

USO MALICIOSO DE UNA TARJETA COMERCIAL HURTADA, ROBADA O EXTRAVIADA: ¿QUIÉN DEBE SOPORTAR EL COSTO DE LAS TRANSACCIONES NO CONSENTIDAS?

*Misuse of a stolen, robbed or lost
business card: Who should bear the
cost of transactions without consent?*

ERIKA ISLER SOTO*

Universidad Bernardo O'Higgins

Santiago, Chile

RESUMEN: El documento aborda el régimen jurídico aplicable a aquellos casos en los cuales existe el uso de una tarjeta bancaria o de casa comercial por parte de un tercero, sin el consentimiento del titular. Se comienza explicando la experiencia comparada, para luego referirse al Ordenamiento Jurídico Chileno. A este respecto, se postula que los cobros posteriores al aviso de extravío o hurto que hiciera el tarjetahabiente, son de cargo del proveedor, salvo que se acredite que fueron realizados por el propio titular. Por el contrario, los cobros anteriores, son de cargo del consumidor, salvo

* Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins; Profesora de Derecho Civil, Universidad Mayor; Becaria Conicyt. Correo electrónico: <erikaisler@yahoo.es>

Artículo recibido el 13 de octubre de 2015 y aceptado para publicación el 10 de noviembre de 2015.

que se pruebe que el mal uso de la tarjeta se debió a un acto negligente del proveedor, en cuyo caso este último debe responder.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, Tarjeta de crédito, Uso malicioso.

ABSTRACT: *This paper addresses the legal regime applicable to cases in which there is a use of a bank card or trading house by a third party without the consent of the owner. It begins by explaining the comparative experience, and then referring to the Chilean legal system. In this regard, it is postulated that after the notice of loss or theft made by the cardholder, all costs must be paid by the supplier, unless it is proved that they were made by the owner himself. By contrast, the previous charges, are borne by the consumer, unless it is proved that the misuse of the card, was due to a negligent act of the provider, in which case the latter should respond.*

KEYWORDS: *Consumer, Credit card, Misuse.*

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la economía moderna, ha conllevado la aparición de nuevas formas de negociación que permiten otorgar celeridad al tráfico mercantil, facilitar la contratación a distancia, así como disminuir los costos de transacción asociados a ello. En directa relación con lo anterior, el tradicional comercio sustentado en el pago mediante dinero físico ha dado paso a nuevos instrumentos, advirtiéndose también una evolución desde los títulos de crédito hasta el uso de tarjetas comerciales que, hoy por hoy, constituyen el medio de pago mayoritariamente utilizado por los consumidores.

Estos mecanismos, alternativos al uso de monedas y billetes, presentan beneficios importantes, entre otros: disminuir la posibilidad de robo o hurto de dinero físico, el ahorro de tiempo que implica girar dinero en sucursales bancarias, el descuento únicamente del monto exacto que cuesta la operación que se está realizando, etc.

No obstante, uno de los problemas más frecuentes que surgen para el consumidor en este ámbito, se refiere al uso malicioso de dichas tarjetas por parte de un tercero, cuando han sido hurtadas, robadas o extraviadas, caso en el cual se debe determinar quién es el sujeto que debe soportar el costo de estas transacciones no consentidas por el tarjetahabiente.

Esta temática se encuentra regulada en nuestro país en parte por la Ley 20.009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito

por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. Esta normativa, aunque establece una presunción de falta de consentimiento del consumidor respecto de aquellas operaciones que han sido realizadas con posterioridad al aviso de la pérdida, hurto, o robo del instrumento de pago, no es clara en orden a establecer sobre quién recae el riesgo.

El presente documento tiene por objeto proponer una respuesta a la interrogante planteada. En atención a que la doctrina en general no ha tratado esta disyuntiva, el análisis se realiza principalmente a partir de la experiencia comparada, las decisiones de nuestros Tribunales de Justicia, así como de los principios y disposiciones de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, aplicable también a estas materias.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La normativa comunitaria europea utiliza de manera genérica la expresión “instrumento de pago” la cual entiende como “todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario —como, por ejemplo, tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio— que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma”¹.

Con todo, el denominado “dinero plástico” tiene dos principales modalidades: las tarjetas de crédito y las de débito.

