



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 4 inciso quinto y 5 incisos primero, segundo, tercero y sexto de la Ley 20.009; **PRIMER OTROSÍ:** Solicita la suspensión del procedimiento; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos; **TERCER OTROSÍ:** Solicita alegatos de admisibilidad; **CUARTO OTROSÍ:** Acredita personería y la acompaña; **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder; **SEXTO OTROSÍ:** Delega poder; **SÉPTIMO OTROSÍ:** Señala forma de notificación.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CLAUDIO VEGA TORRES, abogado, cédula de identidad N° 14.195.838-0, mandatario judicial y en representación de **BANCO DEL ESTADO DE CHILE** (en adelante, "Banco Estado"), empresa autónoma del Estado de Chile, del giro de su denominación, RUT. 97.030.000-7, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins N° 1111, quinto piso, de la comuna y ciudad de Santiago, a S.S. Excma. respetuosamente digo:

Que, por este acto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR") y los artículos 31 N° 6, 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal Constitucional (en adelante, "LOCTC"), vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 4 inciso quinto y 5, incisos primero, segundo, tercero y sexto, de la Ley 20.009 (también, "Ley de Fraudes") en la parte que indican:

Del artículo 4 inciso quinto: ***"corresponderá al emisor probar que ella fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre."***

Del artículo 5 inciso primero: ***"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.”.

Del artículo 5 inciso segundo: **“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.”.**

Del artículo 5 inciso tercero: **“en el plazo anterior,”**, **“de policía local”** y **“siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario.”.**

Del artículo 5 inciso sexto: **“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”.**

Lo anterior, con el fin de que este Excmo. Tribunal Constitucional declare inaplicable por inconstitucionalidad los preceptos antes mencionados, contenidos en los artículos 4 y 5 de la ley 20.009, toda vez que **la aplicación de los mismos en el recurso de apelación que está siendo conocido por la Excma. Corte Suprema bajo el ROL 239.517-2023, y que ha sido añadido a la Tabla previo a su suspensión, interpuesto por esta parte en contra de la sentencia definitiva recaída en el Reclamo de Ilegalidad conocido por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo ROL Contencioso Administrativo 166-2023, infringe los artículos 19 N° 2, 3, 20 y 24; 76 y siguientes y; 83 y siguientes, todos ellos de la CPR.**

En términos simples S.S. Excma., el procedimiento de ilegalidad conocido bajo el Rol de Ingreso 166-2023 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, que está siendo conocido por la Excma. Corte Suprema en virtud de recurso de apelación deducido por el Banco, bajo el Rol N° 239.517-2023, se tramita en contra de la **RESOLUCIÓN EXENTA N° 983 DE 30 DE ENERO DE 2023, QUE APLICA SANCIÓN DE MULTA A BANCO DEL ESTADO DE CHILE** (en adelante,

“Resolución sancionatoria”) y en contra de la **RESOLUCIÓN EXENTA N° 1663 DE 2 DE MARZO DE 2023, QUE RESUELVE REPOSICIÓN DEDUCIDA POR BANCO DEL ESTADO DE CHILE** (en adelante, “Resolución de reposición”), ambas de la Comisión para el mercado Financiero (en adelante, “CMF”).

Dichas resoluciones se dictaron en el contexto del Procedimiento Sancionatorio iniciado por el Fiscal de la Unidad de Investigación según cargos formulados mediante Oficio Reservado UI N° 988 de fecha 26 de agosto de 2022 (en adelante, “Oficio UI N° 988” o “Formulación de Cargos”), en respuesta a 488 reclamos hechos a través de la CMF por clientes de Banco Estado en contra de mi representada, por presuntos incumplimientos de la obligación contenida en el artículo 5 y 11 de la Ley 20.009, referida a proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos correspondientes a operaciones reclamadas en virtud del artículo 4 de la misma ley, en el plazo de 5 días hábiles contados desde la presentación del reclamo, respecto de operaciones desconocidas por el cliente inferiores a 35 UF.

