Tesina para optar al grado de licenciados en Ciencias Jurídicas, carrera de Derecho.

La problemática de los literales del artículo 5º ter de la Ley Nº20.009: propuesta interpretativa y su conexión con el fenómeno del "auto fraude".

Tesistas:

Sophia Díaz Matus

Matías Roa Lastra

Profesor Guía:

Eduardo Zamora Fuentes

Diciembre del año 2024

A nuestras familias, por brindarnos su incondicional apoyo en esta travesía, alentándonos en cada desafío que implica el estudio de la Carrera de Derecho, a nuestro profesor guía, por su permanente tutela y por transmitirnos la admiración por el Derecho Comercial, a estos autores, por la constancia y resiliencia en este arduo camino universitario, y a las futuras generaciones de juristas, para que no desistan en perseguir sus sueños.

ÍNDICE

Capítulo 1. Evolución Legislativa de la Ley N°20.009……8

1. Historia fidedigna de la Ley Nº20.009……...8

1.1 Contextualización de la Ley N°21.234 y Ley N°21.673……11

1.2. Puntos críticos abordados por los legisladores en torno al artículo quinto de la Ley Nº20.009 y el abuso del derecho……...11

2. Análisis estadístico de distintas entidades bancarias en relación con el artículo 11º de la Ley N°20.009……19

2.1. Informe normativo del Banco Santander….....20

2.2. Informe normativo del Banco de Chile…….21

2.3. Informe normativo del Banco Estado……....22

2.4. Informe normativo del Banco Scotiabank……..23

Capítulo 2. Teoría sobre el abuso del derecho……...25

2. Sobre el abuso de derecho en general……..25

2.1 Sobre el abuso del derecho en particular…….28

2.2. Sobre la hipervulnerabilidad de los consumidores en los contratos financieros y electrónicos…….33

2.3. La acción temeraria que efectúa el consumidor a la luz de la Ley N°19.496 y su nexo con el abuso del derecho……..38

2.4. Sobre la presunción legal de dolo o culpa grave por el tarjetahabiente de acuerdo a los literales del artículo 5º ter y su eventual conexión con el fenómeno del auto fraude...41

2.5. Propuesta interpretativa de las causales del artículo 5º ter de la Ley N°20.009…….42

Capítulo 3. Análisis sobre el derecho comparado……..50

3.1. Derecho Uruguayo, Ley N°19.731……50

3.2. Derecho Español, Real Decreto Ley 19/2018…….....52

3.3. Derecho Peruano, Resolución S.B.S. N°5570-2019 y N°02286-2024……..53

3.4. Conclusiones del análisis comparado…….54

Conclusiones……...55

Bibliografía…….57

Bibliografía Jurisprudencial……..61

RESUMEN

Nuestra tesina posee como aspectos centrales, analizar el contenido del actual artículo 5º ter de la Ley Nº20.009, en cuanto si, al tenor de sus literales, cabe la posibilidad que los consumidores incurran en la figura atípica del abuso del derecho, vale decir, en el fenómeno denominado cotidianamente como "auto fraude".

Para ello, resulta fundamental exponer el íter legislativo de la ley en comento, ya que las numerosas modificaciones que sufrió con la dictación de la Ley N°21.234 y la Ley N°21.673, las cuales reflejan la mutación del espíritu original de esta ley, al contemplar esta, primitivamente, un carácter proteccionista de los derechos de los consumidores, mientras que, en su redacción actual, tal espíritu que inspiró su dictación pareciera haberse diluido a través de las varias causales del artículo 5º ter de dicha ley, que presumen la conducta dolosa o culpable de los tarjetahabientes.

Junto con analizar casuísticamente las anteriores hipótesis, es relevante acudir a la doctrina nacional y comparada, además de jurisprudencia ejemplar que analice los requisitos, características, condiciones del caso a caso, sobre la concurrencia o no de dolo o culpa grave por parte del tarjetahabiente, entre otras consideraciones que efectúen los tribunales de justicia.

Además, resulta de vital importancia para verificar o falsear nuestra hipótesis, realizar un contraste y comparativa con la legislación foránea sobre el fraude bancario y el desconocimiento de transacciones efectuadas por los consumidores, acudiendo de esta manera a vivencias locales y del continente europeo en busca de confrontar y dialogar estas experiencias con la redacción legislativa nacional, a fin de establecer fortalezas, debilidades, puntos a modificar, a rescatar o a implementar, entre otras conclusiones a las que se arribaran en su oportunidad, todo lo anterior a luz de los diversos informes emitidos por las entidades bancarias de nuestro país, los cuales dejan entrever los altos montos en que se incurren por concepto de desconocimiento de transacciones efectuadas por los titulares de medios de pago electrónicos.

De lo anteriormente expuesto, se concluye a la luz del estudio de la interpretación actual del artículo 5º ter de la Ley N°20.009, que los usuarios o tarjetahabientes pueden incurrir en conductas fraudulentas en el uso de sus medios de pago electrónicos, ya sea a través de un comportamiento culpable o doloso, con el fin de obtener un enriquecimiento injustificado al

realizar el desconocimiento respectivo de determinadas transacciones que estos realicen por sí mismos, o concertados con terceros para tal efecto.

DESCRIPTORES GENERALES O PALABRAS CLAVE

Auto fraude, abuso del derecho, consumidor financiero, hipervulnerabilidad, interpretación restrictiva.

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Ley N°21.673, han surgido para los operadores jurídicos, particularmente los jueces de los Juzgados de Policía Local de nuestro país, dificultades prácticas al momento de interpretar y aplicar, los diferentes literales del artículo 5º ter de la Ley Nº20.009, debido a que su redacción es ambigua y porosa, permitiendo la ocurrencia de una amplitud de situaciones no contempladas por la ley que sí tienen el carácter de una conducta culpable o dolosa por el consumidor. En consecuencia, se constatan diversas sentencias definitivas contradictorias[1], en las cuales se interpretan y aplican los literales del artículo ya mencionado de forma diversa[2] en casos análogos. Específicamente, en algunos casos fue

[1] De esta forma, revocando la sentencia del Juzgado de Policía Local de la Pintana, y así, condenando al consumidor a restituir el monto de 35 Unidades de Fomento abonado por el Banco Santander, con su respectivo reajuste, se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, particularmente, en su Considerando Segundo y Tercero, los cuales señalan: "Segundo: Que ha de entonces determinarse si las operaciones no reconocidas por el usuario fueron realizadas con la concurrencia de culpa grave, facilitando con ello su concreción, como lo alega la demandante. Al respecto, resulta suficientemente probado que las operaciones desconocidas fueron efectuadas por el demandado, o, con su conocimiento. Para ello ha de tenerse en consideración, ante todo, que a fs. 37 rola el certificado del reclamo formulado por el demandado, en el que consta que "las transacciones desconocidas fueron validadas con lectura de CHIP (columna validación chip SI), es decir, se realizaron en forma presencial y con la tarjeta real del cliente", agregando que "No se evidenciaron errores en el ingreso de la clave secreta (columna Failback NO), y confirmando además que la validación del ARQC (Authorization Cryptogram) es correcta junto con la criptografía enviada en la transacción", de lo que se sigue que "No existen indicios de patrón de fraude, ni vestigios que terceros hayan intervenido la tarjeta o que hayan manipulado algún terminal utilizado anteriormente, descartándose la clonación de la Banda Magnética". Adicionalmente, es menester tener en consideración que de acuerdo a la Carta de la Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A. que rola a fs. 86, no es posible generar 2 o más Chip iguales sin existir una autorización previa por parte del emisor. No existe en la causa antecedente que diga relación con que la tarjeta haya sido extraviada u objeto de hurto o robo." "Tercero: Que, en atención a lo antes expuesto, atendido que las operaciones desconocidas por el demandado, según la prueba rendida, se hicieron por él o con su autorización, empleando para ello su tarjeta de débito, no puede menos que estimarse acreditada su culpa grave en los hechos de autos, facilitando la realización de tales operaciones, por lo que la demanda ha de ser acogida." Por tanto, a juicio de la magistratura, el mero hecho de haberse empleado físicamente el medio de pago electrónico de un tarjetahabiente es antecedente suficiente y posee el valor probatorio necesario para presumir su dolo o culpa grave. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala segunda. Caratulado BANCO SANTANDER -CHILE/ JUAN BELMARSAAVEDRA. ROL 372-2023. Fecha de sentencia: 23 de agosto de 2024.

[2] Ahora, contradictoriamente a lo señalado por la sentencia antes citada, el hecho de haber sido utilizado un medio de pago electrónico de un tarjetahabiente no es antecedente suficiente para presumir su actuar doloso o culpable, según lo ha establecido la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en su Considerando Décimotercero y Décimocuarto, sosteniendo que: "DECIMOTERCERO. Que en la querella el Banco sostiene que los movimientos

reconocido que el actuar del tarjetahabiente había sido doloso o culpable por haber éste entregado su clave secreta bancaria a un tercero que finge ser un ejecutivo bancario. En otros casos, se declaró la responsabilidad del ente bancario, al no contar con un sistema de protección de datos eficaz para evitar este tipo de fraudes.

La importancia del presente tema de investigación radica en proporcionar una posible solución interpretativa en lo que respecta a la última modificación de la Ley N°20.009, la cual fue realizada en el mes de mayo del año 2024, donde existe una doctrina incipiente y primitiva con respecto a la interpretación y aplicación de las nuevas causales del artículo 5º ter de la ley en comento, por lo que la finalidad de la presente investigación es otorgar una línea interpretativa de tal precepto.

Lo anterior, también se encuentra dirigido a los operadores jurídicos, es decir, abogados y funcionarios judiciales, con el fin de ofrecer un criterio interpretativo en el cual puedan interpretar y aplicar las causales ya mencionadas, para sustentar los argumentos que plasmen en sus demandas y sentencias.

Para ello, acudiremos a la doctrina nacional y comparada, además de jurisprudencia ejemplar que analice los requisitos, características, condiciones del caso a caso sobre la concurrencia o no de dolo o culpa grave por parte del tarjetahabiente, entre otras consideraciones que efectúen los tribunales de justicia. Asimismo, expondremos cifras relativas a la información

---

fueron realizados por el canal 02 Internet, con validación de sus claves de acceso en la forma reseñada precedentemente, "motivo por el cual se presume negligencia en el actuar del querellado". Sin embargo, la obligación legal del querellante es probar la existencia de dolo o culpa grave en el usuario y no "presumirla" por el solo uso de las claves y elementos de seguridad determinados previamente por el Banco. DECIMOCUARTO. Que la apelante alude al concepto fundamental de la buena fe que exige que los actos sean razonables, lógicos y explicables, y el muy conocido concepto que dice que lo que es público y notorio no requiere de prueba y, en el presente caso, sostiene, es público y notorio para todo el que tenga una cuenta, que es absolutamente imposible el que puedan hacerse transacciones bancarias, vía internet y por medio del canal privado Botón de Pago, sin utilizar el acceso autorizado que solo el cliente conoce y son necesarios para hacer cada transacción, a las cuentas que él mismo decida como destino de sus fondos, concluyendo que no puede caber duda alguna que se debe acoger la querella infraccional y demanda civil de la actora, por la existencia, al menos de culpa grave por parte de la querellada y demandada de autos, en razón de que las operaciones que desconoce como suyas, pero que acorde a lo explicado es imposible que no sean de propia mano de ella o de aquel a quien hubiere entregado los secretos inherentes a las operaciones efectuadas. Estas apreciaciones no son compartidas por estas sentenciadoras, desde que el dolo o la existencia de culpa grave deben ser acreditadas por quien las invoca. En el caso en estudio, todas las afirmaciones que se hacen respecto de la falta de cuidado o negligencia de la demandada en haber proporcionado sus claves a terceros, siendo esa la causa de la materialización de las transferencias que se impugnan, el Banco las sustenta en documentación que emana de su propia parte y que sólo contienen una particular e interesada explicación de los diversos procedimientos a que deben someterse las transacciones que se realizan en sus plataformas electrónicas. Ello lleva a concluir que, al no haberse acreditado por el Banco Estado que la operación cuestionada provenga de un actuar con dolo o culpa grave de la usuaria, la sentencia que rechazó la querella y la demanda civil, deberá ser confirmada." Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Sala Primera. Caratulado BANCO DEL ESTADO DE CHILE CONTRA JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ RIVERA. ROL 235-2023. Fecha de sentencia: 11 de septiembre de 2024.

estadística nacional de transacciones no realizadas por usuarios, las cuales fueron desconocidas ante los principales bancos de nuestro país. Por último, examinaremos la legislación comparada con el fin de identificar puentes de armonía y de diferencias con nuestra legislación.

CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY N°20.009.

En el presente capítulo se analizará la historia de la Ley Nº20.009 en los puntos críticos de su discusión legislativa referidos a los fines del presente cuerpo legal y a la posibilidad que dicha regulación propiciará un escenario favorable para el abuso del derecho por parte de los consumidores, objeto de investigación de esta tesina.

1. Historia fidedigna de la Ley N°20.009.

El día 14 de noviembre del año 2002 surge una moción parlamentaria por parte de los diputados José Miguel Ortiz, Exequiel Silva, Fidel Espinoza, Jorge Burgos, Patricio Hales, Camilo Escalona, Patricio Walker, Iván Paredes y Eduardo Saffirio, con el propósito de crear un proyecto de ley que limite la responsabilidad del usuario en el uso de tarjetas bancarias en caso de extravíos, hurtos y robos.

El origen de tal proyecto de ley se debió, principalmente, a los avances tecnológicos que surgieron masivamente en el país: la llegada del dinero plástico, esto es, el uso de tarjetas de débito y de crédito. El derecho debía responder a nuevas circunstancias del mercado, especialmente, en lo referido a las transacciones por medio de tarjetas, por lo que se pretendió limitar la responsabilidad del tarjetahabiente. Este proyecto establece el deber del usuario de dar aviso al banco para minimizar posibles perjuicios que puedan surgir por su mal uso.

Asimismo, este proyecto de ley buscaba positivizar un mecanismo en que el usuario diera aviso oportuno a la entidad bancaria sobre el extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito o débito que se le ha expedido, puesto que, previo a la promulgación de la Ley Nº20.009, respecto al sistema de aviso de extravío, hurto o robo de un medio de pago electrónico, tal mecanismo

solo se contemplaba, generalmente, en los contratos de cuenta corriente celebrados con una entidad bancaria en particular[3], siendo este un contrato de adhesión[4] [5] [6].

El proyecto original contemplaba un artículo único, el cual poseía un contenido proteccionista hacia el consumidor tarjetahabiente[7]. Tal proyecto fue revisado en la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, en la cual participaron diversos organismos asociados al sistema bancario financiero[8], y, en tal oportunidad, quien se refirió implícitamente al potencial abuso del derecho fue Mauricio Zelada Pérez, abogado de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, quien propuso establecer un seguro obligatorio con el objetivo de limitar la responsabilidad de los usuarios, operando de forma retroactiva hasta 24 horas desde que se diera el aviso a la entidad bancaria correspondiente del extravío, hurto o robo de la tarjeta. Sin embargo, esta propuesta se rechazó, señalando que el problema de tal instauración conllevaría a que los usuarios incurrieran en un fraude contra la institución financiera. El proyecto del Senado

---

[3] Este punto fue expuesto como fundamento a la moción parlamentaria de la Cámara de Diputados del, en aquel entonces, primitivo proyecto de ley de la Ley Nº20.009: "*(…) El actual sistema de las notificaciones de extravío, hurto o robo de una tarjeta, generalmente está regulado en los contratos que deben firmar quienes desean operar con este tipo de documentos, contratos que se definen como contratos de adhesión, esto es, contratos en los cuales el cliente, futuro tarjeta habiente, tiene como exclusivas posibilidades el aceptar o rechazar la oferta que se le hace en formularios pre impresos (…)"* Boletín Nº3129-03, 2003. (p. 3).

[4] Conceptualmente el contrato de adhesión puede entenderse como "*el tipo de contrato que presenta cláusulas preestablecidas e impuestas por una de las partes, cabiendo a la otra, solo adherirse o no a lo estipulado*" Lídice, R. *El contrato de adhesión como instrumento de regulación en las relaciones de consumo y empresariales*, 2018. (p. 11).

[5] En este sentido, la Ley Nº19.496 en comento define en el artículo 1º nº 6 a los contratos de adhesión como: "*aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*." Ley Nº19.496, promulgada el 07 de febrero del año 1997. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

[6] Según Iñigo de la Maza, quien explica el fenómeno de los contratos de adhesión, la ventaja de estos radica, principalmente, en que los costos de transacción incurridos en ellos se reducen significativamente, debido a que: "*La existencia de contratos por adhesión suprime –o, al menos, reduce significativamente- los costos de negociación al evitar que el proveedor deba negociar por separado con cada uno de los potenciales clientes los términos en que se prestará el bien o servicio objeto del contrato."* Al mismo tiempo, el autor señala, respecto a los riesgos de este tipo de contrato, que los consumidores *"No son, por regla general, capaces de discriminar aquellos contratos que poseen condiciones abusivas"*, y que, debido a ello, "*será necesaria la intervención del Estado a través de la implementación de algún mecanismo de control de cláusulas abusivas* (...)" De la Maza, I. *Contratos por adhesión en plataformas electrónicas*, 2005. (p. 6).

[7] En sentido, enfatizando el carácter proteccionista de la ley en comento, la profesora María José Arancibia ha señalado *"Como se puede apreciar, la Ley N°20.009 nació con el claro espíritu de proteger al tarjetahabiente, estableciendo una presunción simplemente legal a su favor cuando ha realizado un uso normal y correcto de la tarjeta de crédito (...) "Por lo demás, esta interpretación es concordante con los fines que persigue el derecho del consumidor, en cuanto a reglamentación destinada a proteger a una de las partes de la relación contractual, que se considera está en posición asimétrica en comparación-en este caso- con la entidad bancaria (...)"* Arancibia, M. *Tarjetas de pago, análisis de la Ley N°20.009*, 2024. (p. 131).

[8] Según Enrique Marshall, Superintendente de Bancos e Instituciones financieras de la época, la manera idónea en que debía regularse la limitación de la responsabilidad del tarjetahabiente ante casos de extravío, hurto o robo es por medio de cláusulas contractuales especiales que suscriban las partes. En este sentido, una de ellas es aquella cláusula que, ante las situaciones ya descritas, impone una doble carga al usuario, siendo estas el deber de formular una denuncia penal, y la obligación de dar aviso inmediato por escrito al emisor, lo que limitaría su responsabilidad solo a contar del día subsiguiente a tal comunicación, entendiendo así que anterior a tal plazo el usuario es responsable por el uso de su medio de pago electrónico. La doble carga mencionada anteriormente compone, paradójicamente, el texto vigente de la Ley Nº20.009. Boletín Nº3129-03, 2003. (p. 10).

fue aprobado el 10 de marzo del año 2005 por la Cámara de Diputados, con la salvedad de las modificaciones incorporadas por la Ley N°21.234 del año 2020 y la Ley N°21.673 del año 2024.