Las primeras, según BOQUERA, corresponden a “aquellas que permiten obtener dinero en efectivo en la entidad de crédito emisora o en otras entidades unidas a la red, mediante la exhibición en la oficina bancaria de la tarjeta o a través de los cajeros automáticos. También permiten las compras a crédito, pues la entidad emisora concede al titular de la tarjeta la posibilidad de pagar las facturas en varios plazos abonando una cantidad fija o un tanto por ciento sobre la cantidad pendiente de pago hasta su amortización”².

¹ Art. 1 letra a) Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

² BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 965.

Para SANDOVAL, en tanto, se trata de “una operación mediante la cual el emisor, banco o institución financiera, concede al titular de la misma un crédito rotatorio de cuantía determinada gracias a un contrato de apertura de crédito celebrado entre ambos, con el objeto que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos comerciales afiliados al sistema, vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichos establecimientos comerciales a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al banco a pagar, dentro de cierto lapso, dichas adquisiciones o servicios”³.

Las tarjetas de débito por su parte, son aquellas “en las que se verifica su saldo con el banco electrónicamente y se descuenta automáticamente de su cuenta la cantidad total entregada por el cajero o el valor de la compra”⁴.

CRUZ señala que “tienen por objeto reemplazar a los cheques, para lo cual el banco le entrega al cuenta correntista una tarjeta que le servirá no solo para que sea utilizado en algún cajero automático, sino que también para que pueda adquirir los bienes y servicios deseables, siendo cargados a su cuenta el gasto”⁵.

Ambas modalidades tienen características comunes, entre otras, que sólo el titular –o adicional- puede hacer uso de ellas; los pagos se realizan al beneficiario, no siendo endosables o transferibles⁶; permiten al tarjetahabiente el uso de un “servicio de caja” -cajero automático-, sin necesidad de acudir a la ventanilla del banco o institución financiera; sirve de medio de pago⁷, etc. Asimismo, se diferencian en que la segunda exige la celebración previa de un contrato de cuenta corriente, de ahorro o vista a la cual se puedan imputar los pagos, lo que no ocurre respecto de la primera⁸.

III. ANTECEDENTES COMPARADOS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

En el año 1997 se dictó la Directiva europea 97/7 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, la cual establecía que los Estados miembros debían velar para que en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta, existan medidas apropiadas para que el titular pudiera

³ SANDOVAL LÓPEZ (1991) p. 17.

⁴ BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 965.

⁵ CRUZ RENCORET (2003) pp. 49 y 50.

⁶ PLOTT WERNEKINCK (2005) p. 50.

⁷ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) p. 238.

⁸ PLOTT WERNEKINCK (2005) p. 52.

solicitar la anulación de un pago, y se le abonen en la cuenta las sumas del pago o se le restituyan en su caso (art. 8). Si bien esta normativa fue derogada y reemplazada (Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores), la necesidad de su trasposición motivó a los ordenamientos jurídicos internos a regular esta situación.

Así, en España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹ establece que cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulentamente o indebidamente, utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor puede exigir la inmediata anulación del cargo, lo cual debe realizarse a la mayor brevedad. Por su parte, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular, debe éste indemnizar al proveedor los daños y perjuicios producidos a causa de la anulación (Art. 112).

No se refiere a un eventual aviso, ni al límite temporal de la responsabilidad del tarjetahabiente, estimando BATUECAS, que en general se debe distinguir según el sujeto que actuó de manera descuidada: si negligencia en la custodia es imputable al titular, éste responderá; por el contrario, si se debió a un comportamiento negligente del emisor/gestor, debe éste soportar el cobro¹⁰.

Con todo, en general la práctica comercial sí considera en los contratos cláusulas por las cuales se obliga al consumidor a dar aviso del extravío o hurto de la tarjeta, luego de lo cual el pago a un tercero debe soportarlo el proveedor. Según BROSETA y MARTÍNEZ, ellas no pueden considerarse abusivas, por cuanto se trataría de un deber recíproco de buena fe y lealtad¹¹. Por otra parte, en caso de establecerse un monto máximo que el consumidor debe soportar, señala BOQUERA, que éste es independiente del número de transacciones realizadas¹².

