



Causa : Control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de Ley
Boletín N° 11.078 - 03.

Rol : 8640 - 20 CPR.

EN LO PRINCIPAL: Se tenga presente; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acredita personería; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Señala forma de notificación.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTONIO OLIVARES CONTRERAS, abogado, cédula de identidad nacional número 18.732.264-2, mandatario judicial en representación convencional -según se acreditará- de la recurrente "**CORPORACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES**", en adelante e indistintamente "**Conadecus A.C.**" o simplemente "**Conadecus**", asociación de consumidores constituida en conformidad con el párrafo 2° del Título II de la Ley número 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, rol único tributario número 75.974.880-8, ambos domiciliados para estos efectos en calle Valentín Letelier 16, comuna de Santiago, región Metropolitana, a SS. Excma. respetuosamente digo:

Que, en atención a los intereses perseguidos por la asociación de consumidores "**Conadecus**", cuyo objetivo es ejercer todas las acciones administrativas y judiciales que sean pertinentes para la protección de los intereses individuales, colectivos y difusos de los consumidores, en consideración a lo establecido en la letra e) del artículo 8° de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores; y en virtud de lo dispuesto en el derecho constitucional a petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República (en adelante e indistintamente la "**Constitución**"), pido respetuosamente a SS. Excma., considere que el artículo 5° del Boletín N° 11.078 - 03, cuyo control de constitucionalidad tiene lugar en los presentes autos se encuentra

conforme al texto constitucional, en base a los argumentos de hecho y de derecho que paso a exponer:

I. Los hechos.

De forma reciente se aprobó por el Congreso Nacional el proyecto de ley Boletín N° 11.078 - 03 que, entre otras cosas, regula la responsabilidad de las instituciones financieras ante el caso de clonaciones de tarjetas bancarias, fraudes cibernéticos y, en general, cualquier fraude que sufra el cliente bancario como consecuencia de la inobservancia del deber de seguridad de la entidad bancaria.

El proyecto de Ley, luego de una larga tramitación en el Congreso Nacional, es objeto de control constitucional obligatorio por parte de este Excelentísimo Tribunal, en atención a lo estatuido en el artículo 93 numeral primero de la Constitución. En el marco de dicho control de constitucionalidad es que la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante e indistintamente la "ABIF") ha presentado un escrito de "téngase presente" para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 5° de dicho proyecto.

En este contexto, es que Conadecus, en el legítimo ejercicio del derecho a petición consagrado en el artículo 19 número 14 de la Constitución, es que solicita que SS. Excelentísima tenga en consideración los argumentos que permiten sostener y sustentar la constitucionalidad del artículo 5° del mencionado proyecto.

II. El Derecho.

Para un acertado entendimiento y consideración de la constitucionalidad, cabe tener en cuenta el texto del artículo 5° recientemente aprobado:

"El emisor deberá proceder a la cancelación de los cargos o a la restitución de los fondos correspondientes a las operaciones reclamadas en virtud del artículo 4, dentro de cinco días hábiles contados desde la fecha del reclamo, cuando el monto total reclamado sea igual o inferior a 35 unidades de fomento.

Si el monto reclamado fuere superior a 35 unidades de fomento, el emisor deberá proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos, según corresponda, por un valor de 35 unidades de fomento en igual plazo que el inciso precedente. Respecto del monto superior a dicha cifra el emisor tendrá siete días adicionales para cancelarlos, restituirlos al usuario o ejercer las acciones del inciso siguiente, debiendo notificar al usuario la decisión que adopte de la manera indicada en el inciso tercero del artículo 2.

Si en el plazo anterior, el emisor recopilare antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, podrá ejercer ante el juez de policía local todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario.

Si el juez declarare por sentencia firme o ejecutoriada que no existen antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado aplicando para ello la tasa de interés máxima convencional calculada desde la fecha del aviso y al pago de las costas personales o judiciales.

Si se acreditare por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario ha participado en la comisión del delito, que obtuvo un provecho ilícito o que actuó con dolo o culpa grave facilitando su comisión, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable.

El procedimiento para ejercer esta acción será el establecido en el párrafo 1° del título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

El emisor estará impedido de ofrecer a los usuarios la contratación de seguros cuya cobertura corresponda a riesgos o siniestros que el emisor deba asumir en conformidad a esta ley”.

