectuado ninguna denuncia ante organismos policiales o la justicia por este motivo. Señala que existe la posibilidad que los giros de dinero hayan sido efectuados por terceros o por el mismo tarjetahabiente, pues no existía a la fecha del bloqueo del plástico, ni denuncia de pérdida o hurto. La denuncia pretende imputar responsabilidad al Banco frente a un hecho, que en su decir, fue cometido por un tercero no identificado, haciendo fe de lo que señala el denunciante. No puede haber violación a la ley 19.496, pues el Banco no ha cometido ningún delito ni ha actuado con negligencia, pretendiendo el Sernac la existencia de un sistema que exime de toda responsabilidad al consumidor, y atribuye la misma, en toda circunstancia, al proveedor.

3°) Que, el hecho que origina la denuncia es el desconocimiento que el consumidor don Guillermo Cartagena Gatica de tres giros desde su cuenta RUT del Banco Estado, ocurridos entre el 12 y 14 de 2014, según el siguiente detalle: 12 de febrero: $5.000.- y $50.000.-y 14 de febrero: $50.000.-

4°) Que, formulado el reclamo por el titular el Banco respondió que, luego de la investigación de rigor, se verificó que las transacciones reclamadas no presentan condición de error, y para concretar el movimiento, se utilizaron elementos cuya tenencia y resguardo es de exclusiva responsabilidad del titular, esto es tarjeta y clave secreta. Agrega en su respuesta, que las transacciones están efectuadas en terminales cercanos a su residencia; los movimientos no están realizados por el máximo diario permitió; y que, después de cada retiro impugnado la cuenta registró saldo disponible.

5°) Que, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha señalado que para la Prevención de fraudes, los bancos deberán contar con sistemas o procedimientos que permitan identificar, evaluar, monitorear y detectar en el menor tiempo posible aquellas operaciones con patrones de fraude, de modo de marcar o abortar actividades u operaciones potencialmente fraudulentas, para lo cual deberán establecer y mantener, de acuerdo a la dinámica de los fraudes, patrones conocidos de estos y comportamientos que no estén asociados al cliente. Estos sistemas o mecanismos deberán permitir tener una vista integral y oportuna de las operaciones del cliente, del no cliente (por ejemplo en los intentos de acceso) de los puntos de acceso (por ejemplo

direcciones IP, Cajero Automático u otros), hacer el seguimiento y correlacionar eventos y/o fraudes a objeto de detectar otros fraudes".

6°) Que, en el caso de autos, en el evento, no acreditado, que los giros se efectuaron por un tercero que contaba con una tarjeta clonada y que, además, habría obtenido la clave secreta - pues de otro modo no se explica el posible fraude- la conducta de este tercero no se aviene con una situación de fraude, pues cuando aquello ha ocurrido los giros se corresponden con el máximo que se encuentra permitido por el sistema, aprovechando los fines de semana, pues los giros se contabilizan con fecha del primer día hábil siguiente, conducta que no se aprecia en los hechos de autos, pues el primer giro es del día 12 de febrero es por $5.000.- y el segundo por la suma de $50.000.- y el tercero del día 14 de febrero, dos días después es por $50.000.- Si se tratara de un defraudador su conducta no aparece como compatible con el fraude, dada las exiguas cantidades giradas, en circunstancias que había fondos disponibles en la cuenta, incluso después del último giro no reconocido y a que, como se señala en el informe del Banco. Conforme a lo anterior y al hecho de que los giros se hicieron en Temuco, ciudad de residencia del consumidor, y por tanto en la que existe una habitualidad de giros en dicha ciudad, no aparecen patrones de fraude que le permitieran al Banco detectarlo, si ello fuere efectivo, sin que fuera posible, con sus sistemas de seguridad, determinar si efectivamente quien realiza el giro es el titular usando su tarjeta y su clave o un tercero con una tarjeta clonada y utilizando la clave secreta, cuyo resguardo corresponde al titular, debiendo tenerse presente que la simple pérdida de la tarjeta o la clonación de la misma no sirve al efecto de obtener el giro sino se cuenta, además, con la clave secreta.

7°) Que, por otra parte el actor no denunció ante la policía o la justicia el hecho de haber sido víctima del fraude, ni ha ejercido acciones en el ámbito de la ley 19.496, que den cuenta de su ánimo de sostener la denuncia más allá del simple reclamo.

8°) Que, si bien es cierto lo denunciado puede ser posible, esa posibilidad no se transforma en certeza que permita sostener, más allá de toda duda razonable, que los giros no reconocidos corresponden a actuaciones de terceros que, sin contar con la tarjeta original -en poder del titular según lo menciona- y usando la clave secreta - puesta únicamente en conocimiento del titular- logró sacar dinero de la cuenta del consumidor reclamante. A partir de ello, entonces, no es posible atribuir responsabilidad del Banco, por no haber adoptado medidas de seguridad que impidieran un fraude, tanto porque el fraude no se encuentra acreditado, cuanto porque, de ser efectiva la actuación

de un tercero, su conducta no reúne patrones de fraude que permitieran al sistema detectarla.