En Argentina, la Ley 25.065 sobre sistemas de tarjetas de crédito, compra y débito prescribe respecto de las primeras, como contenido mínimo del contrato entre el emisor y el tarjetahabiente, el procedimiento y responsabilidades en caso de pérdida o sustracción de tarjetas, (Art. 6 letra i). Señala además que cuando las tarjetas de débito o de compra exclusiva se encuentren relacionadas con una tarjeta de crédito, se les aplicará esta ley.

⁹ En su origen la materia se contemplaba en la Ley 7/1996 sobre Ordenación de Comercio minorista, la cual también perdió su vigencia.

¹⁰ BATUECAS CALETRO (2005) p. 205.

¹¹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) p. 240.

¹² BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 981.

Dicha normativa, si bien no está dirigida a tutelar exclusivamente al consumidor, contiene una reglamentación en tal sentido, por lo que integra el derecho del consumidor o usuario. En cuanto a su régimen supletorio, el art. 3 señala que se aplicarán el Código Civil y Código Comercial y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. No obstante, cuando se trate de una relación de consumo, señala la doctrina que la regla se invierte, rigiendo el siguiente orden de prelación: Ley 24.240, Código Civil y Código de Comercio¹³.

Tampoco menciona un eventual deber de denuncia, ni el sujeto pasivo que debe finalmente afrontar el cobro derivado del uso fraudulento de la tarjeta, aunque sí rige el límite del contenido contractual referido a los contratos por adhesión.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Hasta el año 2005 el sistema chileno no contemplaba una ley que abordara esta temática, sino que únicamente regía –también vigente hoy– el deber de mencionar en el contrato suscrito entre el emisor y el tarjetahabiente “las medidas de seguridad relacionadas con el uso de la Tarjeta y los procedimientos y responsabilidades en caso de robo, hurto, pérdida, adulteración o falsificación de la misma”¹⁴. A diferencia del régimen argentino, esta disposición era administrativa y no legal.

En esta época, además la normativa del Banco Central y de la Superintendencia del Ramo establecían la obligación del emisor de proveer al tarjetahabiente un mecanismo gratuito y vigente las 24 horas del día, para dar aviso del extravío, hurto o robo de una tarjeta, el cual debía ser informado al contratar el servicio, y con posterioridad en su sitio web. Además se debía contar con un número telefónico permanente para ello¹⁵ y se le debía entregar por este mismo medio y en el acto de la recepción, un número o código, su fecha y hora¹⁶. Esta última exigencia tenía por objeto otorgar al consumidor la posibilidad de acreditar la verificación del trámite, así como advertir cualquier error que pudiera existir respecto de la oportunidad en que se realizó.

¹³ FARINA (2004) p. 33.

¹⁴ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.1.

¹⁵ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.2; Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 2-15, Capítulo 8-3.

¹⁶ Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 8-3.

Si bien nada se señalaba respecto de eventuales responsabilidades, estimaba SANDOVAL, que hasta el siguiente día de la notificación, el titular era responsable ilimitadamente por las operaciones efectuadas, luego de lo cual cesaba su responsabilidad¹⁷, opinión que fue compartida por Mauricio ZELADA, abogado de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, al informar a la Cámara de Diputados durante la discusión de la Ley 20.009¹⁸.

Por su parte, el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras de ese entonces, Enrique MARSHALL RIVERA, sostenía que las transacciones posteriores al aviso se regían por lo dispuesto en los contratos celebrados entre las partes¹⁹.

Esta falta de regulación, así como la experiencia extranjera, motivó que en el año 2002 se presentara un proyecto de ley que se hiciera cargo de esta situación²⁰, el cual finalmente devino en la Ley 20.009 del año 2005.

Se trata de una normativa que únicamente menciona la facultad del consumidor de liberarse, mediante la realización del aviso respectivo. Esto se evidenció también en la etapa de discusión de la ley, en la cual se señaló que ella tenía por objeto proteger al usuario de abusos e injusticias²¹. Así las cosas, y en razón de la redacción final de la Ley referida, no existe claridad en torno a quién es el sujeto que debe soportar el pago a un tercero extraño sin el consentimiento del titular.