Tales modificaciones, a partir del proyecto de ley sobre la Ley Nº21.234, comenzaron el día 10 de enero del año 2017, producto de una moción parlamentaria en el Senado por parte de los senadores Manuel José Ossandón; Eugenio Tuma; y Lily Pérez[9], debido a que desde la promulgación de la Ley Nº20.009 comenzó a producirse una situación imprevista, la cual se tradujo en el aumento de casos sobre conductas fraudulentas que recaían en diversos medios de pago en el año 2015, ascendiendo a 34.300 casos por tal concepto.

Se verificó que el usuario se encontraba en una situación de indefensión respecto a nuevas formas de comisión de delitos, por instancia, la clonación de tarjetas, pharming, skimming, entre otras, puesto que el consumidor se enteraba de tales ilícitos al percatarse del recargo de las transacciones realizadas sin su conocimiento, por lo cual, no podía ejercer su derecho de notificar al banco oportunamente del bloqueo de su tarjeta al no estar contemplada tal hipótesis en la primitiva Ley Nº20.009. Es por ello, que los tarjetahabientes comenzaron a recurrir a la justicia por medio de querellas infraccionales en contra de los bancos, amparándose en la Ley Nº19.496, porque las instituciones bancarias habían aceptado tales operaciones no autorizadas o inobservaron las medidas de seguridad suficientes sobre sus medios de pago electrónicos[10]. Así también comenzó a constitucionalizarse el conflicto mediante la presentación

---

[9] A raíz de tales senadores, a partir de la Moción Parlamentaria 79º, Legislatura 364º, se comenzó a legislar sobre, el aquel entonces, proyecto de ley de la actual Ley Nº21.234. Boletín N°11.078-03, 2017. (p. 3).

[10] De esta forma, el legislador consideró la jurisprudencia nacional al debatir el proyecto de la ley de la actual Ley Nº21.234, indicando que: "*Desde el punto de vista judicial, podemos encontrar pronunciamientos específicos de la justicia respecto de la responsabilidad tanto del emisor como del tarjetahabiente basados en las disposiciones de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. De especial interés resulta la querella infraccional presentada contra el Banco de Chile por autorizar operaciones no realizadas por el tarjetahabiente, incluso luego de haber sido bloqueada la tarjeta de débito del actor. El actor describe la situación típica que se encuentra en estudio: se realizan cargos a su cuenta corriente por medio de su tarjeta de débito, utilizando los datos de la banda magnética y su clave personal, por lo que el banco los autoriza, sin embargo, alega que tales operaciones nunca fueron realizadas por el tarjetahabiente. En segunda instancia la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la querella infraccional contra el Banco de Chile (o Banco Edwards) por no tomar las medidas de seguridad necesarias para determinar si quien operó la tarjeta de débito del demandante fue realmente éste, en el escenario típico de un fraude por clonación de la banda magnética de la tarjeta. Los argumentos de la Corte señalan "[...]que en el presente caso se incurrió efectivamente en infracción a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, al no emplearse las medidas de seguridad y resguardo necesarios en el uso y manejo de la tarjeta de débito/crédito, que permitiesen comprobar que la persona que efectuó los giros de dinero realmente haya sido la legítimamente autorizada, en este caso, el actor.*"
Junto a ello, se agrega que: *"[...] el solo hecho que las transacciones denunciadas figuraran aparentemente como efectuadas por el titular, no permite liberar a la institución bancaria que cursó los giros de la obligación de actuar con la debida diligencia, responsable y cuidadosamente, impidiendo la materialización de sucesivas transacciones mientras no se verificara la legitimidad de las operaciones, máxime si se tiene en consideración que este modus operandi corresponde precisamente a una de las formas clásicas de fraudes por clonación de tarjetas de débito y crédito.*" Boletín N°11.078-03. 2017. (pp. 5-6).

de masivos recursos de protección por parte de los usuarios en contra de los emisores de tarjetas[11], siendo objeto de análisis por renombrados especialistas en esta área[12].

1.1. Contextualización de la Ley N°21.234 y Ley Nº21.673.

El objetivo de la Ley Nº21.234 consistió en instaurar la obligación de los emisores de contar con medidas de seguridad eficientes, resolver los plazos en que los bancos debían devolver los importes pagados en operaciones fraudulentas -presente en el artículo 5° de la Ley N° 20.009-, en el que se proponía originalmente que fuera en 24 horas, y regular el régimen de exención de responsabilidad del usuario frente a fraudes que le afecten.

1.2. Puntos críticos abordados por los legisladores en torno al artículo 5º de la Ley N°20.009 y el abuso del derecho.

La principal problemática señalada por el legislador respecto de la Ley Nº20.009 fue aquella relativa al fenómeno del auto fraude en el que se decía que incurrían los consumidores a través del desconocimiento de las transacciones que estos realizaban[13]. Tal problemática

[11] Un fallo paradigmático sobre esta acción constitucional fue el dictado por la Excelentísima Corte Suprema el 29 de mayo de 2019, por la cual sostuvo que los riesgos de la pérdida de dinero en el contrato de cuenta corriente debían ser de cargo del banco, al haber éste obtenido su dominio mediante la figura del depósito irregular. Así, dictaminó: "De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídica sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través de la cuenta bancaria del actor circunstancia que fuerza a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo." Considerando octavo: "Que, asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que al no asumir el perjuicio económico trasladando los efectos del fraude bancario al actor, afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19º n° 24 de la Constitución Política." Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (2018). Caso Beltrami Fuentes, Patricio contra BBVA CHILE S.A. ROL 29.892-2018. Fecha de sentencia: 29 de mayo de 2019.

[12] Entre otros autores, el profesor Hernán Corral ha calificado el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia respecto a la sentencia previamente citada como "(...) *impecable, y totalmente ajustado a Derecho* (...)", a pesar de que, en un sentido crítico, también señaló respecto al deber de seguridad de las entidades bancarias *"Sin embargo, hemos de advertir que este criterio aplicado de manera indiscriminada podría ser excesivamente gravoso para el negocio bancario. Siempre puede decirse que los bancos deberían incrementar las medidas de seguridad frente a los desafíos de la tecnología, pero es necesario reconocer que por muchas medidas que se tomen nunca un sistema estará blindado frente a los fraudes y los delitos (...)"* Corral. H. *Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario*. 2019.

[13] Así se ha expresado el legislador al revisar la historia fidedigna del establecimiento de la ley, al expresar que: "*Destaca que es necesario mejorar el proyecto de ley, destacando la necesidad de clarificar las reglas y la responsabilidad ante transacciones que desconoce el titular sin existir la condición de extravío, hurto o robo; reglamentar las condiciones y acotar periodo de desconocimiento y restitución de las transacciones pasadas, de manera de evitar una innecesaria incertidumbre. En el régimen sancionatorio es importante fortalecer las sanciones tratándose de reincidencia, casos de asociación ilícita u organizaciones delictuales y es necesario abordar los perfeccionamientos que desincentiven el autofraude."* Boletín Nº11.078-03. 2017. (p. 133).

diagnosticada intentó ser subsanada por medio de las modificaciones que la Ley Nº21.234 introdujo a aquella ley primigenia, sin embargo, como se analizará a continuación, tal objetivo ponderado por el legislador en la tramitación de este cuerpo legal fue, en definitiva, desechado, por lo que finalmente, las modificaciones estuvieron orientadas a resolver otras situaciones, particularmente, en imponer a los entes financieros la mejora efectiva de sus sistemas de seguridad; el establecer plazos en los cuales el banco debe restituir los fondos; entre otras.

Durante el Segundo Trámite Constitucional, los diputados Sofía Cid, Boris Barrera, Alejandro Bernales, Renato Garín, Harry Jürgensen, Miguel Mellado, Jaime Naranjo, Alexis Sepúlveda y Enrique van Rysselberghe, propusieron como indicación una nueva redacción al artículo 5º de la Ley Nº20.009[14], y, sobre tal propuesta, convergen las posturas de diversos autores respecto a las medidas que deben ser efectuadas para mitigar el auto fraude. En este sentido, el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, José Ramón Valente, sostuvo que el deducible[15] opera como un método que desincentiva tal práctica[16]. Posteriormente, participó el vicepresidente ejecutivo de Retail Financiero A.G., Claudio Ortiz, el cual propuso incorporar al artículo 7° del proyecto de ley un delito que tipificaba el auto fraude[17]. Asimismo, el presidente de la ODECU, Stefan Larenas, señaló que la legislación debía establecer una sanción para los usuarios que incurran en la figura del auto fraude[18]. Por último, Michel Labbé, jefa de asesores del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, expresó la potencial conducta del auto fraude

---

[14] La indicación presentada por los legisladores antes mencionados posee el siguiente tenor: "*El emisor deberá proceder a la cancelación provisional de los cargos o a la restitución provisional de los fondos correspondientes a las operaciones realizadas con anterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, tratándose de operaciones cuya autorización ha sido desconocida por el usuario, dentro de los siete días hábiles siguientes al reclamo. Tratándose de estas operaciones, la restitución provisional de fondos podrá estar afecta a un deducible máximo equivalente a cero coma cinco unidades de fomento de cargo del usuario, para el total de las operaciones que puedan ser desconocidas en relación al aviso a que se refiere el artículo 2° de esta Ley (...)*" Boletín Nº11.078-03, 2017. (p.157).

[15] El Senador Ossandón manifestó su descontento ante tal propuesta, declarando que aquella modificación beneficia únicamente a los bancos, y que fueron tales entidades las que propusieron su incorporación a raíz de un Lobby, lo cual va en contra del sentido original del proyecto de ley, el cual se pensó para usuarios de cuenta rut, quienes gozan de recursos modestos y no pueden estar a la deriva de una devolución provisoria ni de un descuento. Boletín N° 11.078-03, 2017. (p. 178).

[16] No obstante, tanto la denominación *"provisoria"* como *"deducible"* del inciso primero del artículo en comento, fueron eliminadas en votación unánime por los diputados, señores Boris Barrera, Alejandro Bernales, Renato Garín, Harry Jürgensen, Miguel Mellado, Jaime Naranjo, Rolando Rentería, Alexis Sepúlveda, Pedro Velásquez y Sofía Cid. Boletín N° 11.078-03, 2017. (p. 181).

[17] Además, propuso incorporar la frase: "*Criterios que habiliten a los emisores para poner término al contrato financiero en caso de reincidencia reiterada de desconocimiento de transacciones.*" Tal propuesta se asemeja en su contenido a la actual redacción del literal e) del artículo 5º ter de la Ley Nº20.009. Boletín N° 11.078-03, 2017. (p. 36).

[18] En tal sentido, Stefan Larenas señaló: *"(…) ambas partes tienen un deber de diligencia, tanto consumidores como emisores de tarjetas. Por una parte, la responsabilidad principal debería recaer sobre el dueño del producto, en quién el consumidor depositó su confianza para la custodia del dinero y que se hayan tomado las suficientes y adecuadas medidas de seguridad. Por otra parte, también la legislación debe contemplar las sanciones para los que cometen auto fraudes. Ambos tienen deberes de diligencia. Pero en la práctica toda la responsabilidad recae en el consumidor*". Boletín N° 11.078-03, 2017. (p. 248).

respecto de las tarjetas de débito, puesto que nada impedía que el tarjetahabiente retirara un determinado monto para luego desconocer tal transacción y obtener con ello una rentabilidad absoluta[19].

El día 30 de mayo del año 2024 se publicó la Ley N°21.673, la cual se inició mediante mensaje N°206-37 del Presidente de la República, Gabriel Boric Font, para adoptar medidas que mitiguen el sobreendeudamiento, modificándose así diversos cuerpos legales, siendo uno de ellos la Ley N°20.009.

De esta forma, el objetivo de la modificación recaía en que, en dicha ley, no sería posible distinguir en la hipótesis del artículo 5° cuando un usuario actuaba con dolo o culpa grave, por lo cual sería indispensable distinguir con certeza en qué casos se está frente a estas hipótesis, de acuerdo a lo señalado en el Boletín de la Ley Nº21.673. Junto a lo anterior, el número de desconocimientos de transacciones bancarias realizadas por los tarjetahabientes habría alcanzado su cifra máxima, de acuerdo a lo indicado por el Boletín mencionado precedentemente[20].

Tal fenómeno antes constatado puede explicarse por una menor protección a los productos financieros[21], o bien, por la comisión de auto fraudes[22] realizados por los usuarios bajo el incentivo que tal actuar no acarrea consecuencias en la práctica. Es por ello, que se busca

---

[19] Bajo esa línea argumentativa, Michel Labbé expresó que: "*Luego, la señora Labbé se hizo cargo de lo planteado por el Honorable Senador señor Harboe, en el sentido que no era posible el auto fraude en las cuentas de débito. En su parecer, eso sí es posible de hacer, lo que procedió a graficar apoyada en la siguiente situación hipotética: si un cuenta correntista deposita en su propia cuenta un monto de $ 1.000.000 y después retira esa misma cantidad por medio de una operación que desconoce, podría tener una rentabilidad de 100% en su desfalco, porque tendrá lo que retiró, que sería la cantidad de lo que se auto defraudó, y el monto que obtiene del banco como restitución de los fondos".* Boletín N° 11.078-03, 2017. (p. 301).

[20] En tal sentido, la historia fidedigna del establecimiento de la ley respecto a la Ley Nº21.673, señala: "*(…) En particular, la asimilación que hace esta ley entre las hipótesis de dolo y culpa grave, vuelve prácticamente imposible distinguir entre un usuario que realiza conductas fraudulentas maliciosa y conscientemente, de aquel que es extremadamente negligente con sus medios de pago, ambas conductas objeto de preocupación por sus efectos nocivos en el sistema financiero que, finalmente, repercute en el conjunto de los clientes de este mercado. En ese sentido, se consideró necesario impulsar medidas que puedan contrarrestar las similitudes entre ambos conceptos, sin afectar a los usuarios efectivamente defraudados.*" Seguidamente, el legislador señala, respecto a los desconocimientos de transacciones bancarias realizadas por los tarjetahabientes desde la entrada en vigencia de la Ley Nº21.234, que: "*Desde su entrada en vigencia, los desconocimientos de transacciones bancarias alcanzaron su mayor nivel desde que hay registro. Cerca de 200.000 usuarios reportaron haberse visto afectados por fraudes en los seis meses terminados en diciembre pasado, con una subida de 92% versus igual período de 2021. Los montos involucrados también anotaron récord en dicho período, totalizando $ 62.787 millones. Ello ocurrió principalmente por las alzas en fraudes con tarjetas de débito y en transferencias electrónicas, en ambos casos con un aumento liderado por Banco Estado.*" Boletín Nº16.408-05, 2023. (p. 5).

[21] Loc, Cit.

[22] La Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, en un comunicado por medio de su gerente general Luis Opazo, ha reiterado acerca del fenómeno del auto fraude, expresando que el *"compromiso de la banca con la Fiscalía Nacional en la investigación de los delitos asociados a los productos bancarios, para lo cual los bancos continuarán trabajando en promover un correcto uso de los medios de pagos, ya que conductas como las observadas en el último tiempo -como es el caso de los auto fraudes-, no solo afectan a las instituciones financieras, sino también a los ciudadanos a través de un menor desarrollo del sistema con consecuencias negativas en inclusión financiera.*" Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, 2024.

mitigar estas problemáticas que afectan tanto al mercado financiero y al Fisco, como también a los usuarios que no incurren en tal práctica.

A raíz de lo expuesto anteriormente, se verificaron diversas modificaciones a la ley en comento, destacándose los nuevos incisos 3º y 4º incorporados al artículo 4° y, que establecen dos nuevos requisitos para los usuarios que desconozcan transacciones fraudulentas respecto de sus medios de pago electrónicos: a) el primer requisito es eventual, toda vez que la institución financiera, al momento del reclamo, puede exigir al usuario que suscriba una declaración jurada, la cual debe contener la cifra reclamada, la fecha de la operación, entre otros datos, debiendo el emisor proporcionar vías para que tal declaración pueda materializarse; b) el segundo requisito es imperativo, y obliga al usuario para recibir la restitución de fondos, que este denuncie por hechos constitutivos de delito de fraude a las instituciones penales competentes para tal efecto, y además, debe presentar un respaldo de tal acción antes que venza el plazo del artículo 5º de la Ley N°20.009 ante la institución bancaria respectiva.

De inobservar el requisito anterior, el emisor retendrá los fondos hasta que el usuario presente la denuncia ya referida, teniendo un plazo de 24 horas para restituirlos. Sin embargo, si en 30 días corridos a partir del reclamo realizado, el usuario no acompaña el respaldo, se entiende que se retracta de su solicitud, por lo que no procede la restitución de tales montos, de acuerdo con el actual cuerpo legal.

Esta modificación, a juicio de estos investigadores, genera un desincentivo para el tarjetahabiente al momento de realizar el reclamo de desconocimiento de transacciones, cuando éste ha sido el autor de aquellas, y por otro lado, ello significaría una congestión en nuestro sistema de persecución penal.

Ahora bien, un punto trascendental respecto a las modificaciones que introduce esta ley radica en el nuevo artículo 5° ter, el cual contiene ocho causales en las que se presume el dolo o culpa grave del usuario[23]. De esta manera, procederemos a revisar su contenido a la luz de la hipótesis planteada en la presente investigación.

[23] De esta manera se agregó a la Ley Nº20.009 el artículo 5º ter, el cual contiene las causales ya mencionadas. Boletín Nº16.408-05, 2023. (p.80).

En primer lugar, estas presunciones[24] corresponden a causales de derecho estricto, debido a la interpretación literal del artículo 5º ter, al expresar el exordio de tal norma, que: "*Se presumirá el dolo o la culpa grave del usuario* ***cuando ocurra alguna de las siguientes hipótesis****, para efectos de los procedimientos ante el juez de policía local a que se refieren los artículos 5º y 5º bis: (énfasis añadido)",* por lo que no admiten interpretación analógica en cuanto a la concurrencia de la hipótesis normativa que contienen.

En segundo lugar, en cuanto al literal a) del artículo 5º ter, esta no admite un comentario a mayor profundidad, puesto que del presupuesto de hecho contenido resulta evidente que el tarjetahabiente desconoce una transacción desde una cuenta de la que es titular, con el fin de percibir un beneficio ilegítimo respecto de otra cuenta electrónica de la cual también posee su titularidad, por lo que se vislumbra claramente su intención de defraudar al emisor financiero.