La CMF resolvió sancionar a Banco Estado, condenándolo al pago de una multa de 4.000 UF, entre otras razones, por el incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 4 y 5 de la Ley de Fraudes, lo cual fundó la presentación por parte del Banco de un Reclamo de Ilegalidad. Este reclamo fue igualmente rechazado por la Corte de Apelaciones, por aplicación directa y expresa del artículo 5 de la Ley de Fraudes, y se encuentra en conocimiento de la Excmá. Corte Suprema por interposición de recurso de apelación por parte del Banco.

Lo anterior, según se verá a lo largo de esta presentación, resulta inconstitucional, toda vez que implica una vulneración a los derechos que corresponde a Banco Estado, tanto en su calidad de persona sujeto de derechos, como específicamente en su calidad de víctima de delitos de la misma ley 20.009, contemplados en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, por importar una limitación ilícita del acceso a la cautela judicial.

En definitiva, fundamos el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasamos a exponer:

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES:

1. El 29 de mayo de 2020 se publicó y entró en vigencia la Ley 21.234, que modificó sustancialmente la Ley 20.009, también conocida como “Ley de Fraudes”, introduciendo, entre otras cosas, su nuevo artículo 5, que dispone lo siguiente:

“Artículo 5: 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 1º del Título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Tratándose de un pago o transferencia electrónica iniciada a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, si el responsable de la operación no autorizada es el proveedor de servicios de iniciación de pagos, éste deberá resarcir al emisor por las pérdidas sufridas o las sumas abonadas para efectuar la devolución al usuario, incluido el monto de la operación no autorizada.

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”.

2. Por ordinario N° 1986 de 7 de enero de 2022, la Dirección General de Supervisión de Conducta de Mercado de la CMF puso en conocimiento de la Unidad de Investigación de la Comisión la existencia de una serie de reclamos por parte de clientes del Banco, dando cuenta de presuntos incumplimientos a la referida ley de fraudes.
3. En atención a estos reclamos, la CMF inició investigación administrativa a través de la Resolución UI N°21/2022 de fecha 14 de marzo de 2022.
4. Esta investigación dio paso al Procedimiento Sancionatorio iniciado por el Fiscal de la Unidad de Investigación según cargos formulados mediante Oficio Reservado UI N° 988 de fecha 26 de agosto de 2022, en virtud del cual se imputó a Banco Estado la comisión de las siguientes infracciones:

“a) Infracción grave y reiterada de la obligación de cancelar o restituir, en el plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha del reclamo, los fondos correspondientes a las operaciones reclamadas en virtud del artículo 4 de la Ley N° 20.009 en, a lo menos, 488 casos identificados en el Anexo del presente Oficio de Cargo, según lo dispone el artículo 5 inciso primer y segundo (primera parte) de la Ley N° 20.009, en relación a lo establecido en el artículo 19 de la LGB.

b) Infracción a las instrucciones impartidas por esta Comisión en la Carta a Gerencia 92027189 de fecha 07 de diciembre de 2020, en relación con lo establecido en el artículo 11 de la Ley N°20.009, toda vez que excedió el plazo de 15 días hábiles para realizar la publicación en su sitio electrónico institucional de la información referida al número de usuarios afectados por los casos cubiertos por la Ley N°20.009, a los montos involucrados y los plazos en que ha dado respuesta, correspondiente al segundo semestre del año 2021”.

5. Sustancialmente, el primer cargo hace referencia a eventos acaecidos entre septiembre del año 2020 y abril del año 2022, periodo en el cual Banco Estado recibió **134.151 requerimientos** por parte de sus clientes en virtud de la Ley de Fraudes, de entre los cuales, en 488 casos, el Banco decidió no dar curso a la cancelación de cargos o restitución de fondos que indica el artículo 5 de la ley 20.009, los cuales llegaron a conocimiento de la CMF.
6. Banco Estado fundó esta negativa en la interpretación que hizo de la referida ley, a la luz de diversos fallos de los Tribunales Superiores de Justicia en el breve periodo de vigencia de la norma desde su modificación, que en conjunto sostenían una doctrina común de estimar que, toda vez que el extravío, hurto, robo o fraude es el elemento material que sirve de base para la aplicación de la ley 20.009, si el cliente no acompañaba antecedentes que pudieran dar cuenta de aquellos hechos, no correspondía jurídicamente procesar la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos reclamados.
7. El segundo cargo hace referencia a la no observancia por parte de Banco Estado de una instrucción dada por la CMF a través de Carta a Gerencia 92027189 de fecha 7 de diciembre de 2020 (en adelante, “Carta a Gerencia”), en la cual la Comisión exigió al Banco publicar íntegramente la información relativa a sus clientes afectados por fraudes en atención a lo prescrito en el artículo 11 de la ley 20.009, para el período del segundo semestre de 2021, en el plazo de 15 días hábiles desde el término de dicho semestre.

