

C.A. de Temuco

Temuco, veintisiete de agosto de dos mil quince.

**VISTOS:**

Atendido el mérito de autos **SE CONFIRMA con costas**, la sentencia apelada de fecha nueve de diciembre de dos mil catorce, escrita a fojas 61 y siguientes de estos autos.-

Regístrese y devuélvase.-

*NºPolicía Local-8-2015.* (sac)

**Sr. Mesa**

**Sra. Aravena**

**Sr. Diaz**

**Pronunciada por la Segunda Sala**

Presidente Ministro Sr. Alvaro Mesa Latorre, Ministra Sra. Cecilia Aravena López y abogado integrante Sr. L. Iván Diaz Garcia.

En Temuco, veintisiete de agosto de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

**CERTIFICO:** Que se anunciaron, escucharon relación y alegaron en esta causa los abogados Claudia Painemal, revocando cinco minutos y Andrés Vera, confirmando diez minutos.- Temuco, veintisiete de agosto de dos mil quince.-

***Rol N° 8-2015 Policía Local.-***

**GABRIEL MONTOYA JIMÉNEZ**  
**RELATOR**

Dona Claudia Paineal Ulloa  
Fecha: 16/12/14 Hora: 18,30

Temuco, nueve de diciembre de dos mil catorce.

**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 Bulines N°52, de Temuco, ha comparecido señalando que, en uso de la atribución contenida 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, o su subrogante doña Mary Espinoza Cid, todos domiciliados 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°7633795, de fecha 16/06/2014 interpuesto por José Remigio Henríquez Fariña, RUN 8.641.863-0, domiciliado en Pasaje Río Ural N°587, Sector Santa Rosa, de Temuco, el que da cuenta que este consumidor, en su calidad de cliente, detectó el 19 de mayo de 2014, mediante una llamada de una operadora del Banco, que daba cuenta de una deuda impaga, lo que le sorprendió ya que tenía depositado en su Cuenta RUT fondos suficientes. De inmediato se dirige al cajero automático, constatando que le habían sustraído un total de \$140.000.- y que aún mantenía un saldo de \$111.015.-, por lo que por precaución lo retiró. Se dirigió al Banco, al mesón de Servicio al Cliente, en donde deja reclamo por escrito señalando lo ocurrido y solicitando la devolución, oportunidad en que se le informa verbalmente que se le dará respuesta a su reclamo dentro de 10 a 15 días, entregándole un nuevo plástico de su tarjeta y retirando para su destrucción la clonada. El consumidor funda su reclamo en que la tarjeta fue clonada y que él no habría realizado las seis operaciones de giros, en los días 9 al 19 del mes de mayo de 2014, por los montos de \$35.000.-; \$10.000.-; \$5.000.-; \$15.000.-; \$50.000.- y \$25.000.-, lo que totaliza \$140.000.-, dando oportuno aviso a la entidad bancaria por el fraude que le afecta, sin que el Banco haya dado solución a su requerimiento.

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 "en respuesta a la presentación efectuada en el Banco Estado sucursal Temuco, me permito manifestar que el Banco realizó la investigación de rigor, verificando que en 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, "complementando lo anterior debo informar que:

- 1.- La cuenta afectada después de movimiento reclamado registro un saldo disponible..
- 2.- De acuerdo a nuestro registro, su cuenta N°8641863 ha operado con anterioridad en el canal reclamado.
- 3.- No presenta denuncias ante organismos policiales".

Se deduce que, para el Banco denunciado, el consumidor debió haberse afectado con un retiro total de sus fondos y que el retiro de sus fondos debió haberse realizado de un cajero en que el consumidor no opere con habitualidad, para que proceda la afectación y clonación.

Sumado a ello, se responsabiliza al consumidor de no haber realizado denuncia policial, en atención a que la ejecutiva del mesón de atención al cliente, le había sugerido no hacerlo.

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 Henríquez Fariña, 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, por lo que la denuncia resulta injusta y temeraria.