Sin perjuicio de lo anterior, y ante la hipótesis en que el titular de dos o más medios de pago electrónicos, sea víctima del actuar delictivo de terceros que ingresaron a tales medios de pago para luego, efectuar transacciones entre tales cuentas, con el objeto de vaciar los fondos que ellas contienen, y luego, transferir el dinero a la cuenta bancaria de un tercero, ello configura un actuar fraudulento y culpable que no será necesariamente atribuible al usuario, debiendo observar la magistratura casuísticamente si, antes de producirse el hecho ilícito, el tarjetahabiente

---

[24] A modo ilustrativo, los literales del artículo 5 ter son los siguientes: "*Artículo 5 ter.- Se presumirá el dolo o la culpa grave del usuario cuando ocurra alguna de las siguientes hipótesis, para efectos de los procedimientos ante el juez de policía local a que se refieren los artículos 5 y 5 bis.*

a) Que la operación desconocida haya sido realizada exclusivamente entre cuentas que sean de su titularidad, contratadas con anterioridad.

b) Que la operación desconocida haya sido realizada exclusivamente entre cuentas de su titularidad y de su cónyuge o conviviente civil, o de parientes por consanguinidad en toda la línea recta y la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o bien por afinidad en toda la línea recta y la colateral hasta el segundo grado inclusive.

c) Que los fondos transferidos hayan sido enviados a una o más cuentas registradas con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación al desconocimiento de la operación por el usuario, o se hubiere realizado transferencias a la o las cuentas de destino dos o más veces antes de las cuarenta y ocho horas previas al desconocimiento de la operación.

d) Que el usuario haya reconocido expresamente haber entregado sus claves voluntariamente a terceros, a sabiendas de que podrán ser usadas para giros o transacciones.

e) Que el usuario tenga una o más sentencias firmes en el período de cinco años, en que se reconozca la existencia de dolo o culpa grave, en los términos del artículo 5.

f) Si el emisor tuviere indicios suficientes de coordinación maliciosa entre los usuarios para reclamar una o más operaciones en una misma oportunidad.

g) Si el emisor tuviere indicios suficientes de que fue el mismo usuario quien realizó la operación reclamada en canales físicos previo a la solicitud de restitución y/o cancelación de cargos.

h) Si la operación desconocida hubiere sido realizada con autenticación reforzada, en los términos del artículo 4 de esta ley, siendo al menos uno de los factores de autenticación de inherencia. Sin perjuicio de lo anterior, si la operación desconocida hubiere sido realizada con autenticación reforzada, en los términos del referido artículo, considerando sólo factores de posesión o conocimiento, podrá servir como base de presunción judicial". Adopta medidas para combatir para el sobreendeudamiento. Ley Nº21.673, promulgada el 23 de mayo de 2024. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

resguardó sus medios de pago electrónicos al no entregar sus claves de acceso a terceras personas, y, asimismo, luego de ser víctima de tal hecho ilícito, si el tarjetahabiente afectado dio aviso oportuno a la entidad bancaria, con el fin de que tal institución en particular, entre otras medidas, bloqueé el acceso a su medio de pago electrónico, recopile información sobre las transacciones que han realizado los hechores, entre otras.

En resumidas cuentas, es menester que, en la hipótesis precedente, se observen y ponderen adecuadamente las circunstancias fácticas que acrediten, o no, el actuar diligente del usuario.

En tercer lugar, en relación con el literal b) del mencionado artículo, se contiene en abstracto la misma hipótesis del literal anterior, solo que en este caso la presunción opera sobre el titular de la cuenta respecto de las transacciones que realicen sus parientes por consanguinidad y afinidad señalados por la presente presunción. No obstante, tal presupuesto no prevé la circunstancia en que se desconocen transacciones efectuadas entre el titular de la cuenta y una tercera persona con la que previamente se ha concertado el acto defraudatorio, lo cual podría generar una conducta del abuso del derecho por el tarjetahabiente, como se explicará en la presente investigación en su Capítulo 2, Acápite 2.5.

En cuarto lugar, en lo que respecta al literal c), la primera hipótesis contenida consiste en que el tarjetahabiente ha realizado transacciones a una o más cuentas con un límite temporal de cuarenta y ocho horas previas al desconocimiento de tal acción. Tal hipótesis resulta confusa en su redacción, toda vez que no se comprende a cabalidad el acto que realiza el tarjetahabiente y el momento temporal para que opere la presunción. Y, en cuando a la segunda hipótesis del literal en comento, esta, al igual que su hipótesis precedente, se basa en un criterio cuantitativo y temporal de las transacciones que realice un tarjetahabiente, lo cual, en consideración a la posible ocurrencia de hurto, robo o fraude sobre un medio de pago electrónico, estas presunciones no poseen la gravedad suficiente para acreditar, por su sola ocurrencia, el actuar doloso o culpable del tarjetahabiente, tal como se profundizará en el Capítulo 2, Acápite 2.5 de esta tesina.

En quinto lugar, en el literal d) se contempla la situación en la que el usuario reconoce de forma expresa que reveló sus claves secretas de manera voluntaria a terceros, sabiendo que

estas pueden ser empleadas para realizar transacciones o giros bancarios[25]. Este presupuesto corresponde de manera explícita a una presunción de dolo al utilizar el vocablo "*a sabiendas*". Ahora bien, tal disposición no hace referencia con respecto a qué tipo de medios de comunicación realizados por el usuario son adecuados para que se presuma que ha entregado dolosamente sus claves a terceros, ya que este puede ser, por ejemplo; por medio de la comunicación verbal, escrita, gestual, o de otro carácter., lo cual genera un problema de índole probatorio en cuanto a la carga probatoria que posee la entidad financiera al momento de acreditar el supuesto de esta norma, es decir, el ánimo subjetivo del usuario de haber entregado expresamente sus claves a terceros, y además, bajo pleno conocimiento que, al realizar tal acto, tales personas pueden emplear las claves entregadas para efectuar transacciones fraudulentas.

En relación con el literal e), se vislumbra la hipótesis en que el tarjetahabiente tiene en su contra dos o más sentencias firmes -dentro de un periodo de 5 años- en que se le atribuye a un actuar doloso o culpable, en los términos del artículo 5°. Esta norma, peligrosamente, permite la presunción de dolo o culpa grave del tarjetahabiente en virtud de una sentencia judicial firme

[25] En base a este literal, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción confirma la sentencia del Juzgado de Policía Local de Hualqui, en cuanto condena al tarjetahabiente por sostener que su actuar se encuadra dentro del artículo 5º ter literal d), expresando, de acuerdo a su Considerando Décimo Sexto, que: "DECIMO SEXTO: Que, atendido todo lo anterior, esta sentenciadora estima que doña Estefany Solange Campos Astete actuó con culpa grave, en forma negligente, con poca cautela y prudencia, y con manifiesta gravedad entrega a un tercero sus claves y demás antecedentes y no sólo una vez, si no en varias oportunidades, sin advertir ella este ardid y constante amenaza de fraude bancario, que con tanta insistencia lo advierten los bancos, lo que revela la poca prudencia en su actuar, permitiendo generar estas operaciones que luego desconoce, negligencia grave que permitió la concreción del ilícito en cuestión, por la exclusiva acción de la perjudicada" Esta sentencia, fue acordada con el voto en contra de la ministra suplente Sanhueza, la cual estuvo por revocar la sentencia en comento, expresando en su disidencia, que: "Acordada con el voto en contra de la ministra suplente Sanhueza, quien fue de parecer de revocar la sentencia en alzada, teniendo para ello en consideración que lo que caracteriza al dolo es la intención de dañar y la culpa grave se opone a una diligencia adecuada, como quiera que "es gravemente culpable quien no maneja un asunto con el cuidado que incluso las personas negligentes y poco prudentes suelen emplear; hablamos de temeridad, ineptitud, indiferencia, se trata de un descuido supino a tal punto que a veces cuesta diferenciarlo del comportamiento doloso o intencional" (La culpa grave den el derecho chileno, Álvaro Award Sirhan); sin embargo, en el caso de autos, el propio Banco reconoce en su libelo de denuncia que la titular acudió a la sucursal de Avda. Inglesa para dar cuenta que un ejecutivo la había contactado por una supuesta clonación de tarjeta, sin que el Servicio de Atención a Clientes se percatara que se podía estar en presencia de una llamada falsa; de manera que la usuaria, frente al hecho fraudulento de que fue objeto, concurrió al Banco a dar cuenta de la anómala situación, lo que demuestra que desarrolló una actividad suficiente para vencer la situación sufrida, circunstancia que lleva al convencimiento de esta disidente que no ha podido haber en su actuación culpa grave ni menos obviamente dolo, como quiera que el Banco reconoce que la situación tiene las características de una operación sospechosa, no aplicándose en la especie las normas de los contratos porque, en la especie, estamos dentro de los supuestos del derecho del consumo; debiendo así haberlo declarado la sentenciadora del grado, teniendo en cuenta la puesta en escena de que fue objeto la usuaria, típica de lo que la propia sentencia declara un fraude bancario." Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Sala Quinta. Caratulado SCOTIABANK CHILE S.A. CON ESTEFANY SOLANGE CAMPOS ASTETE. ROL 255-2023. Fecha de sentencia: 04 de septiembre de 2024.

que lo ha condenado previamente por haber observado tal conducta. De esta manera, forzosamente se busca trasladar aquella realidad procesal a un plano fáctico en que posiblemente si ha sido víctima de un fraude, cayendo sobre el tarjetahabiente todo el *onus probandi*, ya que debe desvirtuar la presente presunción. De esta manera, a nuestro juicio existe una patente vulneración al Principio de igualdad ante la ley presente en el artículo 19º nº2 de la Constitución Política de la República, el Principio de presunción de inocencia regulado en el artículo 4º del Código Procesal Penal, y el Principio de efecto relativo de las sentencias contenido en el artículo 3º inciso 2 del Código Civil. Además, el emisor puede accionar penalmente contra el usuario sobre el cual ha operado esta presunción, lo que significa una pronostico bastante desfavorable para su situación jurídica, encontrándose en una evidente desigualdad de armas.

En concordancia con el literal f), se expone la situación en que el emisor tiene indicios suficientes de coordinación maliciosa entre los usuarios para reclamar una o más operaciones en una misma oportunidad. Esta disposición resulta evidentemente porosa, puesto que no señala que debe entenderse por la frase "*indicios suficientes de coordinación maliciosa*", por lo que tal observación puede ser efectuada arbitrariamente por el emisor financiero. Además, el precepto no hace alusión a que se refiere respecto a la frase "*en una misma oportunidad*", resultando incierto si se contempla dentro de ella un criterio temporal de las transacciones realizadas, o, si es que estas fueron realizadas respecto de una misma institución bancaria.

Ahora bien, de acuerdo con la letra g), esta se remite en su esencia, a la presunción contenida en el literal a) previamente analizado. Sin embargo, en la presente hipótesis se presupone como doloso o culpable el desconocimiento del tarjetahabiente que ha sido efectuado a través de canales físicos, como lo son; el retiro de dinero en cajeros automáticos, o el depósito y retiro a través de cajeros atendidos por dependientes de un banco en particular.

Por último, en la letra h), se contemplan dos hipótesis, a saber, una en que opera la presunción de dolo o culpa grave, y otra de carácter "*residual*". En cuanto a la primera, se requiere de una transacción que sea realizada por medio de autenticación reforzada -vale decir, que se haya realizado, a lo menos, con dos factores de autenticación, ya sean estos de conocimiento, posesión o inherencia-, con la particularidad que, necesariamente, uno de aquellos factores de autenticación debe ser el de inherencia. De no cumplirse con el imperativo precedente, es decir, de ser los factores de autentificación los de conocimiento y posesión, ya no se configuraría la

presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio que, residualmente, sirva como base de presunción judicial.

Tras el análisis de las hipótesis precedentes, sostenemos que a la luz del actual artículo 5º ter de la Ley Nº20.009, aún existen espacios normativos en que los tarjetahabientes pueden cometer abusos del derecho, específicamente, en aquellas situaciones en que, dos o más tarjetahabientes no relacionados entre sí en los términos de los literales a) y b) del artículo 5º ter ya señalado, previamente concertados, realizan una transferencia entre sus medios de pago electrónicos por un monto no inferior a 15º unidades de fomento ni superior a 35º unidades de fomento, de acuerdo al inciso final del artículo 5º del mismo cuerpo legal, con la finalidad que, luego de ello, desconozcan la transacción realizada, y de esta forma, la entidad bancaria proceda a la restitución de los fondos desconocidos, obteniendo así una rentabilidad absoluta.

Sin perjuicio de ello, la formulación precedente sobre la apertura al potencial abuso del derecho por el tarjetahabiente será expuesta en el Capítulo 2, Acápite 2.5 de esta investigación.

2. Análisis estadístico de distintas entidades bancarias en relación con el artículo 11º de la Ley N°20.009.

En este acápite se analizan datos estadísticos de distintas entidades financieras que fueron presentadas en los informes normativos correspondientes al primer semestre del año 2024, cuyas instituciones son el Banco Santander, Banco de Chile, Banco Estado y el Banco Scotiabank, todo ello, en virtud de la aplicación del artículo 5º de la Ley N°20.009.

El presente análisis posee su fundamento en que, de acuerdo a lo señalado por la historia fidedigna del establecimiento de la Ley Nº21.673, el alza del desconocimiento de transacciones por los tarjetahabientes, junto a la alta cuantía en cuanto a los montos restituidos bajo tal mecanismo, como se señalará a continuación, significó un cuestionamiento de si, tales desconocimientos se fundaban o no, en las hipótesis de hurto, robo, extravío o fraude de medios de pago electrónicos, o si más bien, el desconocimiento efectuado se funda en un actuar defraudatorio generado por el consumidor hacia el ente financiero[26].

[26] En este sentido, el Primer Informe de la Comisión de Hacienda señaló: "*No obstante lo anterior, las cifras de fraudes reclamados han aumentado exponencialmente y existen diversos registros de comportamientos defraudatorios y negligentes, lo que revela que el problema no es la falta de medidas de seguridad, sino más bien una debilidad en la regulación que ha incentivado el autofraude.*" Boletín Nº16.408-05, 2023. (p. 47).

2.1. Informe normativo del Banco Santander.

Indicadores	Fraudes según tipo de producto						
	Tarjetas (a)			Otros medios electrónicos			
	Tarjetas de Crédito	Tarjetas de Débito	Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos	Transferencias electrónicas (b)	Transacciones en cajeros automáticos (c)	Otros (d)	Totales
Nº de usuarios afectados (1)	11.503	10.261	-	5.110	2.908	85	27.824
Montos Involucrados (2)	7.056.270.016	2.271.212.190	-	7.153.501.810	1.807.493.013	56.308.371	18.344.785.400
Plazo de respuesta por transacciones hasta 35 UF (3)	2,3	3,7	-	2,1	3,2	2,8	2,8
Plazo de respuesta por transacciones sobre 35 UF (4)	2,0	3,5	-	5,6	3,2	6,9	4,2

Según el informe emitido por el Banco Santander[27], en los períodos de los meses de enero a junio de 2024, se contemplan diversos indicadores atendiendo al número de tarjetahabientes que han señalado verse afectados por hurto, robo, fraude o extravío respecto a sus medios de pago electrónicos, el monto involucrado en las hipótesis en que el usuario no ha dado su autorización o consentimiento en las operaciones, y el promedio de días de la institución financiera para la cancelación de cargos o restitución de fondos en base a si el monto reclamado es inferior o superior a 35 Unidades de Fomento. Distinguiéndose, además, las circunstancias alegadas anteriormente según el tipo de producto que ha sido vulnerado, por instancia, si se trata de tarjetas de crédito o débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, transacciones electrónicas, en cajeros automáticos, u otros medios de pago.

De esta manera, se puede apreciar que el monto total afecto al desconocimiento de transacciones por los tarjetahabientes asciende a $ 18.444.785.400.- (dieciocho mil trescientos cuarenta y cuatro millones setecientos ochenta y cinco mil cuatrocientos pesos), cuyos productos financieros más empleados son las transferencias electrónicas, y las tarjetas de crédito y débito. Junto con ello, el periodo en que el banco da respuesta a la cancelación o restitución de fondos en el caso en que los montos reclamados no superen el umbral de 35 Unidades de Fomento, oscila entre 2,3 a 3,7 días, y, en el caso en que los montos reclamados superen 35 Unidades de Fomento, la respuesta de la entidad financiera fluctúa entre 2,0 a 6,9 días, dependiendo del medio de pago electrónico afectado.

[27] Banco Santander. (2024). *Informe normativo Ley 20.009*. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de: https://banco.santander.cl/personas/normativas/archivos/informe-normativo-ley-20-009.

2.2. Banco de Chile.

Indicadores	Fraudes según tipo de producto						
	Tarjetas (a)			Otros medios electrónicos			
	Tarjetas de Crédito	Tarjetas de Débito	Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos*	Transferencias electrónicas (b)	Transacciones en cajeros automáticos (c)	Otros (especificar)	Totales
N° de usuarios afectados (1)	19.252	17.713	N/A	2.509	2.061	N/A	38.882
Montos Involucrados (2)	7.318.059.269	3.328.945.546	N/A	2.099.477.365	730.456.124	N/A	13.476.938.304
Plazo de respuesta por transacciones sobre 35 UF (3)	8,8	8,8	N/A	7,1	7,4	N/A	8,5
Plazo de respuesta por transacciones hasta 35 UF (4)	3,6	3,3	N/A	3,8	3,4	N/A	3,5

En virtud del informe emitido por el Banco de Chile[28], en los períodos de los meses de enero a junio de 2024, se contemplan diversos indicadores atendiendo al número de tarjetahabientes que han señalado verse afectados por hurto, robo, fraude o extravío respecto a sus medios de pago electrónicos, el monto involucrado en las hipótesis en que el usuario no ha dado su autorización o consentimiento en las operaciones, y el promedio de días de la institución financiera para la cancelación de cargos o restitución de fondos en base a si el monto reclamado es inferior o superior a 35 Unidades de Fomento. Distinguiéndose, además, las circunstancias alegadas anteriormente según el tipo de producto que ha sido vulnerado, por instancia, si se trata de tarjetas de crédito o débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, transacciones electrónicas, en cajeros automáticos, u otros medios de pago.

De esta manera, se puede apreciar que el monto total afecto al desconocimiento de transacciones por los consumidores financieros asciende a $ 13.476.938.304.- (trece mil cuatrocientos setenta y seis millones novecientos treinta y ocho mil trescientos cuatro pesos), cuyos productos financieros más empleados son las tarjetas de crédito y débito, y las transferencias electrónicas. Junto con ello, el periodo en que el banco da respuesta a la cancelación o restitución de fondos en el caso en que los montos reclamados no superen el umbral de 35 Unidades de Fomento, oscila entre 3,3 a 3,6 días, y, en el caso en que los montos

[28] Banco de Chile. (2024). *Informe normativo del Banco de Chile, segundo semestre del año 2023*. Recuperado con fecha 15 de diciembre de 2024 de: https://assets.bancochile.cl/uploads/000/047/457/54c9e924-d363-4f6e-a313-f32a7adb4a9f/original/2024-1S_-_Informe_Semestral_CMF_Ley_de_Fraudes_V2.pdf.

reclamados superen 35 Unidades de Fomento, la respuesta de la entidad financiera fluctúa entre 7,1 a 8,8 días, dependiendo del medio de pago electrónico afectado.