Con todo, la Ley 20.009 eleva a rango legal el deber del emisor de contar con un mecanismo de aviso, así como de entregar por el mismo medio y en el acto de recepción, un número o código de recepción, y su fecha y hora (Art. 1 Ley 20.009).

Agrega que el tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones posteriores al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la

¹⁷ SANDOVAL LÓPEZ (1991) p. 48.

¹⁸ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 20.

¹⁹ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 14.

²⁰ Moción parlamentaria, 14.11.2002, Historia de la Ley 20.009, pp. 4 y siguientes.

²¹ Diputado Hales, Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.009, p. 41.

responsabilidad penal que le corresponda (art. 4)²², a partir de lo cual se ha pretendido establecer la imputabilidad de los cargos.

A partir de esta regla, es que en la atribución del riesgo cobra especial relevancia la notificación del hurto, robo o extravío de la tarjeta comercial, dividiéndose la revisión de la temática a partir de este hecho.

1. Los cargos posteriores al aviso

De acuerdo al proyecto de ley original, una vez verificado el aviso de extravío o hurto de la tarjeta, se excluía de responsabilidad a su titular.

Adicionalmente se establecía que el administrador o el emisor de la tarjeta podía contratar un seguro que cubriera los perjuicios ocasionados por el mal uso del documento, debiendo el usuario responder sólo hasta 2 UF, correspondiente a los gastos de caducidad de la tarjeta y/o la prima del seguro que opere en estos casos²³, lo cual no estuvo exenta de debate en las etapas posteriores. En efecto, Enrique Sepúlveda, Jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de la época, opinaba que la prima debía ser de cargo del emisor y no del titular²⁴. Por su parte, en la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara Baja, un grupo de Diputados -Saffirio, Burgos, Correa, Walker, Uriarte y Molina- propuso que se estableciera la obligación del emisor de contratar dicho seguro para operaciones posteriores al aviso, lo cual fue aprobado por unanimidad²⁵. Además la propia Comisión estimaba que se debía contemplar un deducible de cargo del consumidor, para evitar la liviandad en el uso,

²² Respecto de la alusión a la responsabilidad penal: se refiere a aquel caso en que consumidor da aviso de extravío, hurto o robo con intención de defraudar, lo cual quedaba explícitamente señalado en el proyecto de ley original (Art. único N° 2 Proyecto de Ley), Historia de la Ley 20.009, p. 5.

²³ Art. único N° 4: "(...) En todo caso, el administrador y/o emisor de las tarjetas podrá contratar un seguro para que cubra los perjuicios ocasionados por el mal uso del documento. El usuario, en virtud de lo expuesto, responderá sólo de hasta 2 unidades de fomento, correspondientes a los gastos de caducidad de la tarjeta y/o prima del seguro que opere respecto de estos casos". Proyecto de Ley, 14.11.2002, Historia de la Ley 20.009, p. 6.

²⁴ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 18.

²⁵ Ídem., pp. 23 y 24.

tenencia y cuidado de la tarjeta²⁶, solución que fue alabada por el Diputado Tuma, considerando que el consumidor soportaría una suma baja²⁷.

Una vez arribado el proyecto al Senado, informó Marshall, que un seguro obligatorio podría encarecer el costo de la tarjeta para su titular, y que sería más razonable si el asegurado fuese aquél y no el emisor, puesto que este último normalmente era solvente²⁸. Novoa, compartiendo esta opinión, estimó que sólo debía comprender las 24 horas siguientes al aviso²⁹.

Finalmente, la Comisión de Economía de la Cámara Alta eliminó la exigencia de la contratación de dicho seguro, por estimar que encarecería la tarjeta, y que fijaría un monto fijo por los costos que debía asumir el consumidor, los que en realidad podían ser variables³⁰.

El texto de la Ley 20.009 que entró en vigencia establece que una vez que el consumidor ha notificado al emisor del extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito, en general debe responder el emisor, lo que se desprende de su art. 4 ya señalado, así como del art. 1 conforme al cual el tarjetahabiente puede limitar su responsabilidad mediante la mencionada comunicación.