A. El régimen de responsabilidad establecido por el artículo 5 del proyecto de Ley.

Como SS. Excma. habrá podido apreciar, la ABIF sustenta gran parte de su argumentación en que el artículo 5º del proyecto de Ley fijaría un régimen de responsabilidad “objetiva”. Para nadie es desconocido que la doctrina civil clásica que ha estudiado la responsabilidad, ha distinguido entre distintos tipos de estatutos de responsabilidad: subjetiva, objetiva y estricta. De acuerdo con la argumentación de la ABIF, en este caso se establecería un régimen de responsabilidad objetiva, esto es, un régimen que prescinde de forma total del elemento de imputabilidad subjetivo, ya sea la culpa o el dolo. En buenas cuentas, se requeriría la concurrencia de una acción u omisión, un perjuicio y el vínculo de causalidad que ligue el perjuicio con la acción u omisión para generar responsabilidad, sin observar a la conducta diligente o negligente del autor del daño.

En este aspecto cabe precisar que la ABIF pierde de vista diferentes aspectos y olvida que en el sistema jurídico conviven normas de derecho sustantivo y normas de derecho procesal que en su conjunto regulan y dan sustento al derecho de la responsabilidad. En efecto, un sistema de responsabilidad en que se carece del elemento de imputación subjetiva es efectivamente un régimen de responsabilidad objetivo o estricto dependiendo de la doctrina que se siga. Pero aquello, en este caso, enfrenta dos encrucijadas: **(i)** ¿es el régimen establecido en el artículo 5º uno de responsabilidad objetiva? y **(ii)** si lo fuera, ¿es inconstitucional establecer un régimen de responsabilidad objetiva por ley?

i. Sobre el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 5º del Proyecto en revisión.

El artículo 5º del proyecto de Ley vino a especificar y dotar de contenido el deber de seguridad que las entidades bancarias y financieras deben observar respecto de sus clientes y usuarios: los consumidores¹. En efecto, dicha norma regula en específico la responsabilidad del deudor: la entidad financiera, respecto de un ilícito civil: la sustracción de dinero desde la cuenta del acreedor: el cliente bancario.

¹ Parte de la doctrina ha utilizado el artículo 3 inciso primero letra d) de la Ley N° 19.496 para sustentar el deber de seguridad de los proveedores de servicios financieros

La responsabilidad busca atribuir obligaciones, en este caso, la obligación de indemnizar al acreedor ante el incumplimiento del deber de seguridad que tiene el banco (el deudor) con respecto a sus clientes. La norma en específico señala que la entidad financiera debe proceder a la cancelación de cargos y restitución de fondos a los clientes que desconozcan transacciones bancarias. Si la norma sólo fuera observada hasta ahí –como lo hace la ABIF– pareciera ser cierto que se instaura una responsabilidad que prescinde de la culpa o dolo a efectos de atribuir la obligación de indemnizar. Sin embargo, tanto el inciso segundo –que hace referencia al inciso tercero– como el inciso tercero, se refieren de forma expresa al dolo y la culpa.

El inciso tercero señala que, si la institución financiera acredita la culpa grave o el dolo del usuario para obtener una reparación indebida, podrá ejercer las acciones ante la jurisdicción competente y quedará el usuario obligado a la restitución con los recargos legales que procedan.

En otras palabras, nos encontramos ante un régimen de responsabilidad que –al contrario de lo expuesto por la ABIF– considera el elemento de imputación subjetiva para atribuir responsabilidad.

El Código Civil estatuye en el artículo 1547 el régimen de prestación de culpa, señalando que depende –por regla general– si el deudor o el acreedor se ve beneficiado con el contrato, para determinar el tipo de culpa de la cual se responde. Con todo, en su inciso final dispone “[t]odo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. Asimismo, el artículo 44 del Código Civil distingue las tres especies de culpa que consagra nuestra legislación, así como el dolo.

De esta manera, es evidente que los distintos tipos de contratos, así como los regímenes de responsabilidad y las partes en la regulación de un determinado contenido contractual, pueden establecer distintos tipos de culpa de la cual debe responder el deudor: culpa levísima, culpa leve o culpa grave. La norma es cuestión establece de forma expresa que el banco debe acreditar la culpa grave o el dolo del usuario para poder desprenderse de la atribución de responsabilidad. En otras palabras, a *contrario sensu*, el banco debe acreditar de su parte una “suma diligencia” en su actuar para no ser responsable.

Así, basta observar estas sencillas instituciones del derecho civil clásico para poder darse cuenta que el estatuto de responsabilidad creado mediante este proyecto de Ley es uno de carácter subjetivo, ya que no prescinde del elemento de imputación subjetiva. Por el contrario, la institución financiera respectiva podrá probar la negligencia grave del usuario o el dolo para que no se configure su responsabilidad. Se trata, entonces, de un régimen de responsabilidad que eleva el estándar de diligencia respecto del régimen general de responsabilidad de la legislación civil, en cuanto la entidad financiera deberá emplear una suma diligencia, pero no prescinde del elemento de responsabilidad subjetiva.