2.3. Banco Estado.

Indicadores	Fraudes según tipo de producto (Enero a Junio de 2024)						
	Tarjetas			Otros medios electrónicos			
	Tarjetas de Crédito (a)	Tarjetas de Débito	Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos	Transferencias electrónicas (b)	Transacciones en cajeros automáticos (c)	Otros (especificar) (d)	Totales
N° de usuarios afectados (1)	5.055	66.823	No aplica	27.385	126.285	136	222.122
Montos involucrados en $ (2)	2.060.376.751	16.462.048.620	No aplica	16.337.799.704	112.756.070.296	241.262.359	147.857.557.730
Plazo de respuesta por transacciones sobre 35 UF (3)	2	4	No aplica	4	4	4	4
Plazo de respuesta por transacciones hasta 35 UF (4)	3	4	No aplica	4	4	4	4

De acuerdo al informe emitido por el Banco Estado[29], en los períodos de los meses de enero a junio de 2024, se contemplan diversos indicadores atendiendo al número de tarjetahabientes que han señalado verse afectados por hurto, robo, fraude o extravío respecto a sus medios de pago electrónicos, el monto involucrado en las hipótesis en que el usuario no ha dado su autorización o consentimiento en las operaciones, y el promedio de días de la institución financiera para la cancelación de cargos o restitución de fondos en base a si el monto reclamado es inferior o superior a 35 Unidad de Fomento. Distinguiéndose, además, las circunstancias alegadas anteriormente según el tipo de producto que ha sido vulnerado, por instancia, si se trata de tarjetas de crédito o débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, transacciones electrónicas, en cajeros automáticos, u otros medios de pago.

De esta manera, se puede apreciar que el monto total afecto al desconocimiento de transacciones por los consumidores financieros asciende a $ 144.857.557.730.- (ciento cuarenta y cuatro mil ochocientos cincuenta y siete millones quinientos cincuenta y siete mil setecientos treinta pesos), cuyos productos financieros más empleados son las transacciones en cajeros automáticos, las transacciones electrónicas y las tarjetas de débito. Junto con ello, el periodo en que el banco da respuesta a la cancelación o restitución de fondos en el caso en que los montos reclamados no superen el umbral de 35 Unidades de Fomento, oscila entre 3 a 4 días, y, en el caso en que los montos reclamados superen 35 Unidades de Fomento, la respuesta de la entidad financiera fluctúa entre 2 a 4 días, dependiendo del medio de pago electrónico afectado.

[29] Banco Estado. (2024). *Cumplimiento Ley 20.009*. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.bancoestado.cl/content/dam/bancoestado-public/pdf/leydefraudes.pdf

2.4. Banco Scotiabank.

Indicadores Periodo: Ene 24 – Jun 24	**Fraudes según tipo de producto**						**Totales**
	Tarjetas (a)			**Otros medios electrónicos**			
	Tarjetas de Crédito	**Tarjetas de Débito**	**Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos**	**Transferencias Electrónicas (b)**	**Transacciones en cajeros automáticos (c)**	**Otros (d)**	
N° de usuarios afectados (1)	3.014	2.493	N/A	515	354	18	6.094
Montos involucrados (2)	$2.211.845.674	$1.130.843.412	N/A	$868.287.850	$160.026.034	$92.626.723	$4.463.629.693
Plazo de respuesta por transacciones sobre 35 UF (3)	8,00	7,20	N/A	4,98	4,00	3,88	7,25
Plazo de respuesta por transacciones hasta 35 UF (4)	2,27	2,51	N/A	2,57	2,62	2,78	2,40

En función del informe emitido por el Banco Scotiabank[30], en los períodos de los meses de enero a junio de 2024, se contemplan diversos indicadores atendiendo al número de tarjetahabientes que han señalado verse afectados por hurto, robo, fraude o extravío respecto a sus medios de pago electrónicos, el monto involucrado en las hipótesis en que el usuario no ha dado su autorización o consentimiento en las operaciones, y el promedio de días de la institución financiera para la cancelación de cargos o restitución de fondos en base a si el monto reclamado es inferior o superior a 35 Unidad de Fomento. Distinguiéndose, además, las circunstancias alegadas anteriormente según el tipo de producto que ha sido vulnerado, por instancia, si se trata de tarjetas de crédito o débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, transacciones electrónicas, en cajeros automáticos, u otros medios de pago.

De esta manera, se puede apreciar que el monto total afecto al desconocimiento de transacciones por los consumidores financieros asciende a $ 4.463.629.693.- (cuatro mil cuatrocientos sesenta y tres millones seiscientos veintinueve mil seiscientos noventa y tres pesos), cuyos productos financieros más empleados son las tarjetas de crédito y débito, además de las transacciones electrónicas. Junto con ello, el periodo en que el banco da respuesta a la cancelación o restitución de fondos en el caso en que los montos reclamados no superen el umbral de 35 Unidades de Fomento, oscila entre 2,27 a 2,78 días, y, en el caso en que los montos

[30] Banco Scotiabank. (2023). *Reporte semestral Ley 21.234*. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de: https://cdn.aglty.io/scotiabank-chile/scotiabankpdf/Reporte-semestral-Ley-20.009.pdf?t=1734386249317.

reclamados superen 35 Unidades de Fomento, la respuesta de la entidad financiera fluctúa entre 4,00 a 8,00 días, dependiendo del tipo de medio de pago electrónico afectado.

En síntesis, y para concluir el presente análisis, al agrupar los datos estadísticos correspondientes a estas cuatro entidades bancarias, es posible sostener, en primer lugar, que existió entre los meses de enero a junio del año 2024 un aumento exponencial en los casos en que usuarios desconocieron transacciones de sus medios de pago electrónicos, siendo el Banco Estado, la entidad que contempla la mayor cantidad de estos, con un monto total de 222.122.- (doscientos veintidós mil ciento veintidós) usuarios afectados.

En segundo lugar, concordando todos los montos involucrados en tales desconocimientos por los informes previamente ilustrados, se arriba a la suma de $ 184.142.911.127.- (ciento ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y dos millones novecientos once mil ciento veintisiete pesos), cifra que es bastante elevada al ser comparada con el Producto Interno Bruto chileno del año 2023, el cual, de acuerdo a lo señalado por el Grupo Banco Mundial[31], equivale a $ 335.533.331,67 millones de dólares, los cuales, al ser convertidos a pesos chilenos, equivalen a $ 334.613.970.341.- (trescientos treinta y cuatro mil seiscientos trece millones novecientos setenta mil trescientos cuarenta y un pesos).

Por tanto, el monto al cual se arriba por concepto de desconocimiento de transacciones realizadas con medios de pago electrónicos, equivale a una cifra superior al 50% del Producto Interno Bruto obtenido por Chile en el año 2023, por lo que es una cuantía alarmante y que debe ser analizada en observancia al número total de desconocimientos efectuados por los tarjetahabientes.

En tercer lugar, se aprecia que los fraudes se presentan mayoritariamente en las tarjetas de crédito y débito, en transacciones en cajeros automáticos y transacciones electrónicas. Por último, el promedio en el cual los emisores restituyeron fondos o cancelaron cargos cuando el usuario desconoce transacciones inferiores a 35 Unidades de Fomento, promedia 3,17 días, mientras que en la hipótesis de montos superiores a 35 Unidad de Fomento, el ente financiero da respuesta a sus usuarios en un promedio de 5,98 días.

[31] Grupo Banco Mundial. (2024). *PIB (US$ a precios actuales) – Chile*. Recuperado el 18 de diciembre de 2024 de: https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CL&most_recent_value_desc=false.

CAPÍTULO 2. TEORÍA SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO.

En este capítulo se analizará la teoría del abuso del derecho de manera general y específica, abordando la evolución histórica, definición, requisitos, reconocimiento jurídico, naturaleza jurídica, posturas doctrinarias y jurisprudencia atingente. Junto con ello, se expondrán causales en las cuales se presume esta institución en nuestra legislación, y, finalmente, expondrá una propuesta interpretativa sobre los literales del artículo 5º ter de la Ley Nº20.009.

1. Sobre el abuso del derecho en general.

En doctrina existen dos posturas cardinales respecto a esta institución, a saber: la teoría objetiva y subjetiva. Someramente, la primera consiste en que un sujeto ejerce un derecho potestativo sobrepasando los límites establecidos por la función social, causando un daño. Por otro lado, la teoría subjetiva exige que el sujeto tenga un ánimo de causar daño a otro.

El origen de esta institución, siguiendo a Orrego, se remonta a Roma, en la cual si bien no existía con la nomenclatura de teoría del abuso del derecho, aun así los juristas atendían al principio de equidad para conocer y resolver los diversos conflictos que se presentaban en la época, distinguiéndose algunas características de un uso anormal de los derechos.

Luego, en la Edad Media, se destacan dos principales posturas en torno a este tópico: a) los actos de emulación y b) las inmisiones. El primero consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo[32] con la intención de causar un daño a otro, por lo que se destaca un componente subjetivo, mientras que la segunda doctrina atiende a un aspecto meramente objetivo, en el cual se ejerce tal derecho subjetivo ocasionando un perjuicio a otro.

Posteriormente, en el Siglo XIX al alero de la doctrina y las ideas ilustradas emanadas de la Revolución Francesa, la posibilidad de ser un sujeto obligado a resarcir a otro por el pleno ejercicio de un derecho subjetivo del cual es titular se desecharía completamente, ello es así,

[32] De acuerdo con la profesora Arriagada, el derecho subjetivo, concebido como postead o competencia, implica que *"(...) De acuerdo con este concepto, un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, con fundamento en una norma jurídica de competencia, tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos que producen, modifican o eliminan normas jurídicas, y, en consecuencia, posiciones y relaciones jurídicas.*" Arriagada, M. B. (2016). Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (11), p. 158.

debido a que, en principio, ningún acto podía ser, al mismo tiempo, conforme a derecho y contrario a este[33].

Acercándonos a las posturas doctrinarias contemporáneas, en el Siglo XX la doctrina y jurisprudencia francesa se abrió a la idea de la relatividad de los derechos, es decir, más allá del aspecto individual que poseen los derechos subjetivos en cuanto sirven a la satisfacción personal de un determinado sujeto, existe además, una faz social del cual todos los derechos poseen su finalidad, por lo que el dañar a un tercero con su ejercicio es contrario al fin último de estos, el cual es permitir la convivencia social. Contemporáneamente, la doctrina mayoritaria apoyada por Orrego,[34] sostiene la validez de la teoría del abuso del derecho, sin embargo, los autores difieren en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad que surge de tal ejercicio abusivo, en el sentido de que si esta corresponde a una concepción objetiva o subjetiva. En este orden de ideas, a continuación se expondrán dos definiciones que sintetizan cada una de estas corrientes:

El abuso del derecho, en su faz objetiva según García Mekis, se funda en la concepción de derecho subjetivo como la facultad que posee un determinado sujeto, y, al ejercer este individuo tal potestad excediendo el fin social al cual se encuentra destinado, se genera el abuso de tal derecho, puesto que la anterior desmesura resulta dañosa para uno o más terceros[35].

A raíz de esta definición objetiva, se contrapone otra de naturaleza subjetiva, la cual enfatiza el ánimo dañoso del titular de un derecho subjetivo con el fin de causar daño a un tercero[36].

Ahora bien, siguiendo la concepción subjetiva sobre el abuso del derecho, existen tres requisitos copulativos para que opere esta institución, a saber: en primer lugar, debe existir un sujeto que ejerza un derecho subjetivo, en segundo lugar, este ejercicio del derecho potestativo

---

[33] De esta forma, Orrego constata la evolución histórica del abuso del derecho. Orrego, J. (2014) "*Del abuso de los derechos*", pp. 1-4.
[34] Orrego op. Cit. (pp. 5-9).
[35] Con mayor precisión, García conceptualiza la teoría del abuso del derecho desde una faz objetivo, señalando que: "*un fenómeno jurídico en virtud del cual un sujeto, al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos para su función social, causa daño a otros*." García, B. (2016). "La teoría del abuso del derecho; status quaestionis". *Revista Actualidad Jurídica,* (N° 35), pp. 275-287.
[36] En este sentido, se sintetiza la definición dada por María Laura Valletta, "(...) *es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otra, y por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular*". Laura, M (2007)."Diccionario Jurídico", Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, p. 16.

debe revestir el carácter de abusivo, siempre y cuando no se trata de un derecho absoluto[37] y, por último, tal abuso tiene como finalidad causar daño a un tercero.

Por tanto, de acuerdo a Orrego, quien sigue al tratadista Alessandri[38], sostiene que al tratarse tal ejercicio abusivo de un ilícito civil, debe aplicarse el estatuto de responsabilidad civil extracontractual presente en nuestro Código Civil, por lo que, a menos que la ley presuma el actuar doloso o culpable de un sujeto en el ejercicio de un derecho subjetivo, este debe ser probado por quien lo alega. Entender al abuso del derecho de manera subjetiva, implica limitar extensamente la arbitrariedad judicial, puesto que el juez debe atender y dar, o no, mérito probatorio a lo rendido por quien busca que se declare el ejercicio de un derecho en particular, soslayando en contraposición a la teoría objetiva, el aspecto discrecional del juez en cuanto este debe discernir si el ejercicio de un derecho contraviene a la finalidad social o económica para la cual fue creado.

En consecuencia, de demostrarse el actuar doloso o culpable a raíz del ejercicio de un derecho, este, en concordancia con lo señalado precedentemente, debe ser sancionado a indemnizar los perjuicios causados al sujeto contra quien se ejerció la potestad de forma abusiva, correspondiendo esta postura a la doctrina mayoritaria[39].

Paralelamente, la postura minoritaria de Josserand consiste, en que el abuso del derecho se produce cuando, el ejercicio de este por su titular se aleja de la finalidad social para la cual fue creado, con arreglo al espíritu de la institución en la cual se contemplan, todo ello manifiesta la relatividad de los derechos y la primordialidad del fin social sobre el interés individual[40].

Ahora bien, en contraposición a estas dos posturas, Pablo Rodríguez Grez, expone que no existiría el fenómeno llamado "abuso del derecho", y entre la multiplicidad de argumentos que sostiene para tal efecto, se destaca en primer lugar, que no puede existir un abuso del derecho propiamente tal, puesto que se invoca erróneamente el ejercicio del derecho subjetivo, porque

---

[37] A mayor profundidad, Orrego define a los derechos absolutos al siguiente tenor, "*son aquellos que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito Dada la naturaleza o carácter de tales derechos, el legislador ha permitido que se ejerzan con plena libertad. Su ejercicio, por tanto, no es susceptible de abuso, ni engendra responsabilidad para su titular, cualquiera que sea la intención con que proceda y aunque ese ejercicio sea doloso o culpable.* Orrego op. Cit. (p.11).

[38] A, Alessandri (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial Jurídica de Chile.*

[39] García op. Cit. (p. 278).

[40] Josserand, citado por Barros Bourie, Enrique, a su vez citado por Acuña Orrego, Juan. Tratado de Responsabilidad extracontractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, p. 623.

en realidad no se está haciendo uso de derecho alguno, ya que si fuera tal caso, el Estado no puede reconocer a un sujeto la titularidad de un derecho y al mismo tiempo negarle la facultad de su ejercicio. En segundo lugar, plantea que no se puede abusar de un derecho en sí mismo, sino que solo del interés protegido por tal derecho, en tercer lugar, invoca que si no se es titular del derecho, se debe responder de los perjuicios causados al ejercerse falsamente, y por último, además de la indemnización de perjuicios para resarcir los daños producidos a un tercero resulta aplicable la institución de la nulidad y otras formas de sanciones[41].

Por último, en lo que respecta a su regulación, según García (2016), tal institución no se encuentra presente de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, existen algunas normas jurídicas aisladas que de manera implícita contemplan tal figura, como es el caso de los siguientes disposiciones: el inciso segundo del artículo 197º, artículo 328º, artículo 2110º, artículo 2355º concordado con el numeral segundo del artículo 2381º del Código Civil, inciso segundo del artículo 280º y el artículo 489º del Código de Procedimiento Civil, artículo 100º del Código de Comercio, artículo 53º del Código de Aguas, el artículo 48º de la Ley N°19.537, el artículo 79º de la Ley N°18.046 y, por último, el inciso cuarto del artículo 75 del Decreto con Fuerza de Ley N°3.

2.1. Sobre el abuso del derecho en particular en la Ley N°20.009.

De acuerdo a nuestra legislación civil chilena sobre el derecho obligacional, en el caso de la relación contractual que supone la Ley Nº20.009, las partes de esta serían, por un lado, el acreedor, el cual corresponde al emisor o ente financiero, y por el otro, el deudor, quien es el usuario o tarjetahabiente. Sin perjuicio de ello, las partes antes mencionadas pueden obligarse recíprocamente, invirtiéndose los roles anteriores, como por ejemplo, el tarjetahabiente es acreedor del emisor en cuanto este último debe proporcionar medios de contacto adecuados y suficientes, y al mismo tiempo, el usuario puede ser deudor del ente financiero en cuanto al pago de una respectiva comisión por el uso de su medio de pago electrónico.

Particularmente, el emisor se encuentra obligado a proporcionar un sistema de seguridad al usuario para que este pueda acceder a sus medios de pago, de acuerdo al artículo 6º de la Ley Nº20.009; establecer una línea de contacto telefónico permanente para resolver dudas y ante

[41] García op. Cit. (pp. 282-283).

emergencias; de ser informado mensualmente por medio de un documento de los movimientos bancarios asociados a sus cuentas; entre otras obligaciones[42] [43].

Por otro lado, el usuario o tarjetahabiente se encuentra obligado a resguardar debidamente sus medios de pago electrónicos, tanto en su uso material como en el uso de sus claves y otros datos personales, con el fin de prevenir el uso indebido o la ocurrencia de fraude u otros delitos, en concordancia con el artículo 4º bis de la anterior Ley, y como se ha manifestado la jurisprudencia nacional, en la que se destaca el análisis sumamente casuístico sobre la procedencia o no de la conducta dolosa o culpable de los consumidores[44].

---

[42] La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua ha profundizado sobre la labor que las entidades bancarias deben observar respecto a los sistemas de seguridad que salvaguardan los diversos medios de pago electrónicos de los tarjetahabientes, particularmente, en su Considerando Segundo, el cual señala que: "2.- Que, por el contrario, con la prueba rendida en la causa, se ha demostrado que el Banco no adoptó los resguardos suficientes destinados a evitar o prevenir las transacciones fraudulentas reclamadas por el demandante, desde que no fue capaz de identificar las conductas inusuales registradas en las cuentas del demandado, o dicho de otro modo, el demandante no demostró que las transacciones realizadas en las cuentas del demandado respondan a conductas financieras habituales de éste y, por lo mismo, que dichas transacciones hayan sido efectuadas por aquél." Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua- Sala Segunda. Caratulado DENUNCIANTE: BANCO DEL ESTADO DE CHILE; DENUNCIADO: OCTAVIO DE JESÚS CARBAJAL MORENO. (INFRACCIÓN A LA LEY 21234). ROL 176-2023. Fecha de sentencia: 16 de septiembre de 2024.