Señala que el Banco efectuó la correspondiente investigación, y por comunicación de fecha 02 de junio de 2014 se dio respuesta, en la que se le informa que los giros fueron efectuados en los cajeros de Supermercado Líder Express de Rudecindo Ortega N°1575 y del Supermercado Santa Isabel de Bulnes N°279, ambos de esta ciudad, 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 no había efectuado denuncia, así que los movimientos realizados los días sábados, domingo o festivos, después de las 14:00 horas se contabilizan con fecha del primer día hábil siguiente, lo que puede llevar a confusión contable.

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 asumen, hace fe.

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.

No es posible, entonces, atribuir falta de seguridad y actuación negligente al Banco, pues los giros se efectuaron con la tarjeta y clave del titular. No es posible aplicar responsabilidad objetiva a la actuación del Banco.

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**

**1º)** 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 3º letra d), 12 y 23 inciso 1º de la ley citada, que funda en que a través de un reclamo administrativo formulado por don José Remigio Henríquez Fariña, tomó conocimiento de que éste, como cliente del Banco denunciado, denunciaba que se habían efectuado giros desde su cuenta RUT, por distintas partidas, entre los días 9 y 19 de mayo de 2014, totalizando dichos giros un monto de \$140.000.- 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.

**2º)** Que, la denunciada ha solicitado el rechazo de la denuncia, por cuanto ella resulta injusta y temeraria. 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.

**3º)** Que, el hecho que origina la denuncia es el desconocimiento que el consumidor don José Remigio Henríquez Fariña hace de seis giros desde su cuenta RUT del Banco Estado, ocurridos entre el 9 y 19 de mayo de 2014, según el siguiente detalle: 9 de mayo por \$35.000.-; 14 de mayo \$10.000.-; 14 de mayo \$ 5.000.-; 15 de mayo \$15.000.-; 15 de mayo \$50.000.-; 19 de mayo \$25.000.-= Total \$140.000.-

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 la cuenta después del movimiento reclamado registra un saldo disponible de \$111.715.-; que la cuenta ha operado con anterioridad en el canal reclamado; y que no se ha presentado denuncia ante organismos policiales o de justicia.

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 9 de mayo por \$35.000.- y el segundo corresponde al día 14 (cinco días después), fecha en que se realizan dos giros por \$10.000.- y \$5.000.-; 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, en cada caso hubo consulta previa de saldos; además, entre uno y otro giro pasaron varios días. 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.

7º) 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.

8º) 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.

9º) 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 1º) El inciso 2º 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 2º 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 3º 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 4º 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."

**10º)** 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 estándares 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.

**11º)** 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.

**12º)** 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 N°

19.496, **SE DECLARA: 1º)** Que, se rechaza la denuncia interpuesta por don **Edgardo Marcelo Lovera Riquelme**. **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.

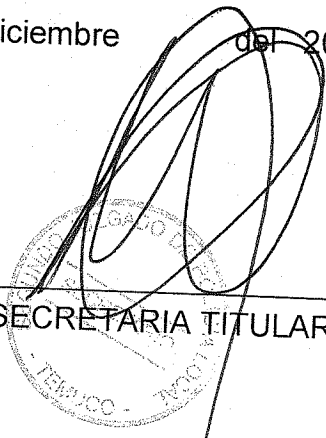
Tómese nota en el Rol N°42.484-M Comuníquese y archívese en su oportunidad.

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, 9 de Diciembre del 2014.

SECRETARIA TITULAR



A large, stylized handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp contains the text "MUNICIPALIDAD DE TEMUCO" and "SECRETARIA TITULAR" around its perimeter. A horizontal line is drawn across the signature and stamp.

*Claudia  
Dars corso*

*[Signature]*  
16 DIC. 2014

Servicio Nacional del Consumidor Región de la Araucanía - TEMUCO	
Recibido el	16 DIC. 2014
Ingresado Bajo Nº	1428
Trámite	
Firma 