Reafirma lo anterior, la obligación del proveedor de bloquear la tarjeta de manera inmediata a la notificación (art. 2 Ley 20.009), puesto que además de establecer un deber de diligencia para el proveedor, su incumplimiento o bien un cumplimiento negligente que posibilite el uso no autorizado de la tarjeta, originará además responsabilidad infraccional, si se lo relaciona con los arts. 23 y 50 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

A mayor abundamiento, la normativa del Banco Central prescribe que una vez recibida la notificación, el emisor debe procurar por todos los medios a su alcance impedir la ulterior utilización de la tarjeta aludida, aún en caso de que el titular hubiese obrado con culpa o dolo³¹.

²⁶ Ídem., pp. 22 y 23.

²⁷ Diputado Tuma, Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.009, p. 42.

²⁸ Primer Informe Comisión de Economía, Senado, Historia de la Ley 20.009, p. 52.

²⁹ Ídem., p. 52.

³⁰ Segundo Informe de Comisión de Economía, Senado, Historia de la Ley 20.009, p. 67.

³¹ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.2.

Así, por ejemplo, en la causa “Sernac y González con Efectivo S.A.”³², se condenó a la denunciada por infracción a los arts. 12 y 23 LPDC, por haber cargado a la consumidora operaciones realizadas después del aviso.

Con todo, cabe señalar que la Ley 20.009 no excluye totalmente la responsabilidad del titular, sino que simplemente lo favorece con una presunción simplemente legal. En efecto, conforme a su art. 3 el emisor tiene la carga de acreditar 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 juicio³³-, en cuyo caso naturalmente debe responder (art. 3 Ley 20.009).

Reconociendo que el contrato suscrito por las partes se celebra por adhesión, establece también que una cláusula por la cual se pretenda invertir dicha carga de la prueba, se tendrá por no escrita (art. 3 Ley 20.009). Puede también el legitimado activo optar por solicitar la declaración de la nulidad parcial del pacto (art. 16 A LPDC), invocando las causales de abusividad establecidas el art. 16 LPDC, letras c) y d), esto es, las que “pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables” y las que “inviertan la carga de la prueba en perjuicio del Consumidor”, respectivamente.

2. Los cargos anteriores al aviso

Nada dice la Ley 20.009 respecto de quién debe solventar los cargos anteriores al aviso. Tampoco queda constancia de la intención del legislador, puesto que el único antecedente que consta en la Historia de la Ley, se refiere a la opinión de Sergio Cruz, asesor de Transbank S.A., para quien ello debía ser cubierto por un seguro que el emisor debía ofrecer al titular, quien, si lo rechazaba, debía asumir el pago³⁴.

No obstante, no puede decirse que este silencio implique que siempre deba responder el consumidor, puesto que como ya se señaló, esta normativa tuvo por objeto precisamente tutelarlos y no perjudicarlos.

En efecto, al establecer la posibilidad del consumidor de liberarse de responsabilidad mediante el aviso, no significa que con anterioridad a

³² 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y González con Efectivo S.A.* (2005, Rol n° 7023-VP-2005, 16.12.2005).

³³ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Historia de la Ley 20.009, p. 18.

³⁴ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Historia de la Ley 20.009, p.19.

ello deba él cargar con los cobros no consentidos, sino simplemente que no puede favorecerse de la presunción legal, en orden a inferir que el uso de la tarjeta posterior a la notificación se realizó sin su consentimiento y no le genera responsabilidad.

De esta manera, en el período previo rigen las reglas probatorias generales, entendiéndose que lo normal será que el uso de la tarjeta haya sido consentido por el tarjetahabiente, debiendo acreditarse lo contrario. Ello es de toda lógica, puesto que perfectamente el uso indebido puede deberse también a una deficiente gestión por parte del emisor o del vendedor en cuanto a las medidas de seguridad, en cuyo caso debe responder por su negligencia.

Recordemos que la relación entre las partes, puede ser calificada como de consumo, por lo que también rigen las exigencias de la Ley 19.496, aun cuando se trate de una materia regulada por una ley especial si concurre alguno de los casos del art. 2 bis: las materias silenciadas por la normativa especial (letra a); cuando se encuentre comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores y se solicite indemnización de perjuicios (letra b); y cuando se encuentre comprometido el interés individual pero la normativa especial no cuente con un estatuto indemnizatorio propio (letra c).