[43] En el sentido contrario a la sentencia citada precedentemente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel condena a un consumidor al considerar que esté empleó una conducta constitutiva de culpa grave en la protección de las claves respecto de su medio de pago electrónico, señalando así en su Considerando Quinto y Séptimo, respectivamente, que: "Quinto: Que, con el mérito de antecedentes de autos, especialmente, las propias afirmaciones del demandado, tanto en la declaración indagatoria como al contestar la demanda, se encuentra acreditado que el día 6 de octubre de 2022 recibió una llamada telefónica de una mujer, quien dijo ser su ejecutiva bancaria y le habría solicitado distintos códigos numéricos enviados por mensajería de texto a su teléfono celular registrado ante el emisor de la tarjeta de crédito, con la finalidad de obtener una devolución por intereses y seguros cobrados erróneamente, los que entregó. De la documentación acompañada, aparece además que uno de los códigos enviados a través de mensajes correspondía a una solicitud de autorización de cambio de clave." Y, Considerando Séptimo: "Sexto: Que, en efecto, se concluye que la sustracción de fondos que sufrió el cliente se produjo por la grave negligencia desplegada por el mismo en el cuidado de las claves y herramientas de acceso a sus cuentas, facilitando así la realización de las operaciones cuestionadas, lo que excede las medidas de seguridad que puede adoptar el banco para impedir el daño." Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala Segunda. Caratulado CAT ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A. CON RUBEN MEZA CORDOVA. ROL 455-2023. Fecha de sentencia: 13 de septiembre de 2024.

[44] Por instancia, el análisis casuístico que deben emplear los Tribunales y Cortes de justicia sobre esta materia puede vislumbrarse en el siguiente Considerando transcrito: "6° Que el hecho que se ha tenido por establecido en la sentencia, en el sentido que en ocasiones anteriores el cliente había dejado olvidada su tarjeta en el cajero, siendo otra persona –funcionario del banco o incluso el vigilante- quien le advertía del descuido para que retirase su tarjeta, solo permite tener por cierto que, lamentablemente, ese descuido solo puede ser calificado de grave en los términos de lo prevenido en el artículo 44 del Código Civil; solo que hasta antes del hecho conocido en este proceso, el cliente había tenido la suerte de que tal descuido fuera advertido por personas de buena fe (del banco o no), lo que tristemente no se repitió el día de los hechos. Aquello no constituye culpa del banco desde que, tal como se explica en el razonamiento 4° que antecede, el cuidado de la tarjeta y el uso y reserva de las claves secretas es de responsabilidad exclusiva del cliente. Es posible que ese descuido pueda ser explicado con cierta naturalidad por la edad del usuario –que fue también lo considerado en el fallo que se revisa-, pero ello no cambia el hecho que el cuidado exigido respecto de tarjetas y claves, sigue siendo suyo." Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Sala

Desde este prisma, como en todo contrato, las obligaciones que nacen a partir de esta relación pueden ser incumplidas por una parte u otra, y, en el presente caso, centraremos nuestro análisis en el incumplimiento del deudor o tarjetahabiente.

En este sentido, el usuario puede incumplir su obligación al actuar de forma dolosa o culpable, en el último caso, tal incumplimiento puede ser graduado, en virtud de lo establecido por el artículo 44º del Código Civil, lo cual se puede manifestar en el siguiente ejemplo: si un tarjetahabiente, por faltar a su debida diligencia o cuidado, entrega abiertamente las respectivas contraseñas de su medio de pago electrónico a un tercero, en principio, estaríamos en presencia de un tipo de culpa levísima. Y, de contemplar con tal conducta un ánimo defraudatorio hacia el ente bancario respectivo, tal incumplimiento revestirá el carácter de una conducta dolosa.

No obstante, existen diversas situaciones en las cuales no es tan sencillo determinar si existe culpa o algún grado de aquella, tal es el caso, de un tarjetahabiente que entrega su clave electrónica bancaria a un supuesto ejecutivo bancario por medio de una llamada telefónica[45], el cual corresponde a un tercero que engaña al usuario para que este le comunique las claves de su medio de pago electrónico con el fin de tener acceso total a este, y así poder realizar diversos fraudes, como por ejemplo: transacciones electrónicas o incluso compraventas a modo online.

A su vez, similar problemática se visualiza, ahora, siendo el tarjetahabiente una persona de tercera edad quien le encomienda a alguien de su máxima confianza sus claves de acceso a su medio de pago electrónico -pensemos, en un familiar cercano como un hijo o nieto-, con el fin

---

Décimotercera Caratulado BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES/SEPÚLVEDA. ROL 880-2022. Fecha de sentencia: 29 de julio de 2024.

[45] En tal sentido, el voto disidente redactado por el Fiscal Judicial, don Jaime Salas Astrain, quien estuvo por revocar la sentencia, en los 3º y 6º señala, respectivamente que: "3°) Que, precisado lo anterior, la demandada en su contestación reconoce haber recibido una llamada telefónica, señalándole su interlocutor que era ejecutivo del Banco Bice dándole datos personales suyos. A continuación, esta persona le informó que se habían verificado operaciones fraudulentas con sus productos y debía procederse a efectuar un bloqueo de seguridad de los mismos, razón por la cual, le solicitó autorizar a través de la aplicación telefónica "BICEPASS" una serie de operaciones que entendía correspondía al bloqueo de los productos, pero que en realidad, según entendió después fueron transferencias a un destinatario denominada como "BLOQUEO SEGURIDAD". Lo anterior deja de manifiesto el descuido grave en que incurrió, permitiendo que terceros tomaran el control de su cuenta corriente. A su vez, es un hecho no controvertido, que después de su imprudente proceder, fueron realizadas transacciones por una suma total de $ 7.000.000." Y, visto 6º: "6°) Que, en consecuencia, habiéndose justificado por el banco a través del reconocimiento del mismo cliente, que fue éste quien incurrió en culpa grave que facilitó la comisión del delito que le afectó, corresponde acceder a la demanda y ordenar la restitución del anticipo de garantía." Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala segunda. Caratulado BANCO BICE S.A/CORPORACIÓN EDUCACIONAL COLORES. ROL 287-2023. Fecha de sentencia: 16 de agosto de 2024.

que pueda realizar transacciones con tal medio de pago, tales como pagar las facturas por los servicios básicos en que incurre mensualmente, entre otras.

De esta forma, en la hipótesis planteada anteriormente, es posible, primero, descartar la existencia de dolo por parte del tarjetahabiente, toda vez que no existe un ánimo defraudatorio al ente bancario respectivo. En segundo lugar, en cuanto a la existencia de culpa grave, el carácter negligente propio de este grado de culpa tampoco puede imputarse al usuario, puesto que este minimiza la posibilidad de ser víctima de una conducta fraudulenta de terceros con su actuar, principalmente, al destinar la transacción que desea realizar no a cualquier tercero, sino a una persona en quien confía y tiene la seguridad que solo realizará tal transacción, sin que ello comprometa la seguridad de sus claves de acceso u otros datos secretos de su medio de pago.

Asimismo, puede suceder que el tarjetahabiente incumpla la obligación por un hecho que no le es imputable, sino que puede ser debido a un caso fortuito o fuerza mayor, el cual, según el artículo 45º del Código Civil, se define como "el imprevisto a que no es posible resistir (...)". La anterior hipótesis podría configurarse si, por ejemplo, el tarjetahabiente es víctima del actuar delictivo de un tercero al poner un arma sobre su cabeza, obligándole a entregar su teléfono y contraseñas de su medio de pago electrónico, por lo que tal tercero vulnera el resguardo que el tarjetahabiente posee sobre su instrumento financiero, no siéndole imputables las transacciones realizadas con posterioridad a la ocurrencia del ilícito, debiendo, para tal efecto, dar aviso oportuno a la entidad financiera respectiva, tal como se ha manifestado la Ilustrísima de Corte de Apelaciones de Valparaíso[46]. Asimismo, puede suceder que el sistema de seguridad

[46] En este sentido, se ha manifestado a Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, señalando, en su Considerando Quinto: "5º) Que, si bien es efectivo que en esta instancia la recurrente acompañó el certificado de abono de treinta y cinco Unidades de Fomento emitido por su representada, Banco Ripley, a la demandada, subsanando la falencia que expresa el fallo recurrido, es del caso que de la circunstancia que el demandado haya dado aviso a la actora del robo de la tarjeta luego de transcurrido un lapso aproximado de una hora y veinte minutos, no es posible inferir un comportamiento atribuible a dolo o culpa grave. Por el contrario, se trata de un tiempo razonable, considerando la naturaleza del hecho a que se vió expuesto el demandado. En efecto, según se señaló, el dolo consiste en un comportamiento llevado a cabo con la intención de causar daño o animus nocendi, en tanto que la culpa grave "es un comportamiento groseramente descuidado, que implica no entender lo que para cualquiera sería evidente e inteligible" (Banfi, Cristian, "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile", en Revista Chilena de Derecho, vol.27, No2, 2000, p. 302), tratándose, ambos, de los más extremos juicios de reproche susceptibles de ser aplicados a una persona en sede de responsabilidad jurídica, ninguno de los cuales se configura respecto del demandado de autos, conforme a los antecedentes de la causa." Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sala Tercera. Caratulado BANCO RIPLEY S.A/ARAYA. ROL 241-2023. Fecha de sentencia: 27 de agosto de 2024.

del ente bancario resulte vulnerado, y, a consecuencia de ello, un tercero sustraiga los datos personales, claves, u otra información personalísima del usuario; entre otros casos.

Así se ha manifestado el profesor René Abeliuk (2008), quien señala "pero si la prestación se hizo imposible por caso fortuito, el deudor de ella queda liberado de cumplirla en naturaleza, porque a lo imposible nadie está obligado, ni por equivalencia, ya que no es responsable de la imposibilidad."

Lo anterior, lleva a preguntarnos si es aplicable la teoría de los riesgos del artículo 1550º del Código Civil[47] a las diversas situaciones previstas por la ley en comento. En primer lugar, esta teoría descansa sobre la existencia de un contrato bilateral, en el cual surge la imposibilidad de que el deudor cumpla con la respectiva obligación de entregar la cosa -que debe corresponder a una especie o cuerpo cierto- al acreedor, debido a que esta ha perecido por caso fortuito, y no por un hecho imputable a aquel. En tal sentido, la pérdida de la cosa debe soportarla el acreedor.

De esta forma, consideramos que si es aplicable la teoría de los riesgos en esta materia, toda vez que, de ser el tarjetahabiente víctima de hurto, robo, fraude o incluso extravío de su medio de pago electrónico, tras informar de ello al ente financiero en cuanto al desconocimiento de ciertas transacciones que se hayan realizado de manera fraudulenta, este último se obliga a cancelar los cargos o restituir los fondos. Y, al mismo tiempo, aun no tratándose del desconocimiento de ciertas transacciones que realice un tarjetahabiente en los casos de hurto, robo o extravío de su medio de pago, la institución bancaria procederá a bloquear tal instrumento financiero, para luego, hacer entrega al usuario de otro instrumento en reemplazo del anterior.

Ahora bien, el vínculo obligacional que posee tanto el ente bancario como el tarjetahabiente corresponde, principalmente, a la observancia de conductas responsables y efectuadas de buena fe, las que corresponden a obligaciones de hacer y no hacer, mientras que la teoría de los riesgos descansa en obligaciones de dar que recaen sobre especie o de cuerpo cierto, en virtud del artículo 1550º del Código Civil. Además, tal vínculo surge de una relación contractual diametralmente opuesta a la civil, debido a que existe una asimetría de información

[47] Según Ramon Meza Barros, esta se define como "*el peligro de perecer de una cosa a consecuencia de un caso fortuito, y que pone a la persona en la necesidad de soportar la pérdida consiguiente.*"(...). Barros, R. M. (2015). *Manual de derecho civil: de las obligaciones*. (p.131).

y de poder contractual entre ambas partes, a saber, entre consumidor y proveedor, en que el primero es la parte débil de tal relación, en concordancia con el artículo 2º ter de la Ley Nº19.496.

Es por ello, que es de suma relevancia analizar las características de los consumidores en los contratos financieros y electrónicos. Principalmente, en cuanto a la categoría de "hipervulnerabilidad" en que estos pueden encontrarse, lo cual, posee efectos directos sobre la diligencia exigible a esos consumidores en determinadas circunstancias, lo cual se explicará a continuación.

2.2. Sobre la hipervulnerabilidad de los consumidores en los contratos financieros y electrónicos.

En nuestra sociedad existen diversos tipos de categorías de consumidores, las cuales, a pesar de no ser recogidas por la Ley Nº20.009, estas resultan de vital importancia al momento de ponderar si, en el caso concreto, un tarjetahabiente actuó o no con dolo o culpa grave, en términos del artículo 5º ter y sus literales del mismo cuerpo legal.

En esta línea lógica, siguiendo a Patricia López, esta autora introduce el fenómeno de la hipervulnerabilidad de los consumidores señalando que "por regla general, todo consumidor será la parte débil de la relación de consumo, ya que se asume que este tiene una vulnerabilidad estructural (...)". Ahora bien, tal vulnerabilidad base puede resultar intensificada a raíz de una multiplicidad de factores personales de los consumidores, considerando dentro de ellos, desde sus capacidades económicas, hasta el conocimiento técnico de una ciencia u arte que estos posean, entre otros factores, lo cual sostiene la autora, al señalar: "Pero puede ocurrir que a esa vulnerabilidad estructural se agregue otra derivada de una situación personal del consumidor[48]", por lo que tales situaciones personales pueden referirse a variadas características de los consumidores, tales como su rango etario, condición sexual, sus atributos físicos y/o psíquicos, e, incluso, pueden darse circunstancias temporales o permanentes en que se manifiesta tal

[48] López, P. (2022). *El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable*. Latin american legal studies, 10(2). (pp. 385).

hipervulnerabilidad[49] [50], y, en base a ello, estimamos que los consumidores financieros se circunscriben en tal categoría, como se analizará posteriormente.

Asimismo, se ha expresado la profesora Isler (2021), concibiendo a este tipo de consumidores como aquellos "(…) individuos sometidos a una debilidad aún mayor a aquella que proviene del solo hecho de ser destinatario final de un producto o servicio, lo cual puede provenir de factores de diversa naturaleza."

En este orden de ideas, y siguiendo a la profesora Isler, la hipervulnerabilidad descansa en dos criterios, a saber, el cumplimiento de un criterio fáctico, y, la determinación de la vulnerabilidad atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En primer lugar, respecto a la observancia de un criterio fáctico, este consiste principalmente en atender a una circunstancia objetiva contemplada en nuestro derecho, como lo es la edad del consumidor que va a celebrar un contrato con un proveedor, pensando en un contrato de cuenta corriente celebrado con una entidad financiera.

Así, por ejemplo; pensemos en el caso de un menor adulto, el cual es considerado por nuestro sistema como un incapaz relativo, en virtud del artículo 1447º inciso 2 del Código Civil, este por sí mismo no cuenta con la madurez o raciocinio suficiente para celebrar actos o contratos por sí mismo, a no ser que sea autorizado por su representante legal. Por lo cual, al celebrar contratos de consumo, se encontraría en una situación de desventaja frente al proveedor, al carecer de los conocimientos técnicos sobre tal materia; de la falta de experiencia

---

[49] Erika Isler, ha ilustrado esta condición de vulnerabilidad en los siguientes ejemplos: en primer lugar, en cuanto a la suspensión de la prescripción ordinaria bajo los supuestos del artículo 2509º del Código Civil, el cual, en su numerales 1º, expresamente reconoce tal suspensión debido a su potenciada vulnerabilidad a los absolutamente incapaces, ello al ser concordado con el inciso primero del artículo 1447º del mismo cuerpo legal. Asimismo, el inciso segundo del citado artículo primigenio señala que tal suspensión también se configura a favor de la mujer casada en sociedad conyugal, lo cual, es un resabio de su en otrora categorización como relativamente incapaz. Además, otra manifestación del reconocimiento a la hipervulnerablidad en nuestro ordenamiento jurídico, la contempla el inciso primero artículo 94º bis del Código Penal, el cual contempla la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, considerando la entidad del bien jurídico protegido en tales hipótesis, a saber la libertad y la indemnidad sexual, entre otras manifestaciones. Isler, E. (2021) "*Acerca del reconocimiento de los consumidores hiper vulnerables*". Estudios de Derecho Comercial. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Editorial Tirant lo Blanch. (p.198).

[50] En el mismo sentido que la autora precedente, Patricia López ilustra una manifestación sobre esta especial vulnerabilidad, la cual se encuentra en el inciso primero artículo 17º de la Ley Nº19.496, en la cual se adaptan los contratos de adhesión para personas que sufren de discapacidad audiovisual o auditiva, otorgando así una especial protección a este grupo de consumidores. López op. Cit. (p.385-386).

que este posee; de las deficiencias económicas a las que está sujeto; la falta de educación financiera en cuanto a la forma y responsabilidad en cómo administrar su patrimonio; entre otros.

Conjunto a lo anterior, también puede mencionarse la situación del consumidor adulto mayor, ya que si bien, este no cabe en la categoría de un incapaz relativo o absoluto, si se encuentra en una situación de vulnerabilidad, puesto que atendido a la avanzada edad que tiene al momento de celebrar este tipo de contratos, se encuentra propenso o potencialmente expuesto a verse afectado por situaciones de engaño por parte de terceros, tales como el envío de mensajes de texto[51], correos electrónicos, y, principalmente, llamadas telefónicas[52] que buscan, por medio de un ardid defraudatorio, hacerse con las claves y demás datos sensibles de los medios de pago de estos consumidores de avanzada edad.

Bajo estas consideraciones, y continuando con las relaciones entre consumidor y proveedor financiero, podemos advertir la patente existencia en la asimetría técnica, económica y social de este grupo etario, concretamente, al considerar su falta de expertiz sobre el funcionamiento y los efectos jurídicos de este tipo contractual; de la abismal diferencia en cuanto a los ingresos que percibe cada una de las partes; y el desnivel de preparación académica o educacional que existe entre ambos. Lo cual, deja de manifiesto la vulnerabilidad que padece este tipo de consumidor.