Por otro lado, como se señalara anteriormente, la ABIF parece olvidar que en el derecho juega también parte importante el derecho procesal y, sobre todo, el derecho a la prueba. Esta rama no sólo establece normas procedimentales, sino que también normas de fondo que, en algunos casos, son decisorias para resolver un determinado conflicto jurídico. En lo que interesa, nuestro Código Civil y el Código de Procedimiento Civil establecen en diversas disposiciones el *onus probandi* o, en otras palabras, en quien recae la obligación de probar un determinado hecho.

En el artículo cuya inconstitucionalidad se pretende, encontramos que lo que el legislador ha querido, es simplemente trasladar la carga de la prueba. Como la doctrina procesal establece, la carga de la prueba importa para determinar que, ante su incumplimiento, determinado hecho se tendrá por verificado o por no verificado. Quien tiene la carga sobre sus hombros, es quien sufre el rigor de no cumplirla, en otras palabras, de no acreditar una determinada situación. Dicho de forma más clara, el artículo 5º traslada al deudor –por encontrarse en una mejor situación, por asimetrías informativas, por equilibrio contractual, y por el deber general de seguridad– la prueba de la negligencia del acreedor en la relación contractual. Como se indicó, no se prescinde del elemento de imputación subjetiva, muy por el contrario, se integra a este régimen de responsabilidad. Pero se traslada la carga de acreditar la negligencia a quien se encuentra en mejor posición de probarla, esto es, al Banco. Cabe recordar que el manejo del sistema de seguridad, el manejo del sistema informático, la seguridad de sus tarjetas y cajeros, etc., es una situación que depende estrictamente de ellos, no son los consumidores quienes se encuentran en una posición privilegiada para probar la negligencia del banco, sino que es el banco –el encargado de la seguridad– quien se encuentra en mejor posición de probar una extrema negligencia del usuario, o el dolo en su actuar.

En síntesis, la norma dispone el traslado de la carga de la prueba al Banco y no prescinde del elemento de imputación subjetiva de la responsabilidad, de tal manera, el Banco no sólo puede hacer pie a elementos que destruyen el nexo causal para sustentar su posición, sino que también a su extrema diligencia o, como lo regula este proyecto, a la negligencia grave del acreedor o su dolo.

A mayor abundamiento, no cabe perder de vista que los contratos bancarios, por regla general bilaterales, implican una obligación del Banco de restituir los fondos al usuario, de mantenerlos a resguardo, etc. Una obligación que se puede calificar como de género, en tanto, nos encontramos ante un bien fungible y del mismo poder liberatorio como es el dinero. Por estos motivos, no puede el banco excusarse de restituir los fondos de los usuarios utilizando como pretexto que ellos fueron sustraídos por un tercero ajeno, en circunstancias que nos encontramos ante una cosa que no puede perecer y de tal manera, si es sustraído el dinero, el banco sigue encontrándose obligado a restituir la misma cantidad de aquel género.

ii. ¿Es inconstitucional establecer un régimen de responsabilidad objetiva?

Cabe explorar el hipotético caso en que se considere que se ha establecido un régimen de responsabilidad estricta u objetiva y no uno por culpa. La doctrina civil, en general, ha realizado distintas revisiones de los regímenes de responsabilidad. Una conclusión a la que se ha arribado a propósito del régimen objetivo es que debe estar establecido por ley y no puede ser una creación pretoriana. El fundamento se encuentra en que el régimen general y supletorio establecido por el título XXXV del libro IV del Código Civil es el régimen por culpa. En este sentido lo expone el profesor Enrique Barros: “[l]os estatutos de responsabilidad estricta son establecidos por el legislador. No existe en el derecho chileno una norma que establezca una categoría general, que comprenda distintos grupos de casos sujetos a este régimen de responsabilidad. En consecuencia, es de derecho estricto, porque constituye una excepción al régimen general y supletorio de responsabilidad por culpa”².

² Barros, Enrique. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial jurídica de Chile, Santiago. P. 446.

En suma, la doctrina chilena sólo ha señalado que dichos estatutos deben establecerse por Ley, mas no han cuestionado su constitucionalidad, ya que será la política pública la que, en determinadas ocasiones, traspase directamente la responsabilidad a un determinado agente, sin colocar atención en su diligencia en atención a la labor que desempeña. Por ejemplo, es lo que ocurre en materia de energía nuclear y en materia de hidrocarburos. Con todo, -como se expuso- en este caso pareciera ser asimilable a una de responsabilidad por culpa.