En este sentido, recibe aplicación el art. 23 LPDC que sanciona al proveedor que por su actuar negligente, causa un perjuicio para el consumidor. De la misma manera se establece la obligación de dar cumplimiento al contrato (art. 12 LPDC), al cual accede un deber de seguridad en el consumo (art. 3 letra e LPDC), tomándose en cuenta además que el proveedor es un sujeto profesional que actúa dentro de su giro comercial de manera habitual, por lo que se encuentra en mejor posición que el consumidor, de poder evitar el mal uso de la tarjeta.

Este criterio de la negligencia, y precisamente aplicando la LPDC, ha sido el adoptado por la mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre la materia, sosteniéndose en general que es posible atribuir responsabilidad al proveedor, si los cargos anteriores al aviso han tenido como causa una deficiente gestión de los mecanismos de seguridad.

Así por ejemplo, el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago reiteradamente utiliza como factor de discernimiento la verificación por parte del proveedor de la identidad de quien se presenta como titular, mediante la revisión de la firma del comprobante de pago. De esta manera, cuando la firma del *voucher* y la del documento de identidad son manifiestamente disconformes, condena al emisor por infracción al art. 23 LPDC, mencionando expresamente que los arts. 3 y 4 de la Ley 20.009 no implican que las transacciones

anteriores al bloqueo sean siempre de cargo del consumidor, por cuanto el proveedor igualmente responderá si ha habido mal uso imputable a la empresa emisora³⁵.

Se advierte también una diferencia entre las decisiones de la Corte de Apelaciones que han revisado sentencias de este Tribunal en tal sentido: en el año 2007 revocó la condena en la causa “Sernac y Pimentel con CMR Falabella”³⁶ por estimar que la sola falta de aviso implicaba la inexistencia de una infracción a la LPDC.

No obstante en el año 2008, si bien igualmente se desechó la acción por los mismos argumentos, destacó el voto de minoría de la ministra Valdovinos, quien estuvo por condenar a la empresa, sosteniendo que la limitación de responsabilidad del titular por la notificación de extravío (Ley 20.009) no significaba que el intermediario quede relevado de cumplir con las normas mínimas de control en cada una de las operaciones que sean de su cargo, como es la verificación de la identidad del titular³⁷.

Ya en el mismo año, pero unos meses después, este Tribunal de Alzada, adoptó dicha interpretación minoritaria, en “Sernac con CMR Falabella”³⁸, al confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, sosteniendo que la conducta reprochable de la denunciada radicaba en no haber tomado todas las providencias que estaban a su alcance para impedir el mal uso de la tarjeta en cuestión, lo que daba cuenta de que varias de las operaciones se habían realizado con sólo minutos de diferencia y en un mismo local comercial.

³⁵ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Magaña con Falabella SACI* (2006, Rol n° 10.069-DIO-2004); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Navarro con Car S.A.* (2006, Rol n° 21.429-DIO-2005).

³⁶ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Pimentel con CMR Falabella* (2006, Rol n° 15.050-2005). Revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 5391-2006).

³⁷ 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Banco Falabella S.A.* (2007, 10.858-5-2006). Confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Ing. n° 5690-2007).

³⁸ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con CMR Falabella* (2008, Rol n° 8083-DIO-2007). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Ing. n° 1726-2008).

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas³⁹ y el Primer Juzgado de Policía Local de la Florida⁴⁰, estimaron que la falta de aviso no implicaba la ausencia de responsabilidad para el proveedor, si no se había solicitado el carnet de identidad a la persona que realizaba la transacción, o no se habían cotejado las firmas respectivamente.