En segundo lugar, con respecto al segundo criterio de determinación, el cual corresponde a la determinación casuística de la vulnerabilidad, la profesora Isler señala que, la desigualdad material que sufre un determinado consumidor, desmejora, de manera efectiva, su calidad de tal respecto de otros consumidores, dando lugar así a un sujeto que se encuentra en una relación aún más pronunciada de asimetría respecto no solo del proveedor, sino que también respecto a otros consumidores, a lo cual se ha mencionado que en esta hipótesis no habría seguridad o

[51] Santibáñez, L. (2024). Aumenta en 125% las estafas mediante mensajes falsos en Chile. *El Mostrador*. Recuperado el 31 de octubre de 2024, disponible en https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/agenda-digital/2024/10/21/aumentan-en-125-las-estafas-mediante-mensajes-falsos-en-chile/.
[52] Canal Meganoticias. (26 de abril de 2023). *Banco Estado emite alerta por nuevo tipo de fraude vía telefónica*. [Archivo de video]. YouTube. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=xEKDtTIA5HA&ab_channel=Meganoticias.

certeza jurídica, debido a la amplitud de situaciones en las que se deba atender específicamente a la cualidad que posea cada sujeto[53].

Sin perjuicio de ello, a raíz de la diferencia estructural base que enfrentan todos los consumidores -por regla general- en sus relaciones de consumo, podría eventualmente presentarse el caso en que un consumidor, por ejemplo, posea más información técnica sobre el producto o servicio que está adquiriendo, por lo que tal asimetría devendrá en presunta, pudiendo ser derribada por el proveedor en tales casos de contratar con los denominados "consumidores sofisticados"[54].

Ahora bien, resulta necesario referirse a la categoría de consumidor financiero para efectos de analizar los contratos que celebren con las entidades financieras, al respecto estos consumidores pueden ser personas naturales o jurídicas, las cuales celebran contratos sobre cualquier tipo de producto financiero, con personas naturales o jurídicas que provean este tipo de servicios, como lo son, las entidades bancarias; las compañías de seguros, las empresas del retail, entre otras[55].

De esta forma, la hipervulnerabilidad de esta clase de consumidores recae en que, salvo que tenga conocimientos técnicos muy acabados de los diversos productos o servicios financieros, este se verá afectado por sus condiciones particulares, tales como su situación socioeconómica, su nivel educacional, entre otras, las cuales inciden directamente en la comprensión de información y los efectos jurídicos concretos que la contratación financiera produce en su persona[56].

Al mismo tiempo, la categoría de consumidor financiero como hipervulnerable se encuentra íntimamente relacionada con la categoría de consumidor electrónico, el cual, en sencillas palabras es aquel sujeto que suscribe contratos por medio de plataformas electrónicas,

---

[53] Isler op. Cit. (p.202).
[54] López op. Cit. (p.382).
[55] López op. Cit. (p.398).
[56] Ilustrativamente, la autora señala diversas situaciones reconocidas normativamente en nuestro derecho en que se hacen patente estas circunstancias que causan la hipervulnerabilidad del consumidor financiero, a saber, las siguientes normas de la Ley Nº19.496; el inciso segundo del artículo 3; el artículo 17 en sus literales a), d), g), h), l), n), los cuales se refieren, respectivamente, la mitigación de la asimetría de la información; publicidad engañosa; publicidad por acoso o coacción; la obligación de dictar reglamentos, la consagración de deberes y prohibiciones a los proveedores financieros; entre otros. López op. Cit. (p.399).

con un proveedor financiero u otro. Al respecto, cabe mencionar que a este le afectan tres tipos de vulnerabilidad que le son propias, a saber: a) la lejanía que este puede tener con respecto a las nuevas tecnologías y su correcto uso, b) la posibilidad de que el proveedor por medio de este canal incumple con su deber de informar sobre el servicio o producto, c) los daños que pueden producirse al utilizarse estos medios.

Ilustrativamente, pensemos en la situación de un consumidor que posee un medio de pago electrónico con una entidad bancaria, al cual le ofrecen contratar un seguro de vida o de accidentes o de abrir una cuenta corriente, en el primer caso, le entregan un documento el cual contiene la descripción del seguro, con términos técnicos propios de la materia, sin que pueda entender a cabalidad sus derechos u obligaciones. En el segundo caso, le ofrecen abrir una cuenta corriente a costo cero, pero al cabo de tres meses, debe pagar una comisión de cierto monto de dinero, lo cual no aparecía descrito en la publicidad.

Otro caso, es el del consumidor que al comprar en una página de retail un determinado producto, visualiza que el tamaño de aquel es considerablemente grande, pero al momento de la entrega, se percata que tal tamaño no es tal, lo cual advierte la publicidad engañosa que puede estar presente en este tipo de contratos en línea.

Y, de forma muy habitual en nuestro país debido a la gran población correspondiente a la categoría de adulto mayor -la cual alcanza un 18,4% al año 2023[57] de acuerdo al Servicio Nacional del Adulto Mayor- (por sus siglas SENAMA). Este tipo de consumidor, de acuerdo a Patricia López, encuentra su hipervulnerabilidad, principalmente, en la brecha tecnológica que existe entre sus conocimientos de las nuevas tecnologías, en contraposición con los grandes y explosivos avances que se han generado y se continuarán generando en este ámbito, lo cual lo relaciona directamente con las dos categorías anteriores, siendo, al mismo tiempo, un consumidor hipervulnerable en varios francos, al formar parte también de los consumidores electrónicos y los consumidores financieros[58].

---

[57] Arnold, M., López, D., Massad, C., Thumala, D. (2023). *Séptima encuesta nacional inclusión y exclusión social de las personas mayores 2023: visión de la población chilena sobre la integración social de las personas mayores.* Santiago, Servicio Nacional del Adulto Mayor. Disponible en: https://www.senama.gob.cl/storage/docs/SEPTIMA_ENCUESTA.pdf

[58] López op. Cit. (p.398).

En síntesis, la hipervulnerabilidad de los consumidores no es una discusión que se limite meramente a una esfera dogmática, sino que ello posee consecuencias fácticas concretas en las relaciones de consumo que se dan en el tráfico jurídico, por lo que los mecanismos de protección y acción que poseen estos consumidores cobran una importancia vital en la protección de sus derechos ante la gran asimetría que existe en contraposición al proveedor.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la Ley N°19.496 posee dentro de sus principios cardinales, una perspectiva proteccional hacia los consumidores, al mismo tiempo regula ciertas situaciones en que estos, por medio de ciertos actos que efectúen, pueden llegar a ser sancionados de acuerdo a este cuerpo legal, lo cual se analizará a continuación.

2.3. La acción temeraria que efectúa el consumidor a la luz de la Ley N°19.496 y su nexo con el abuso del derecho.

Ya hemos mencionado anteriormente, que nuestro sistema es garantista de los derechos de los consumidores en base a los diferentes mecanismos de protección que estos poseen en virtud de la ley en comento en contra de las arbitrariedades, abusos o perjuicios provocados por los proveedores.

Sin embargo, existe un caso inverso en tal cuerpo legal, en el cual se protege jurisdiccionalmente al proveedor frente a la acción temeraria que ejercita el consumidor,[59] lo cual quiebra con el principio pro-consumidor que inspira y funda la Ley N°19.496, según el artículo 2º ter, el cual señala que las normas contenidas en esta ley gozarán siempre de una interpretación favorable a los consumidores en concordancia con el principio ya mencionado.

Tal acción temeraria, se encuentra contemplada en el título IV de la presente ley, en su artículo 50º letra e)[60], la cual consiste en que el consumidor o actor presente una denuncia,

---

[59] Guerrero Becar, José Luis. (2008). La acción temeraria en la Ley Nº19.496 sobre protección de los derechos del consumidor. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica (Valparaíso)*, (31), p.201.

[60] La norma mencionada anteriormente, expresa: "artículo 50º e): *Cuando la denuncia, querella o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria. Realizada tal declaración, los responsables serán sancionados en la forma que señala el artículo 24º de esta ley, salvo que se trate de acciones iniciadas de conformidad a lo señalado en el Nº 1 del artículo 51º. En este último caso, la multa podrá ascender hasta 200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además, sancionar al abogado, conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530º y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades penal y civil solidaria de los autores por los daños que hubieren producido."* DFL 3 de 2019 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado

querella o demanda contra el proveedor, la que *carece de fundamento plausibl*e, por lo que el juez, en la sentencia y a petición de parte, puede declararla como temeraria.

Lo anterior, trae aparejado como consecuencia, que tanto el demandante como su abogado patrocinante, pueden ser sancionados por medio de una multa en virtud del artículo 24º de dicha ley en el primer caso y, con una sanción disciplinaria del artículo 530º y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, en el segundo caso.

Junto con ello, estos pueden, además, ser sujetos a las responsabilidades penales y civiles de tipo solidaria, por los daños que estos han producido.

Lo anterior debe ser entendido, en cuanto a la procedencia de la temeridad de la acción, a lo dispuesto en el inciso final del artículo 52º del cuerpo legal en comento[61], puesto que tal norma señala que el demandado, además de poder solicitar en su contestación que la demanda sea declarada temeraria por no tener fundamento plausible, además, *puede fundar su petición en que esta se ha deducido de mala fe*, tratándose de una acción colectiva.

En tal hipótesis, la doctrina nacional, siguiendo a Fredes, ha señalado que la temeridad debe ser entendida como un "comportamiento irresponsable o malintencionado de los consumidores al actuar judicialmente contra un proveedor"[62]

En este sentido, estimamos que la sanción de tal temeridad por parte del consumidor, significa un reconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico a un conducta que constituye un abuso del derecho en su actuar, puesto que, en concordancia a las hipótesis anteriormente mencionadas para su procedencia, este pone en movimiento o en marcha el sistema judicial en

---

y sistematizado de la Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Promulgada el 13 de septiembre de 2019.

[61] En primer lugar, en cuanto al exordio de la norma, esta dispone que: artículo 52º.- *"El tribunal examinará la demanda, la declarará admisible y le dará tramitación, una vez que verifique la concurrencia de los siguientes elementos: (...)"* Y, en su inciso final: *"En todo caso, si el demandado ha solicitado en su contestación que la demanda sea declarada temeraria por carecer de fundamento plausible o por haberse deducido de mala fe, para que se apliquen al demandante las sanciones previstas en el artículo 50º E, el juez deberá incluir este punto como hecho sustancial y controvertido en la resolución que recibe la causa a prueba".*

[62] Fredes, Francisco (2003), como se citó en Hassi, S. y Roa, M. (2020). *Acciones temerarias en la ley de protección de los derechos de los consumidores. Críticas a su regulación contenida en la Ley N°19.496 y a su falta de desarrollo.* Revista Justicia & Derecho. Universidad Autónoma de Chile, Volumen 3, número 2 año 2020. (pp. 4).

pos de impetrar una acción a sabiendas que no posee fundamento jurídico alguno, o, que esta sea deducida de mala fe en cuanto a las acciones colectivas.

A su vez, como se explicó anteriormente en el Capítulo 2, Acápite 2º de esta tesina, los requisitos copulativos para que opere la institución del abuso derecho son tres, los cuales se cumplen en el presente caso, a saber; en primer lugar, el consumidor como sujeto activo ejerce un derecho subjetivo; en segundo lugar, este ejercicio reviste un carácter abusivo, en virtud de las normas señaladas anteriormente de la Ley Nº19.496; y, en tercer lugar, tal abuso posee la finalidad de causar daño al proveedor contra el cual se dirige la acción temeraria, puesto que, tanto la demanda, denuncia o querella infraccional busca la imposición de sanción pecuniarias al proveedor demandado o querellado, buscando el consumidor, a su vez, un beneficio patrimonial de ello.

No obstante, a pesar de que se cumplan las causales del artículo 50º letra e) y el artículo 52º inciso final de la ley precedente, las cuales habilitan la denuncia de una acción temeraria en contra de algún consumidor, los juzgados de policía local por regla generalísima no aplican esta institución en sus fallos a pesar de rechazar la denuncia, querella o demanda del demandante, sino que resuelven condenarlo, a lo sumo, por las costas del juicio, siendo la condena por denuncia temeraria un caso excepcionalísimo en nuestra jurisprudencia nacional[63].

Por tanto, en virtud del análisis precedente, es posible constatar la existencia de una manifestación reconocida por nuestro ordenamiento jurídico sobre la abusividad de un derecho, el cual, en el presente caso, recae en la temeridad de la acción con respecto a una denuncia, demanda o querella deducida por un consumidor en contra de un proveedor, la cual, aunque su asidero y reconocimiento jurisprudencial sea prácticamente nulo, la ratio legis del artículo 50º literal e) y artículo 52º inciso final de la Ley Nº19.496 fue establecer un límite al principio pro consumidor consagrado en tal cuerpo legal, reconociendo tácitamente que, aunque las normas y prerrogativas que establece deben ser interpretadas a favor de la parte más débil en las relaciones

[63] En tal sentido, Guerrero invoca una sentencia dictada por el 4º Juzgado de Policía Local de Santiago, ROL Nº1.256-2005, la cual condenó al querellante y declaró la temeridad de su acción condenando a una muleta de 15 UTM, la cual sin perjuicio de ser confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto al rechazo de la acción, el tribunal de alzada terminó por revocar la declaración de la temeridad de la misma, señalando la Corte que *"el querellante y demandante no queda condenado al pago de 15 UTM por cuanto no se considera temeraria las acciones por él deducidas"*. Guerrero op. Cit. (p.199).

de consumo, su actuar no puede transgredir los principios generales del derecho, y con ello, causar consecuencias perniciosas a los proveedores, los cuales también, y naturalmente, son sujetos de derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Es por ello, que, ahora desde la perspectiva del consumidor financiero, a raíz de las recientes modificaciones realizadas por la Ley N°21.234 y la Ley Nº21.673, a la Ley Nº20.009, se han consagrado en nuestra legislación las diversas hipótesis en que, tales consumidor, incurren en conductas fraudulentas, las cuales se expondrán a continuación.

2.4. Sobre la presunción legal de dolo o culpa grave por el tarjetahabiente de acuerdo a los literales del artículo 5º ter y su eventual conexión con el fenómeno del auto fraude.

En primer lugar, su ubicación normativa se enmarca en el título II de la Ley N°20.009 esto es *"De la cancelación de cargos y restitución de fondos"*, tales normas, atendido al exordio del artículo 5º ter, resultan aplicables en los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Policía Local que se refieren al artículo 5º y 5º bis del mencionado cuerpo legal.

En segundo lugar, las causales de dicho artículo son de derecho estricto, puesto que al tenor literal de dicha disposición se menciona que: "*Se presumirá el dolo o la culpa grave del usuario cuando ocurra alguna de las* ***siguientes hipótesis*** *(...)" (énfasis añadido),* por lo cual, a todas aquellas situaciones no contempladas en tales hipótesis señaladas por la disposición precedente, no le son aplicables aquellas presunciones de dolo o culpa grave del usuario, debido al carácter taxativo de tales literales[64].

Ahora bien, en el siguiente acápite se propondrá una línea interpretativa sobre cada literal contenido en el artículo 5º ter de la Ley Nº20.009, en lo que respecta a las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en tal norma, las cuales se refieren, por una parte, a ciertas conductas referidas a cierta negligencia del usuario sobre la debida protección que este debe otorgar a sus

[64] Al respecto, cabe mencionar que el método de interpretación gramatical no resulta suficiente para un correcto y debido análisis del artículo 5º ter, según se señala posteriormente en esta investigación. "(...) *Esta doctrina relaciona el sentido de la ley con la significación literal de la ley. Para descubrir el verdadero sentido de la ley, es preciso atender al significado literal de las palabras empleadas en la misma. El problema que se produce es que en un texto legal pueden encontrarse palabras que tengan un significado diverso, incluso aquellas utilizados en un lenguaje jurídico, en cuyo caso, la interpretación gramatical no nos va a determinar el verdadero sentido de la norma, sino sólo un abanico de soluciones posibles*". Barría, M. (2011). *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional.* Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 12.

medios de pagos electrónicos, especialmente a sus claves secretas bancarias, y, por otro lado, nos encontramos con presunciones referidas a conductas que se destacan por contemplar un carácter defraudatorio por el tarjetahabiente.

En cuanto a lo anteriormente expuesto, es posible advertir que en el literal g) del artículo 5º ter ya mencionado, se contempla de forma implícita una presunción sobre el auto fraude, el que puede llegar a ser cometido por los tarjetahabientes, toda vez que se presume el actuar doloso del usuario, el cual realiza una operación físicamente, y que luego, procede a desconocer aquello, con el único objetivo de obtener por parte de la institución financiera o bancaria la restitución de cargos y la cancelación de fondos.

No obstante, no es sencillo para el operador jurídico interpretar y aplicar dichas causales debido a la redacción ambigua que presentan, además de las problemáticas particulares que algunas de ellas contienen. Por lo cual, estos investigadores buscan proponer una interpretación armónica a la luz de los principios que inspiran el derecho de los consumidores y los principios generales del derecho, dirigida especialmente a los magistrados de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones, y jueces de los Juzgados de Policía Local de nuestro país, como también a las diversas entidades financieras o bancarias, teniendo tal propuesta la siguiente estructura: en primer lugar, se enunciará la causal, se explicará la principal problemática interpretativa, y finalmente, se propondrá una posible correcta interpretación de aquella.

2.5. Propuesta interpretativa de las causales del artículo 5º ter de la Ley N°20.009.

Sin perjuicio de las consideraciones particulares que se harán a continuación sobre cada literal de la ley en comento, resulta primordial que el operador jurídico respectivo aplique restrictivamente estas causales, puesto que como se mencionó anteriormente, estas corresponden a causales de derecho estricto, por lo cual cualquier otro tipo de analogía vulnera tal carácter, resultando inaplicable para el presente análisis.

Además de lo anterior, resulta cardinal que siempre se tenga en consideración el principio pro-consumidor, reconocido en el artículo 2º ter de la Ley N°19.496, debido a la entidad de tales presunciones legales.

2.5.1. El literal a) expresa lo siguiente: "Que la operación desconocida haya sido realizada exclusivamente entre cuentas que sean de su titularidad, contratadas con anterioridad."

Este causal no presenta mayores problemas interpretativos, sin embargo, consideramos que debe ser entendida de la siguiente manera; debe ser aplicada en todos aquellos casos en que, de manera manifiesta se advierta que el usuario es el titular, en primer término, de la cuenta bancaria desde la cual se realizó una determinada transferencia electrónica, y en segundo término, en que también aquél es titular de la cuenta bancaria en la que se recibió el monto por la anterior operación, con el fin de desconocer la transacción primitiva y buscar con ello un enriquecimiento injustificado, observando de esta manera un claro ánimo defraudatorio.

Junto a lo anterior, el literal en comento no señala plazo alguno en que debe verificarse la hipótesis normativa que contiene, ni alguna otra condición adicional para su procedencia, por lo que el tarjetahabiente que incurra en la situación previamente descrita, sin perjuicio del momento en que este la efectúe, se presumirá que su actuar es doloso.