B. Sobre las supuestas vulneraciones a las normas constitucionales.

i. El derecho a la igualdad ante la Ley.

La ABIF ha señalado que el contenido del artículo 5º del proyecto, sería contrario con el artículo 19 numeral segundo de la Constitución, esto es, atentaría contra la igualdad ante la Ley, puesto que (i) impone un “trato discriminatorio hacia los emisores” e incurre en una (ii) “injusta igualación de quienes están en situaciones distintas”.

Al respecto cabe señalar que el contenido del artículo de marras se encuentra plenamente conforme con la Constitución. El proyecto viene a singularizar el régimen de responsabilidad de una actividad en exceso regulada como es el área financiera. Tanto Bancos como las Instituciones Financieras en general, deben seguir estrictos cánones de actuación para operar dentro de la legalidad. Esta situación se debe a que funcionan dentro de un área clave del país como es la economía. Los bancos captan dinero del público y los prestan a usuarios con la finalidad de colocar en movimiento nuestra economía y el desarrollo del país. Su actividad no se realiza con recursos propios, sino que para operar requieren que usuarios coloquen su dinero. De ahí el riesgo y la regulación de su actividad.

La ABIF intenta enmascarar que nos encontramos ante un área sensible de la operación financiera de nuestro país, para sostener que sería un régimen de responsabilidad que atentaría contra la igualdad pues solo se aplica a las entidades financieras. Precisamente, los regímenes particulares de responsabilidad buscan ese objetivo, ser aplicables a determinadas actividades que requieren de una regulación especial. Ningún sentido tiene establecer un régimen especial que sólo replique la norma general, puesto que se legislaría en abundancia y sobre una materia que no lo requiere. Por el contrario, el sentido de establecer estatutos diferenciados

responde a una política pública determinada que fija la necesidad de flexibilizar o bien volver más severo el régimen de responsabilidad. No cabe duda que el régimen de responsabilidad para energía nuclear solo aplica en nuestra país a escasas entidades que la utilizan, pero aquello no atenta contra la igualdad ante la ley, en tanto es un régimen general que va dirigido a un colectivo indeterminado o cierta actividad lucrativa en específico. En este caso, nos encontramos ante un estatuto que se aplica a todas las entidades financieras, sin distinción, por la actividad que desempeñan y en atención a deberes específicos que la regulación le impone. No existe un atentado a la igualdad ante la Ley, todos los actores de dicho área jurídica verán aplicada la misma severidad o laxitud al desempeñarse en el ámbito financiero.

Además, la ABIF señala que existen diferencias en casos de fraudes con y sin antecedentes, como si los bancos en la práctica dieran respuesta a esta situación. En efecto, el proyecto de Ley, así como en específico el artículo 5º, vienen a dar solución a un ámbito que ha sido constantemente pasado por alto por los bancos, y que es su responsabilidad. No sería necesaria una modificación legal si los bancos dieran respuesta ante fraudes y si respetaran su deber de seguridad. La modificación, por el contrario, es tremendamente necesaria, en tanto todos los antecedentes y la jurisprudencia permiten observar que los bancos sólo en escasas situaciones dan respuesta a los consumidores y usuarios. Por esto, es que la misma norma jurídica viene a obligar que los bancos no puedan instar a que sus clientes contraten seguros por fraudes, puesto que la responsabilidad recae sobre ellos, y dicha situación sólo ha buscado eximirlos y formar una nueva dependencia usuario-aseguradora.

ii. Supuesta vulneración al debido proceso.

En su escrito, la ABIF no sólo sostiene que existe una vulneración a la igualdad, sino que también sostuvo que existiría una vulneración al derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia consagrados en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

Para la ABIF, la inconstitucionalidad se produciría toda vez que existe una obligación de reparar sin sentencia judicial previa. Esta situación no es ajena a nuestra legislación ni tampoco a SS. Excma. Ya en la reciente modificación a la Ley

Nº 19.496 mediante la Ley Nº 21.081 que SS. Excma. tuvo la posibilidad de revisar, se estableció un método de reparación automático en el artículo 25A a favor de los usuario de servicios que requieren conexión ante casos de corte de su suministro ajeno a responsabilidad del usuario.

La reparación automática sólo busca restablecer la igualdad de condiciones entre dos partes que se encuentran en desequilibrio. Por ejemplo, el derecho del consumo viene a nivelar la relación jurídica entre proveedores y consumidores. Esta normativa viene en el mismo sentido. No es extraño que el Sernac y asociaciones de consumidores hayan sido invitadas a exponer en el proceso de tramitación legislativa del proyecto, puesto que incide directamente en los derechos de los consumidores.