Otro caso, lo encontramos en la causa “Olivos Carvajal con Johnson’s”⁴¹, que se originó en la acción interpuesta por una consumidora en cuya cuenta se habían cargado transacciones realizadas por un tercero sin su consentimiento. Alegaba además falta de diligencia, puesto que al tener ella en su poder su cédula de identidad, no era posible que se la hubiera podido exhibir al vendedor, de lo que se colegía que la operación comercial había sido autorizada por el proveedor con omisión de dicho trámite. La defensa de la denunciada y demandada radicó en sostener que la notificación referida no se había realizado en los términos exigidos en el contrato, esto es por escrito y dentro de un plazo determinado, por lo que no se había producido el efecto de liberar de responsabilidad a la tarjetahabiente. No obstante, el Primer Juzgado de Policía Local de Curicó, confirmado por la Corte de Apelaciones de Talca, desechó dicha argumentación, condenando a la empresa al pago de una multa infraccional a beneficio fiscal, así como al resarcimiento de los perjuicios efectivamente producidos. La argumentación de la sentenciadora consistió en estimar que si bien el contrato establecía un plazo para dar cuenta o avisar de la pérdida o sustracción de la tarjeta, éste debía contarse desde que la afectada tuvo conocimiento de ello, por lo que el aviso no había sido extemporáneo. Por otra parte, señala que es requisito para que se autorice una transacción comercial, la presentación de la cédula de identidad, lo cual no había ocurrido en la especie. Finalmente agrega que de acuerdo a la prueba presentada en juicio, se puede advertir que la firma estampada en la boleta de compra es totalmente diferente con la consignada en el documento de identidad.

Siguiendo la misma línea de interpretación, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, absolvió a la denunciada, cuando no se pudo constatar

³⁹ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Quiroga con Mega Johnson’s S.A.* (2006, Ing. n° 304-2006).

⁴⁰ 1° Juzgado de Policía Local de La Florida, *Sernac con Comercial Siglo XXI* (2005, Rol n° 11.163-D-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2006, Ing. n° 1802-2006).

⁴¹ 1° Juzgado de Policía Local de Curicó, *Olivos Carvajal con Johnson’s* (2004, Rol n° 1712-2004). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca (2007, Ing. n° 11-2005).

la manifiesta disconformidad de firmas⁴², o bien no se acreditó que la falta de notificación se habría debido a una falla en la plataforma tecnológica que el proveedor había dispuesto para ello, como alegaba la consumidora afectada⁴³.

Una argumentación interesante la encontramos también en “Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.”⁴⁴, en la cual el sentenciador estimó que la regla de responsabilidad por el aviso de la Ley 20.009 no resultaba aplicable al caso denunciado, puesto que la acción se habría fundamentado en otra disposición –art. 23 LPDC- la cual contemplaba una hipótesis infraccional diversa.

Desde este punto de vista, no resultan acertados aquellos fallos que ponen de cargo del consumidor los cobros por la sola falta del aviso, estimando que esta atribución se derivaría de la interpretación *a contrario sensu* de la limitación de responsabilidad por la notificación del art. 4 Ley 20.009⁴⁵, puesto que ello importaría el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en perjuicio del consumidor, sistema por lo demás excepcional en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, de interpretación restrictiva. A mayor abundamiento, no podría ser que una Ley que tiene por objeto beneficiar al titular de la tarjeta, resulte ser más perjudicial que si no se hubiera dictado.

⁴² 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2006, Rol n° 24.081-AMS-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 447-2007); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2005, Rol n° 5794-AMS-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Ing. n° 200-2007); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Olivares con Banco Estado* (2006, Rol n° 26.118-DIO-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 305-2007).

⁴³ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Falabella* (2008, Rol n° 21.481-DIO-2007). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, Ing. n° 808-2009).

⁴⁴ 2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.* (2007, Rol n° 4612-2006).

⁴⁵ 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Efectivo S.A.* (2006, Rol n° 15.460-VP-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2006, Ing. n° 4958-2006).

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Car S.A.* (2008, Rol n° 6297-DIO-2006); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Santander Santiago* (2009, Rol n° 7176-AMS-2006). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, Ing. n° 1091-2009).

Por otra parte, cabe señalar que un pacto por la cual el proveedor pretendiese eximirse de responsabilidad adolecería de nulidad por constituir una cláusula abusiva conforme al art. 16 letra e) LPDC, al contener “limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”.

Similar opinión tienen BROSETA y MARTÍNEZ, quienes sostienen que una convención de eximición total podría comprender aquellos casos en los cuales la tarjeta ha sido utilizada inmediatamente luego de sustraída y antes de que el titular se percate⁴⁶, esto es, no habiendo negligencia de su parte.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo anteriormente planteado, cabe concluir primeramente que la Ley 20.009, si bien regula parcialmente la materia analizada, no es clara en orden a determinar el sujeto llamado a soportar las consecuencias del uso indebido de una tarjeta comercial, hurtada, robada o extraviada.