2.5.2. En el literal b) se expresa: "Que la operación desconocida haya sido realizada exclusivamente entre cuentas de su titularidad y de su cónyuge o conviviente civil, o de parientes por consanguinidad en toda la línea recta y la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o bien por afinidad en toda la línea recta y la colateral hasta el segundo grado inclusive."

En lo que respecta al citado literal, podemos advertir que el principal problema radica en que no se considera las transacciones que el usuario realice con terceros que no se encuentren en las categorías descritas en los literales a) y b) del artículo 5º ter, lo cual evade la presunción contenida en tales literales, por lo cual advertimos que, en este punto, y sin perjuicio de que tal conducta puede ser comprendida en el literal f) de la norma mencionada, ello genera una posibilidad a que, mediante tal mecanismo, los tarjetahabientes puedan obtener un enriquecimiento injustificado al desconocer tal transacción, por lo que ello sería constitutivo de abuso del derecho.

Además, al igual que el literal anterior, la norma en comento no señala plazo alguno en que la transacción desconocida por el usuario debe ser realizada.

No obstante, la interpretación lúdica de esta literal es similar a la de la causal precedente, solo que la hipótesis se extiende a transferencias respecto de usuarios cuando, entre estos, existen lazos de parentesco, ya sea por afinidad o consanguinidad en los grados que establece tal norma.

2.5.3. En el literal c) se expone: "Que los fondos transferidos hayan sido enviados a una o más cuentas registradas con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación al desconocimiento de la operación por el usuario, o se hubiere realizado transferencias a la o las cuentas de destino dos o más veces antes de las cuarenta y ocho horas previas al desconocimiento de la operación."

A nuestro juicio, esta causal exacerba en demasía el criterio cronológico con la finalidad de acreditar el actuar doloso o culpable del tarjetahabiente, siendo que, al contemplar una presunción legal sobre la procedencia de tal actuar del usuario, este criterio resulta insuficiente, puesto que el ente financiero buscaría fundar su pretensión únicamente en los plazos establecidos en este literal, lo cual, en definitiva, resulta una conducta sospechosa que podría constituir base de una presunción judicial, pero en ningún caso con la sola observancia del anterior criterio podría condenarse al consumidor, toda vez que el ánimo culpable o doloso de este no resultaría suficientemente acreditado.

En definitiva, la interpretación correcta de este literal debe ser concordada con la aplicación de otros literales del artículo en comento, puesto que, en sí mismo, el literal c) carece de la robustez suficiente para acreditar, con su mera concurrencia, el dolo o culpa grave en que incurrió el tarjetahabiente.

2.5.4. El literal d) enuncia: "Que el usuario haya reconocido expresamente haber entregado sus claves voluntariamente a terceros, a sabiendas de que podrán ser usadas para giros o transacciones."

Esta causal, a la luz de la jurisprudencia citada en el cuerpo de esta investigación, ha sido interpretada y aplicada de manera discrecional en atención a las particularidades fácticas de cada proceso, toda vez que los jueces consideran que el usuario entrega voluntariamente sus claves a terceras personas, cuando en una llamada telefónica este facilita sus claves bancarias a un supuesto ejecutivo bancario, o en la situación en que un usuario retira los fondos de su cuenta

bancaria en un cajero automático, y un tercero intercambia su medio de pago al verlo digitar su clave secreta, entre otras.

Dado lo anterior, cabe señalar que, respecto a la interpretación de este literal, es menester prestar especial atención a las circunstancias fácticas y las condiciones particulares del tarjetahabiente, toda vez que existen consumidores que presentan una hipervulnerabilidad y otros, que son sofisticados, lo cual posee directa incidencia en la conclusión que pueda extraerse a su actuar, puesto que, ilustrativamente, tratándose de una persona adulta mayor, con escaso empleo de sus dispositivos electrónicos, y que, además, se ve influenciada por un tercero que delictivamente busca obtener las claves y demás parámetros de seguridad de su medio de pago, resulta irracional concluir que su actuar pueda enmarcarse como negligente o culpable, y aún menos doloso.

2.5.5. El literal e), expresa: "Que el usuario tenga una o más sentencias firmes en el período de cinco años, en que se reconozca la existencia de dolo o culpa grave, en los términos del artículo 5º."

Sobre el presente literal, estimamos que este posee una gran dificultad en cuanto a su aplicación, sobre todo, considerando que la hipótesis normativa presenta una evidente vulneración al Principio *non bis in ídem*[65] y al Efecto Relativo de las Sentencias, según el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil, puesto que la presunción de dolo o culpa grave en contra del consumidor se verifica en razón de circunstancias completamente aisladas al nuevo desconocimiento que este realice sobre su medio de pago electrónico, irradiando su estado anterior de condenado por declararse su actuar como doloso o culpable a nuevos hechos, lo cual, además, merma en gran manera su facultad de desconocimiento transaccional al ser víctima del actuar delictuoso de un tercero.

Y, aún en la circunstancia en que este literal sea aplicado en un determinado caso, nada obsta a que el demandado -usuario- vía requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal en virtud del artículo 93º n°6 de la Constitución Política de la República,

[65] Según la RAE, la anterior expresión consiste en la: "*Garantía del ciudadano que consiste en la prohibición de perseguirlo o de sancionarlo dos veces (con dos penas, con una pena y una sanción o con dos sanciones) por el mismo ilícito.*" Diccionario panhispánico del español jurídico. (2023).

impugne la aplicación de la presente norma ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de lograr la inaplicabilidad de esta, al vulnerar de forma patente sus garantías constitucionales, tales como la igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19º n°2 de la Carta Fundamental, y la observancia de un procedimiento e investigación racional y justo fundado en un proceso previo legalmente tramitado, de acuerdo al n°3 inciso sexto parte final del artículo ya mencionado.

En conclusión, consideramos que el foco de discusión sobre esta causal no debe recaer en su aplicabilidad o no a un caso concreto, sino que la hipótesis normativa circunscrita en este contraviene garantías tanto constitucionales como legales de nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, tal causal no debería aplicarse en caso alguno.

2.5.6. El literal f) declara: "Si el emisor tuviere indicios suficientes de coordinación maliciosa entre los usuarios para reclamar una o más operaciones en una misma oportunidad."

Estimamos que, el presente literal posee, a lo menos, tres problemáticas en cuanto a lograr una acertada inteligencia con el fin de dilucidar o no su procedencia, principalmente, debido a la textura abierta o porosa en la que se enmarca la procedencia del mismo, a saber:

En primer lugar, la norma no establece qué debe entenderse por "*indicios*", lo cual deja a discrecionalidad del respectivo magistrado la calificación de un determinado antecedente en la anterior categoría. Sin perjuicio de ello, para estos investigadores, el concepto de indicio, en cuanto a la interpretación del literal en comento, debe entenderse, en base a la doctrina penal[66], como aquellos antecedentes que posean un sustento fáctico, los cuales, al revestir una calidad y suficiencia adecuada de acuerdo a la magistratura en cada caso concreto, y al ser concatenados

[66] Desde la dogmática penal, José María Asencio ha manifestado, a propósito de la prueba indiciaria y su aplicación en la prisión provisional, que: "*Se trata de un marco, el de la prueba indiciaria que, obviamente, en este campo, no es, ni puede ser plenamente objetivo, pues la prueba circunstancial exige de una gran capacidad valorativa y casual; pero, la actividad judicial valorativa se enmarca en un procedimiento que disciplina elementos a los que se imponen requisitos objetivos, lo que significa una limitación de las facultades judiciales que pone freno a la subjetividad plena y a la discrecionalidad susceptible de transformar la prisión provisional en lo que no es.*" Y, en cuanto a la estructura conceptual de los indicios, indica que: "*Las reglas que presiden la prueba indiciaria, en su triple consagración, implican la certeza de la consideración de los indicios como tales, la de su entendimiento conjunto y relacionado con una conclusión y la de una inferencia razonable, que descarte alternativas posibles de modo expreso y que evite, por vía indirecta, presunciones automáticas iuris et de iure o iuris tantum*". Asencio, M. (2019). "Prisión provisional y aplicación de la prueba indiciaria como procedimiento para valorar los riesgos cautelares*". Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, (Nº75),* pp. 132-133.

lógicamente entre sí, permiten inferir una determinada conclusión difícilmente equívoca a raíz de tales hechos.

Todo lo anterior, en consideración a la gran labor valorativa y circunstancial entregada a la magistratura, esta debe observar las reglas de la sana crítica en remisión al artículo 14º de la Ley Nº18.287, puesto que los jueces de los juzgados de policía local deben adscribir su labor jurisdiccional a tal sistema de valoración de la prueba, como también en cuanto a la apreciación de esta, junto a observar los antecedentes de la causa en concreto, por lo que, naturalmente, la prueba indiciaria que se delibere bajo este literal nunca debe transgredir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicos afianzados[67], además de considerar, en cuanto a la suficiencia y pertinencia probatoria de los indicios sobre la conducta dolosa o no del tarjetahabiente, el principio pro-consumidor.

Además, esta norma exige la pluralidad de estos indicios, en atención a la redacción contenida en ella, por lo que no es posible su aplicación en aquellos casos en que el indicio solo sea uno.

En segundo lugar, los indicios calificados así por el tribunal deben, además, deben revestir el carácter de "*suficientes*", por lo que, nuevamente el legislador le encomienda esta tarea interpretativa al juez en cuanto a si un indicio en particular resulta adecuado para lograr calificar la conducta del usuario como culpable o dolosa.

Y, en tercer lugar, los indicios suficientes antes mencionados deben observarse en virtud de una "*coordinación maliciosa entre los usuarios para reclamar una o más operaciones en una misma oportunidad"*, lo cual, deja entrever que los usuarios debieron concertarse previamente para obtener tal provecho ilícito, por lo que claramente el estándar de tal coordinación equivale a una conducta defraudatoria o dolosa.

---

[67] Pedrals, A, siguiendo a Couture, señalada, a propósito de las reglas de la sana crítica, que: "*Couture entrega dos definiciones. En uno de sus "Estudios" señala que "las reglas de la sana crítica, son reglas del corrector entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Por su lado, los "Fundamentos" establecen que son "las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad.*" Pedrals, A. (2014). "*Fundamentos de teoría del Derecho*". Editorial Librotecnia M.R, 1º Edición, p. 438.

Asimismo, estimamos que la interpretación de este literal debe fundarse a la luz del principio pro consumidor del artículo 2º ter de la Ley N°19.496, por lo que, los indicios suministrados al tribunal por el ente financiero deben clarificar, de manera clara y con ello, indiscutible, la observancia de los requisitos copulativos mencionados anteriormente, junto a la respectiva fundamentación tanto fáctica como jurídica en cuanto al examen de ponderación que realice el sentenciador sobre la gravedad de los indicios que se encuentren a disposición de su acertada inteligencia.

Junto a lo anterior, se debe atender al principio de racionalidad, dado que los Jueces de los Juzgados de Policía local valoran la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según el artículo 14º de la Ley Nº18.287, junto a lo señalado anteriormente en el acápite 2.5.6 sobre la interpretación del literal f) del artículo 5º ter en análisis.

Por último, el sentenciador debe tener en consideración que en virtud del artículo 4 inciso octavo de la Ley N°20.009, el mero registro de las operaciones no bastará, necesariamente, para probar el actuar culpable, o en el caso de este literal, la conducta dolosa del usuario, puesto que el probar el ánimo defraudatorio de éste último recae en el ente financiero, resultando, a juicio de estos investigadores, insuficiente el mero registro antes mencionado para probar tal circunstancia, a luz de los principios aplicables a la materia en comento, por lo que el ente bancario, con el fin de satisfacer la carga probatoria que recae sobre él, puede concordar el presente literal, junto con los literales c) y d) precedentes, con el fin de robustecer la prueba indiciaria que introduzca en el proceso, junto a las circunstancias particulares del caso que sostengan su pretensión.

2.5.7. El literal g) expone: "Si el emisor tuviere indicios suficientes de que fue el mismo usuario quien realizó la operación reclamada en canales físicos previo a la solicitud de restitución y/o cancelación de cargos."

Con respecto a este literal, se replica el mismo problema de la causal anterior, en lo que concierne a qué se entiende por indicios, y cuales revisten la suficiencia adecuada para la verificación de esta causal.

El aspecto distintivo del presente literal recae en que la operación desconocida debió realizarse a través de canales físicos. Por instancia, el retiro de dinero en un determinado cajero automático de un ente bancario, o, por medio de la atención personal que un cajero bancario le otorgue a un usuario.

En razón de lo anterior, la circunstancia fáctica que fundan esta causal, atendida su forma de realización, típicamente deberá fundarse por el ente financiero, a través de registros audiovisuales, fotográficos, u otros de carácter registral -como la firma respectiva del tarjetahabiente en el retiro de dinero ante un cajero bancario-, que intenten probar la circunstancia que, el propio usuario, ahora demandado, fue quien realizó la o las transacciones que posteriormente él mismo desconoce, lo que naturalmente deberá ser ponderado por el sentenciador en cuanto si tales elementos probatorios logran formar la convicción que, de manera fehaciente, fue el usuario quien incurrió en la conducta contemplada en la presente causal.

Ahora bien, en cuanto a la propuesta interpretativa, estimamos que sería ilustrativo tanto para el emisor como para el sentenciador, tener en consideración la distancia temporal que existe entre la realización de la operación física reclamada por el usuario, y entre la solicitud de la restitución de cancelación de fondos.

Junto con ello, se debe considerar lo expuesto anteriormente en cuanto a la causa anterior, en relación al artículo 4º inciso octavo de la ley ya mencionada.

2.5.8. Por último, el literal h) expresa: "Si la operación desconocida hubiere sido realizada con autenticación reforzada, en los términos del artículo 4º de esta ley, siendo al menos uno de los factores de autenticación de inherencia. Sin perjuicio de lo anterior, si la operación desconocida hubiere sido realizada con autenticación reforzada, en los términos del referido artículo, considerando sólo factores de posesión o conocimiento, podrá servir como base de presunción judicial."

Finalmente, en lo que respecta a esta causal, no presenta mayores dificultades en la práctica forense en cuanto a su entendimiento, dado que los presupuestos fácticos son del todo

claros, al atender principalmente si la transacción que reclama el usuario fue realizada por un medio de autenticación reforzada, a la luz del artículo 4º inciso décimo de la ley en comento.

No obstante, consideramos que existe una controversia en cuanto a la aplicación de esta causal, dado que, al desconocer un usuario una transacción sobre su medio de pago, una de las causas más comunes para que realice tal desconocimiento, es que ha sido víctima del actuar delictivo de un tercero, el cual ha logrado vulnerar los sistemas de seguridad de su medio de pago, o sencillamente, se ha apoderado o hecho materialmente de tal información secreta.

Por lo cual, resulta esencial para el sentenciador, en virtud de la jurisprudencia ya expuesta en esta investigación, considerar las circunstancia fácticas que rodean al alegado actuar delictivo por el usuario, y junto ello, resulta también determinante el momento exacto en que el tarjetahabiente da aviso a la entidad financiera sobre el hurto o robo, e incluso la clonación de su medio de pago, desconociendo, por tanto, las operaciones que se realicen posteriormente a este actuar delictivo, debiendo el tribunal resolver si, atendidos los antecedentes principalmente de hecho que rodean a una determinada causa, el usuario actuó con una debida diligencia, o no.

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS SOBRE EL DERECHO COMPARADO.

En este apartado se realiza un contraste normativo del artículo 5º de la Ley N°20.009 en consideración a la legislación extranjera, comentando las semejanzas y diferencias en cuanto a su regulación. La importancia de este análisis radica en conocer y establecer las fortalezas y debilidades de nuestra legislación en contraposición a diversos cuerpos normativos foráneos.

3.1. Derecho Uruguayo, Ley N°19.731, publicada el día 28 de enero del año 2019.

En cuanto a la legislación uruguaya, el cuerpo legal mencionado regula las obligaciones que tiene el emisor y usuario frente a operaciones de pago electrónico. Así, en su artículo 15º se señalan las diversas obligaciones que posee el emisor financiero, y, particularmente, en su literal e) se encuentra el deber de informar el procedimiento que deberá seguir el usuario para que este le notifique sobre la sustracción, hurto, rapiña -robo- o extravío de su medio de pago electrónico, bajo los medios adecuados que permitan la efectividad de tal comunicación.

En concordancia con la norma recién analizada, el artículo 17º de mismo cuerpo legal señala, esta vez, las obligaciones que le corresponden a los usuarios, dentro de las cuales se destaca el literal b) n°1, en el que el tarjetahabiente debe informar al emisor, en forma fehaciente e inmediata, ya sea por medios físicos o electrónicos, al detectar que su medio de pago electrónico ha sido objeto de sustracción, hurto, robo o extravío.

Por último, el artículo 16º de la Ley en comento señala las diversas hipótesis en que el emisor financiero es responsable frente al tarjetahabiente, de acuerdo con los siguientes literales: a), el emisor será responsable de todas aquellas operaciones no realizadas por el usuario, a partir de la notificación de este último sobre el desconocimiento que ha realizado. Sin embargo, el emisor no será responsable si prueba que las operaciones realizadas posteriormente a la notificación fueron realizadas por el usuario o un tercero autorizado por aquél; b), el emisor es responsable de todos los importes imputados por el usuario que sobrepasen el límite autorizado en casos de extravío, hurto, entre otros, con independencia de la notificación mencionada anteriormente. Sin perjuicio de ello, no responderá si prueba que tales operaciones son realizadas por el usuario o un tercero autorizado por éste.

Ahora bien, un elemento en común de ambas legislaciones radica en que el emisor a pesar de ser responsable de tales operaciones, posee la posibilidad de eximirse de responsabilidad si prueba que el usuario o un tercero autorizado por éste, fueron responsables de aquellas.

A raíz de lo anterior, se contempla como primera diferencia que en la legislación en comento el tarjetahabiente debe informar de manera inmediata al emisor sobre la operación no realizada por aquel, no especificando un plazo en concreto. Lo cual, en nuestra legislación el usuario debe hacerlo en un plazo de 30 días hábiles, siendo imperativo que denuncie de tal hecho a la autoridad con competencia penal respectiva. Como segundo elemento diferenciador, la legislación uruguaya no condiciona el desconocimiento de alguna transacción a la cuantía de la misma, en cambio, la legislación nacional distingue si el monto reclamado es inferior o igual a 35 Unidades de Fomento o si es superior a tal cifra. Y, por último, no se menciona la forma en la que el usuario debe practicar la notificación al emisor sobre dichas operaciones, ni del procedimiento, cuestión que sí se encuentra regulada en nuestro ordenamiento.