De tal manera, tampoco es cierto que exista una vulneración al debido proceso. Si el fraude bancario se debiera a suma negligencia del usuario, o a un fraude cometido por éste, el Banco tiene la opción contemplada en la misma norma de recurrir a los tribunales a exigir su reparación y la restitución de los montos que hubiera devuelto.

Acto seguido, la ABIF señala que se afectaría la presunción de inocencia. En este aspecto, la entidad pierde de vista que la presunción de inocencia es una garantía constitucional que se encuentra dirigida a las personas que se ven sometidas a juicio por responsabilidad penal. No se trata de una garantía que se aplique al área civil o de derecho privado, porque en este caso no existe un reproche a una conducta que pueda implicar la privación de libertad. En este caso, además, no se está realizando un reproche de dicha característica, lo único que se hace es que, en atención al deber de seguridad de la entidad financiera, ante un posible fraude esta debe indemnizar automáticamente al usuario y, en el caso que aquello no se haya debido a negligencia de la entidad financiera, podrá entonces perseguir al usuario en búsqueda de la respectiva indemnización.

No es que el Banco o entidad financiera sea culpable de “algo”, de un ilícito, sino que simplemente se le atribuye una obligación legal en el caso de verificarse determinados supuestos.

iii. Supuesta vulneración al Derecho de Propiedad.

Finalmente, la ABIF señala que nos encontraríamos ante la presencia de una vulneración al derecho de propiedad de los emisores, ya que se les “impone

una carga patrimonial relevante, al obligarlos a pagar con fondos de su patrimonio, la restitución de dinero a usuarios que han desconocido cargos o cobros”.

La situación descrita cae en un absurdo. Una mirada contraria permitiría presentar los mismos argumentos desde el punto de vista de los consumidores o usuarios. La pregunta relevante es ¿quién debe cargar con la sustracción de dineros desde una cuenta bancaria por fraude? La respuesta es de política pública y en este caso se atribuye a la entidad financiera. Es esta institución la que debe resguardar el patrimonio de sus clientes, ella tiene a su haber sus dineros y es a ella a quien le producen el fraude, no al usuario. Es la misma situación que se produciría si una persona realiza un robo armado al banco, el dinero sustraído no pertenece a nadie en particular, pertenece al banco, el es el encargado de resguardarlo y lo mismo ocurre si el fraude es cibernético.

No existen buenas razones para sostener que habría una violación del derecho de propiedad, como si el hecho que sea el usuario quien deba cargar en primeras cuentas con el fraude no implicara una posible afectación idéntica.

Finalmente, este proyecto de Ley sólo viene a establecer con claridad quién es responsable ante la vulneración de los servicios de seguridad del banco y, como es de toda lógica, fija la responsabilidad sobre la entidad financiera.

En caso alguno nos encontramos ante la vulneración de normas constitucionales. El artículo 5 sólo regula un régimen especial de responsabilidad ante fraudes bancarios, no realiza discriminación arbitraria, sino que lo hace aplicable a todas las entidades financieras, establece un método claro para que los bancos puedan recurrir a la justicia si fueran perjudicados y fija un elemento de imputación subjetiva que se debe observar para configurar, atribuir y eximirse de la obligación de indemnizar.

Se trata, en buenas cuentas, de un artículo que se encuentra en plena sintonía con la Constitución, que la respeta y que no afecta los derechos constitucionales de las entidades financieras, sino que da pleno respeto a los derechos de todos los usuarios del sistema financiero.


POR TANTO,

A SS. EXCELENTÍSIMA RESPETUPSAMENTE PIDO: tener presente lo expuesto, y declarar que el artículo 5º del proyecto que se revisa se encuentra acorde a la Constitución Política de la República.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Solicito a SS. Excma. tener presente que mi personería para representar a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios, Asociación de Consumidores, consta en escritura pública de fecha 18 de marzo del año 2020, otorgada ante doña María Verónica Fernández Álvarez, Notario Público Suplente de doña María Angélica Galán Bäuerle, Notario Público Titular de la 17º Notaría de Santiago, la que acompaño en este acto, con citación.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. Excma. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y poder en estos autos, señalando al efecto que mi domicilio se encuentra en calle Valentín Letelier número 16, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

EN EL TERCER OTROSÍ: Pido a SS. Excma. tener presente que como forma de notificación se fija el correo electrónico antonio.olivares@derecho.uchile.cl, para todos los efectos legales pertinentes.



18.732.264-2