9°) Que, por otra parte la ley 20.009 establece el derecho del tarjetahabiente a limitar su responsabilidad en los términos establecidos por esta ley, en caso de hurto, robo o extravío, **dando aviso pertinente al organismo emisor**. (artículo 1°) El inciso 2° establece que " El emisor de las tarjetas deberá proveer al tarjetahabiente servicios de comunicación, de acceso gratuito y permanente, que permitan recibir y registrar los referidos avisos. Por el mismo medio de comunicación, y en el acto de recepción, el emisor deberá entregar al tarjetahabiente un número o código de recepción del aviso y la fecha y hora de su recepción."

Por su parte el artículo 2° señala que " Las tarjetas por las que el tarjetahabiente haya dado aviso de extravío, hurto o robo, serán bloqueadas de inmediato por el emisor."

A su vez, el artículo 3° establece que " En el caso que las tarjetas sean operadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente titular o los adicionales autorizados por éste.

Las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el tarjetahabiente, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, se tendrán por no escritas.

Por último, el artículo 4° señala 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."

10°) Que, en consecuencia, en principio y de conformidad a lo estipulado en la ley, el banco o la institución emisora de la tarjeta adquiere responsabilidad por todos los hechos ocurridos con posterioridad al aviso, de modo tal que, para que pueda responder en otros casos, debe estar acreditada la falta de seguridad y negligencia en la prestación del servicio que ofrece, acreditación que debe tener contar con algunos antecedentes mínimos a partir de lo cual se pueda deducir aquello, por lo que no basta la simple afirmación por parte del consumidor. Lo contrario significaría alterar los estándar de prueba en perjuicio de los bancos e instituciones financieras, quienes deberían responder aún en el caso de que las afirmaciones de los consumidores sean falsas; es cierto, que el Banco por ser profesional de su actividad cuenta con mayores medios y conocimientos para ilustrar al Tribunal, pero, no lo es menos, que no resulta razonable exigir una conducta casi imposible de cumplir, esto es que **en todo caso** debe distinguir una situación de fraude de una legítima, en el momento

mismo que se está realizando la operación. Esto es tan cierto, que se ha tenido que dictar una ley que regula el fraude con tarjetas, reconociéndolo como un hecho posible de ocurrir, regulando cuándo es responsabilidad del emisor o del tarjetahabiente, limitando la de uno y otro, según las situaciones que contempla.

11°) Que, es necesario tener presente que se trata de un caso puntual, distinto al de la clonación masiva ocurrida en la Región, en que se vieron afectados varios bancos de la plaza, en que claramente se trataba de actividades ilícitas realizadas por bandas especializadas y en las que prácticamente todos los giros y cargos se hicieron desde el extranjero, lo que constituía un patrón de fraude que los bancos no detectaron por lo que, en los casos que fueron denunciados, casi en su mayoría fueron sancionados cuando no reintegraban de inmediato los dineros o anulaban los cargos correspondientes.

12°) Que, en consecuencia, este sentenciador no ha adquirido, más allá de toda duda razonable, que haya existido un fraude en el caso de los hechos denunciados por el consumidor y que el mismo se ha producido por una falta de seguridad y una actuación negligente del proveedor, en la prestación del servicio, lo que lleva al rechazo de la denuncia.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 9 y 14 de la ley 18.287 y 1, 3 letra d), 12, 23 inciso 1º, 24 y 50 y siguientes de la ley Nº 19.496, **SE DECLARA: 1º)** Que, se rechaza la denuncia interpuesta por don **Edgardo Marcelo Lovera Riquelmee. Director Regional y Representante Judicial del Servicio Nacional del Consumidor Región de la Araucanía,** en contra de **BANCO ESTADO,** representado por don Mauricio Eduardo Valdebenito Salgado, sin costas por estimar el sentenciador que el denunciante tuvo motivo plausible para litigar.

Tómese nota en el Rol N°41.801-M Comuníquese y archívese en su oportunidad.

Pronunciada por don GABRIEL MONTOYA LEON, Juez Titular del Segundo Juzgado de Policía Local.

CERTIFICO: que las copias que anteceden son fiel a su original.

Temuco, 27 de Marzo del 2015.

SECRETARIA TITULAR

Servicio Nacional del Consumidor
Región de la Araucanía
- TEMUCO
Recibido el 02 ABR. 2015
Ingresado Bajo Nº 361
Trámite
Firma