La situación que menos dudas presenta es aquella que se produce cuando las transacciones se han efectuado con posterioridad a la notificación que realiza el consumidor al proveedor de la pérdida, hurto o extravío del instrumento de pago, puesto que en estos casos por regla general se libera de responsabilidad al tarjetahabiente, salvo que se pueda acreditar que los cargos han sido consentidos.

Por el contrario, cuando las operaciones han tenido lugar antes del aviso, el titular no puede beneficiarse de la presunción establecida para el caso anterior, pero si logra acreditar que ellas han tenido por causa también un acto negligente o doloso por parte del proveedor, debe ser éste último quien debe soportar su costo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BATUECAS CALETRO, Alfredo (2005): *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico* (Navarra, Thomson Aranzadi).

BOQUERA MATARREDONA, Josefina (2007): “Contrato de tarjeta de crédito” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto; CALZADA CONDE, María Ángeles (Dir.):

⁴⁶ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) pp. 240 y 241.

Contratos Mercantiles. Vol. I (Pamplona, Thomson Aranzadi. Tercera Edición) pp. 964-991.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2005): *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II* (Madrid, Editorial Tecnos).

CRUZ RENCORET, Pedro Pablo (2003): *La tarjeta de crédito bancaria* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley).

PLOTT WERNEKINCK, Gustavo (2005): *Manual de operaciones y servicios bancarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (1991): *Tarjeta de crédito bancaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS JURÍDICAS CITADA

Compendio de normas del Banco Central.

Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Ley n° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 marzo 1997.

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

Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, 28.05.2011.

Directiva 97/7 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (20.05.1997), derogada.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de los Consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 25.10.2011.

Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, BOE 17.01.1996, España.

Ley 25.065 sobre sistemas de tarjetas de crédito, compra y débito, 09.01.1999, Argentina.

JURISPRUDENCIA CITADA

- 1° Juzgado de Policía Local de Curicó, *Olivos Carvajal con Johnson's* (2004): 1 de diciembre de 2004, Rol n° 1712-2004. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca, Ing. 11-2005, 14 de mayo de 2007.
- 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y González con Efectivo S.A.* (2005): 16 de diciembre de 2005, Rol n° 7023-VP-2005.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Magaña con Falabella SACI* (2006): 13 de marzo de 2006, Rol n° 10.069-DIO-2004.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Navarro con Car S.A.* (2006): 22 de agosto de 2006, Rol n° 21.429-DIO-2005.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Pimentel con CMR Falabella* (2006): 14 de julio de 2006, Rol n° 15.050-2005. Revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 5391-2006, 21 de marzo de 2007.
- 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Banco Falabella S.A.* (2008): 12 de septiembre de 2007, n° 10.858-5-2006. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 5690-2007, 21 de enero 2008.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Falabella* (2008): 19 de diciembre de 2008, Rol n° 21.481-DIO-2007. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 808-2009, 8 de abril 2009.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Santander Santiago* (2009): 17 de junio 2008, Rol n° 7176-AMS-2006. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1091-2009, 15 de abril 2009.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Car S.A.* (2008): 20 de marzo 2008, Rol n° 6297-DIO-2006.
- 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Efectivo S.A.* (2006): 21 de julio 2006, Rol n° 15.460-VP-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 4958-2006, 18 de octubre 2006.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con CMR Falabella* (2008): 11 de enero 2008, Rol n° 8083-DIO-2007. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1726-2008, 7 de agosto 2008.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Quiroga con Mega Johnson's S.A.* (2006): 4 de diciembre 2006, Ing. n° 304-2006.

1° Juzgado de Policía Local de La Florida, *Sernac con Comercial Siglo XXI* (2005): 12 de octubre 2005, Rol n° 11.163-D-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1802-2006, 31 de mayo 2006.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2006): 27 de septiembre 2006, Rol n° 24.081-AMS-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 447-2007, 21 de marzo 2007.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Olivares con Banco Estado* (2006): 5 de diciembre 2006, Rol n° 26.118-DIO-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 305-2007, 18 de abril 2007.

2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.* (2007): 24 de mayo 2007, Rol n° 4612-2006.