3.2 Derecho Español, Real Decreto Ley 19/2018, que entró en vigencia el día 25 de noviembre del año 2018.

En cuanto a la legislación española, esta contempla en su artículo 45º una regulación sobre el desconocimiento que realiza el usuario sobre operaciones no autorizadas que afecte a su medio de pago electrónico. De esta forma, una vez que este da aviso al emisor bancario respectivo, este debe devolver de forma inmediata o al final del día hábil siguiente el monto notificado de aquella transacción desconocida, salvo cuando tal emisor posea motivos razonables que le permitan sospechar la existencia de fraude, lo que debe comunicar al Banco de España en la forma y fondo que este determine.

Asimismo, en el artículo 46º del Real Decreto Ley en comento, se regula la responsabilidad del ordenante -tarjetahabiente- con respecto a operaciones de pago no realizadas, y en su exordio se establece una excepción a la regla general establecida por el artículo 45º, puesto que el usuario podrá resultar obligado a soportar un monto máximo de 50 euros (equivalente a cincuenta mil ochocientos noventa pesos) correspondiente al detrimento reclamado por tales operaciones.

Al mismo tiempo, la frase final del exordio mencionado establece una contraexcepción, puesto que a continuación se establecen hipótesis taxativas en que el tarjetahabiente es liberado de tal obligación, las cuales poseen el siguiente tenor: en el literal a), se contempla la hipótesis en que el usuario no pudo detectar la pérdida o la sustracción indebida, salvo cuando es aquel quien actúa fraudulentamente. Y, en el literal b), se expresa que la pérdida se debe a la acción u omisión de los empleados o de cualquier agente del proveedor de los servicios de pago.

En el inciso segundo, se menciona que el tarjetahabiente soportará todas las pérdidas de operaciones no autorizadas cuando haya actuado de manera fraudulenta o por incumplir deliberadamente o por negligencia grave, las obligaciones mencionadas en el artículo 41º del Real Decreto Ley, no siendo aplicable el monto de 50 euros. Por último, en el inciso final se señala que, en todo caso, el usuario quedará exento de toda responsabilidad de ser víctima de sustracción, extravío o apropiación indebida de su medio de pago electrónico, siempre que la o las operaciones que desconozca sean realizadas de forma remota empleando los datos de pago impresos en tal instrumento, y en que no medie fraude o negligencia grave en su actuar en cuanto

a sus obligaciones de seguridad y custodia, notificando sin mayor dilación a la entidad bancaria respectiva.

Ahora bien, en cuanto a las semejanzas de ambas legislaciones, podemos advertir que en el caso en que el usuario ha actuado fraudulentamente o de manera negligente, es él quien debe soportar las pérdidas de tales operaciones.

A raíz de lo anterior, se contempla como primera diferencia, que no existe un monto expresado para que el ordenante pueda desconocer operaciones no autorizadas, ni tampoco el plazo de días sobre tales operaciones, y el banco, al momento de recibir este desconocimiento, debe entregar de manera inmediata o al final del día siguiente hábil el monto reclamado, lo cual a comparación de nuestra legislación si se encuentra delimitado en estos aspectos, correspondiendo a un plazo de 10 o 15 días hábiles para tal restitución o cancelación de cargos.

En segundo lugar, la legislación foránea establece que, si la entidad bancaria posee motivos razonables que hagan sospechar la existencia de un actuar fraudulento por el tarjetahabiente, debe comunicar tales circunstancias al Banco de España, en virtud de las normas que tal entidad establece. En cambio, en nuestra legislación nacional ante tales sospechas de actuar fraudulento, el emisor podrá ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico contempla ante los Juzgados de Policía Local, con el fin de establecer el dolo o culpa grave del usuario. Por último, se contempla un monto máximo de 50 euros que debe soportar el ordenante sobre operaciones no realizadas, situación que no está presente en nuestra legislación.

3.3. Derecho Peruano, Resolución S.B.S. N° 5570-2019 y N° 02286-2024 sobre el Reglamento de Tarjetas de crédito y débito, emitida por La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

En el artículo 23º del reglamento se regula la responsabilidad del emisor ante operaciones no reconocidas por el usuario, quedando obligado a realizar una evaluación y demostrar que tales operaciones son auténticas y registradas. Junto con ello, es responsable de las pérdidas en los siguientes casos atingentes a la investigación: En primer lugar, cuando las tarjetas son clonadas. En segundo lugar, en caso de suplantación del usuario en las oficinas del emisor, y, en tercer lugar, en cuanto a las operaciones realizadas luego del bloqueo o cancelación de la línea de crédito o de la tarjeta, o cuando ésta haya expirado.

Con todo, de no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, y habiéndose producido el extravío, sustracción, entre otros, el emisor financiero es responsable de todas aquellas operaciones efectuadas con posterioridad a la comunicación que el tarjetahabiente ha efectuado. Sin embargo, la institución bancaria no se encuentra obligada a restituir los montos de aquellas operaciones desconocidas en el evento que acredite la responsabilidad del tarjetahabiente en ellas. Por último, en el supuesto que el emisor no diera lugar a la solicitud de desconocimiento efectuada por el usuario, éste deberá informarle claramente de los argumentos que fundamentan su negativa.

En cuanto a las semejanzas de ambas legislaciones, advertimos que, si bien existe la responsabilidad del emisor, este se exonera de ella si acredita la responsabilidad del usuario. No obstante, en relación a las diferencias, en primer lugar, en la legislación peruana no se vislumbra un monto a reclamar ni un plazo de días máximo para realizar tal acción a comparación de nuestra normativa, la cual sí lo contempla. En segundo lugar, no se menciona el procedimiento y no se distingue el tipo de culpa o dolo del tarjetahabiente, cuestión que sí se regula en nuestro ordenamiento jurídico.

3.4 Conclusiones del análisis comparado.

De lo expuesto anteriormente, es posible concluir que, tanto en la legislación uruguaya, española y peruana, no existe un monto mínimo o máximo para que el usuario realice desconocimientos sobre operaciones no autorizadas. Asimismo, no existe un plazo de días para que el tarjetahabiente pueda realizar tal reclamo. En cuanto a la normativa uruguaya como en la peruana, no se especifica un procedimiento destinado a resolver situaciones en que los usuarios se ven afectados por operaciones no consentidas por ellos.

Ahora, sobre la legislación española, se destaca que la institución bancaria debe restituir el monto de la transacción desconocida de manera inmediata o al día siguiente hábil a partir del desconocimiento del titular, sin embargo, este último podrá ser obligado a soportar un monto máximo de 50 euros por tal concepto.

Por tanto, a raíz del análisis precedente, la legislación chilena posee una normativa más desarrollada en tales aspectos, puesto que, en primer lugar, establece un plazo de 30 días hábiles para que el usuario realice el reclamo ante la institución bancaria respecto a operaciones no

autorizadas, denunciando a la autoridad respectiva. En segundo lugar, se distingue si la cuantía del monto reclamado es inferior, igual o superior a 35 Unidad de Fomento. En tercer lugar, el banco cuenta con un plazo de 10 a 15 días hábiles para realizar la devolución o restitución de fondos. Y, por último, si este sospecha del actuar del tarjetahabiente puede recurrir judicialmente al Juzgado de Policía Local competente.

CONCLUSIONES

En base a la investigación realizada en la presente tesina, se concluye que el artículo 5º ter de la Ley Nº20.009 efectivamente habilita al fenómeno denominado auto fraude por parte de los tarjetahabientes o usuarios, por los siguientes argumentos que se esgrimen a continuación:

a) Los literales de la norma en comento, a pesar de contener presunciones legales sobre el actuar doloso o culpable del tarjetahabiente, poseen aporías en cuanto al sentido y alcance de su redacción normativa y su aplicación, es por ello que, en la esfera fáctica de esta problemática se producen situaciones que escapan a las hipótesis tipificadas por los literales ya mencionados, habilitando de esta forma al denominado auto fraude, aun teniendo en cuenta los requisitos contenidos en el artículo cuarto de la ley en comento, referido principalmente, a que el usuario debe denunciar el hecho constitutivo de fraude a la entidad penal competente con el objetivo de poder obtener la cancelación de cargos o la restitución de fondos en lo que respecta a operaciones no realizadas por aquel.
b) El análisis jurisprudencial sobre la aplicación de los literales en comento permite concluir que existe doctrinas jurisprudenciales divididas en cuanto a la interpretación y alcance de tales causales, así pues, en casos análogos la magistratura, por una parte, condena al tarjetahabiente por considerar su actuar doloso o culpable al incurrir en la conducta tipificada por los literales, y por otra parte, otra corriente jurisprudencial señala la falta de medidas de seguridad suficientes por las entidades bancarias en las transacciones realizadas por los usuarios, condenando así a estas instituciones financieras.
c) Resulta dificultoso para las entidades bancarias probar que, efectivamente, el usuario incurrió en un actuar doloso o culpable, debido a que el artículo cuarto inciso octavo de la ley en análisis limita el mérito probatorio de los registros operacionales de los usuarios que desconocen aquellas respecto a sus medios de pago.

De esta forma, con el objeto de aportar a la actual discusión sobre esta materia, y a luz de las diversas corrientes jurisprudenciales, es que estos tesistas proponen una interpretación de los literales contenidos en el artículo 5º ter de la Ley Nº20.009, con el fin de ser una herramienta ilustrativa dirigida a los operadores jurídicos que deben interpretar y aplicar tales causales.

Por tanto, se propone en esta investigación una interpretación restrictiva de los literales contenidos en el artículo 5º ter de la Ley en comento, la cual debe ser concordada con los principios que imperan en el derecho del consumo, esencialmente, siempre debe considerarse como pilar fundamental a la hora de aplicar tales hipótesis normativas, el principio pro-consumidor consagrado en el artículo 2º ter de la Ley Nº19.496.

En virtud de lo anteriormente establecido, el operador jurídico, además, debe considerar, en armonía a las herramientas anteriores, las circunstancias fácticas específicas que hayan revestido los consumidores en cada caso en concreto, por instancia; si este dio aviso oportuno a la entidad financiera sobre la transacción desconocida; si este otorgó sus claves de acceso de su medio de pago a un tercero que, mediante engaño y creando una puesta en escena, obtuvo tales credenciales al hacerse pasar por un ejecutivo bancario; el rango etario, y junto a ello, la cultura tecnológica que posea el consumidor; entre otras.

Finalmente, si existiera duda razonable al momento de ponderar la aplicación de alguna presunción contenida en dichos literales, en razón de la textura abierta que poseen algunos de sus términos, es que debiese ser rechazada la acción de la entidad bancaria en contra del consumidor o tarjetahabiente, en concordancia a la interpretación restrictiva y el principio pro-consumidor ya establecidos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abeliuk, R. (2008). *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2. Alessandri, A, Somarriva, M, Vodanovic, A. (2015). *Tratado de Derecho Civil, parte preliminar y general, tomo I*. Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago.
3. Alessandri, A. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
4. Arancibia, M. (2024). *Tarjetas de pago, análisis de la Ley N°20.009*. Editorial DER ediciones.
5. Arnold, M., López, D., Massad, C., Thumala, D. (2023). *Séptima encuesta nacional inclusión y exclusión social de las personas mayores 2023: visión de la población chilena sobre la integración social de las personas mayores*. Santiago, Servicio Nacional del Adulto Mayor. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.senama.gob.cl/storage/docs/SEPTIMA_ENCUESTA.pdf&ved=2ahUKEwiD8_f60rKKAxW4r5UCHTktKTUQFnoECA8QAQ&usg=AOvVaw01mNWBZ6pI1TwbNiIIWYss.
6. Arriagada, M. B. (2016). *Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo*. EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad, (11), 152-162. Recuperado el 22 de diciembre de 2024 de: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3285.
7. Asencio, M. (2019). "Prisión provisional y aplicación de la prueba indiciaria como procedimiento para valorar los riesgos cautelares". *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, (Nº75),* pp. 123-162.
8. Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. (1 de febrero de 2024). Fiscalía Nacional y bancos sellan acuerdo de colaboración. Recuperado el 23 de octubre de 2024 de https://www.abif.cl/comunicado/fiscalia-nacional-y-bancos-sellan-acuerdo-de-colaboracion/.
9. Banco de Chile. (2024). *Informe semestral CMF Ley de Fraudes V3*. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de: https://assets.bancochile.cl/uploads/000/047/457/54c9e924-d363-4f6e-a313-f32a7adb4a9f/original/2024-1S_-_Informe_Semestral_CMF_Ley_de_Fraudes_V2.pdf.
10. Banco Estado. (2024). *Cumplimiento Ley 20.009*. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de:

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.bancoestado.cl/content/dam/bancoestado-public/pdf/leydefraudes.pdf.

11. Banco Santander. (2024). *Informe normativo Ley 20.009*. Recuperado el 15 diciembre de 2024 de: https://banco.santander.cl/personas/normativas/archivos/informe-normativo-ley-20-009.
12. Banco Scotiabank. (2023). Reporte semestral Ley 21.234. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de: https://cdn.aglty.io/scotiabank-chile/scotiabankpdf/Reporte-semestral-Ley-20.009.pdf?t=1734386249317.
13. Barría, M. (2011). *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional.* Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 12. Recuperado el 15 de diciembre de 2024 de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700471.
14. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2018). Historia de la Ley Nº20.009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas por tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5611/
15. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2020). Historia de la Ley Nº21.234 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude. https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7752/
16. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2024). Historia de la Ley Nº21.673 que adopta medidas para combatir el sobreendeudamiento. https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8301/
17. Canal Meganoticias. (26 de abril de 2023). *Banco Estado emite alerta por nuevo tipo de fraude vía telefónica.* [Archivo de video]. YouTube. Disponible https://www.youtube.com/watch?v=xEKDtTIA5HA&ab_channel=Meganoticias.
18. Comisión para el Mercado Financiero. (2022). Informe Normativo. Archivo normativo información periódica Ley N°20.009. https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=cf4e41aa265ac0c3cb7ee117e46d6e0dVFdwQmVVMXFSWGROUkUwMFRWUm5lRTVSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1664836253

19. Corral, H. (12 de julio de 2019) Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario. El Mercurio Legal. https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907624&Path=/0D/D9/
20. De la Maza, I. (2005). *Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas*. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de: https://www.researchgate.net/publication/26409322_Los_contratos_por_adhesion_en_plataformas_electronicas_una_mirada_al_caso_chileno.
21. Diccionario panhispánico del español jurídico, (2023). Definición de non bis in ídem - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE
22. DFL 3 de 2019 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 13 de septiembre de 2019.
23. Fredes, Francisco (2003), como se citó en Hassi Sebastián y Roa Matías (2020). *Acciones temerarias en la ley de protección de los derechos de los consumidores. Críticas a su regulación contenida en la Ley N°19.496 y a su falta de desarrollo.* Revista Justicia & Derecho. Universidad Autónoma de Chile, Volumen 3, número 2 año 2020, pp. 4.
24. García, B. (2016). La teoría del abuso del derecho; status quaestionis. *Revista Actualidad Jurídica,* (35), 275-287.
25. Grupo Banco Mundial. (2024). *PIB (US$ a precios actuales) – Chile.* Recuperado el 18 de diciembre de 2024 de: https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CL&most_recent_value_desc=false.
26. Guerrero Becar, José Luis. (2008). La acción temeraria en la Ley Nº19.496 sobre protección de los derechos del consumidor. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica (Valparaíso)*, (31), pp. 187-219. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200003
27. Isler, E. (2021) "*Acerca del reconocimiento de los consumidores hipervulnerables*". Estudios de Derecho Comercial. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 197-214.

28. Josserand, L. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

29. Ley Nº19.731 de 2019. Reglas en el sistema de tarjetas de débito, instrumentos de dinero electrónico y tarjetas de crédito. 28 de enero de 2019. D.O No. 30.120.

30. Ley Nº21.673 de 2024. Adopta medidas para combatir el sobreendeudamiento. 23 de mayo de 2024. D.O No. 43.863.

31. Lídice, R. (2018). *El contrato de adhesión como instrumento de regulación en las relaciones de consumo y empresariales*. Ediciones Olejnik.

32. López, P. (2022). *El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable*. Latin american legal studies, 10(2), 340-415. https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol10n2a7

33. Meza, Ramón. (2015). *Manual de Derecho Civil: de las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

34. Orrego, J. (2013). Del Abuso de los Derechos. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de https://www.juanandresorrego.cl/apuntes_all.html.

35. Pedrals, A. (2014). "*Fundamentos de teoría del Derecho*". Editorial Librotecnia M.R, 1º Edición, p. 438.

36. Real Decreto-ley 19/2018 de 2018. De servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. 24 de noviembre de 2019. B.O.E No. 284.

37. Resolución SBS Nº02286-2024, Resolución SBS 5570-2019. Sobre el Reglamento de Tarjetas de crédito y débito, emitida por La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. 28 de junio de 2024. D.O No. 2301327-1.

38. Santibáñez, L. (2024). Aumentan en 125% las estafas mediante mensajes falsos en Chile. *El Mostrador.* Recuperado con fecha 15 de noviembre de 2024 de: https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/agenda-digital/2024/10/21/aumentan-en-125-las-estafas-mediante-mensajes-falsos-en-chile/

39. Valletta, M. (2008). *Diccionario Jurídico.* 5ta Edición, Buenos Aires, Valletta Ediciones.

BILBIOGRAFÍA JURISPRUDENCIAL

40. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (2018). Caso Beltrami Fuentes, Patricio contra BBVA CHILE S.A. ROL 29.892-2018. Fecha de sentencia: 29 de mayo de 2019.
41. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Sala Décimotercera. Caratulado BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES/SEPÚLVEDA. ROL 880-2022. Fecha de sentencia: 29 de julio de 2024.
42. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala Segunda. Caratulado BANCO BICE S.A/CORPORACIÓN EDUCACIONAL COLORES. ROL 287-2023. Fecha de sentencia: 16 de agosto de 2024.
43. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala Segunda. Caratulado BANCO SANTANDER -CHILE/ JUAN BELMAR SAAVEDRA. ROL --2023. Fecha de sentencia: 23 de agosto de 2024.
44. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sala Tercera. Caratulado BANCO RIPLEY S.A/ARAYA. ROL 241-2023. Fecha de sentencia: 27 de agosto de 2024.
45. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Sala Quinta. Caratulado SCOTIABANK CHILE S.A. CON ESTEFANY SOLANGE CAMPOS ASTETE. ROL 255-2023. Fecha de sentencia: 04 de septiembre de 2024.
46. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Sala Primera. Caratulado BANCO DEL ESTADO DE CHILE CONTRA JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ RIVERA. ROL 235-2023. Fecha de sentencia: 11 de septiembre de 2024.
47. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala Segunda. Caratulado CAT ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A. CON RUBEN MEZA CORDOVA. ROL 455-2023. Fecha de sentencia: 13 de septiembre de 2024.
48. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua- Sala Segunda. Caratulado DENUNCIANTE: BANCO DEL ESTADO DE CHILE; DENUNCIADO: OCTAVIO DE JESÚS CARBAJAL MORENO. (INFRACCIÓN A LA LEY 21234). ROL 176-2023. Fecha de sentencia: 16 de septiembre de 2024.