8. Con fecha 11 de octubre de 2022, Banco Estado presentó sus descargos, sosteniendo que debía ser absuelto de los cargos o, en subsidio, que debía aplicársele la sanción más leve, por cuanto:
- a. Banco Estado no desconoce o ha desconocido la Ley de Fraudes, o las obligaciones que de ella nacen, sino que por el contrario ha hecho una aplicación de la misma siguiendo una interpretación consistente con el texto estricto de la ley y con las decisiones de los Tribunales superiores de justicia.
 - b. En cualquier caso, la conducta de Banco Estado no puede ser considerada como “grave”, bajo los mismos estándares que ha establecido con su jurisprudencia administrativa la Comisión.
 - c. Banco Estado no recibió ningún beneficio económico a consecuencia de los hechos imputados, ya que restituyó las sumas correspondientes a todas las operaciones desconocidas por sus clientes, debidamente reajustadas, más intereses, costos por servicio y, en su caso, por los costos del reclamo. Esto quedó debidamente acreditado cuando el Banco acompañó al procedimiento sancionatorio, en la etapa probatoria, las cartolas de cuentas correspondientes a los 488 clientes, indicando la restitución de fondos.
 - d. Los hechos imputados a Banco Estado no generaron daños y/o riesgos a sus clientes, al correcto funcionamiento del mercado financiero o a la fe pública, justamente por el acto restitutorio de los fondos.
 - e. Banco Estado no ha sido sancionado previamente por la CMF por infracciones a las normas de la Ley de Fraudes, ni se le han aplicado sanciones anteriormente por las mismas circunstancias. Igualmente, desde mediados de 2022, ha adoptado una serie de medidas concretas para que el proceso de cancelaciones y restituciones de operaciones reclamadas por la Ley de Fraudes sea aún más eficiente y expedito.
 - f. Banco Estado prestó colaboración sustancial a la CMF durante su investigación.

- g. La tardía publicación de los casos afectos a Ley de Fraudes respondió pura y únicamente a la existencia de casos en discusión, algunos en sede jurisdiccional, que impedían la conformación de un listado acabado de casos en que efectivamente se debiera aplicar la Ley de Fraudes en el período especificado.
9. Con fecha 30 de enero de 2023, la CMF emitió Resolución Sancionatoria en contra de Banco Estado, condenándolo al pago de una multa de 4.000 UF, por considerar que se encontraban acreditados ambos cargos formulados por el Fiscal de la Comisión, consistentes en faltas graves y reiteradas a la ley 20.009, en los siguientes términos:
- “Aplicar a BANCO DEL ESTADO DE CHILE la sanción de multa, a beneficio fiscal, ascendente a 4.000.- Unidades de Fomento por infracción a lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 11 de la Ley N°20.009, y a las instrucciones impartidas por esta Comisión en la Carta a Gerencia 92027189 de 7 de diciembre de 2020”.*
10. La decisión de la Comisión se sostiene, fundamentalmente, en la tesis que la obligación contenida en el artículo 5 de la ley 20.009, relativa a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos correspondientes a operaciones reclamadas como “desconocidas” por el cliente, tiene una naturaleza y un carácter **irrestricto**, de modo que debe cumplirse a todo evento en la medida que el cliente cumpla con la formalidad mínima de presentar su reclamo en la forma establecida en el artículo 4 de la ley, **cuestión que estaría completamente bajo el control del cliente, sin ningún tipo de control administrativo o jurisdiccional.**
11. De esta conclusión se sigue igualmente que, una vez interpuesto en forma el reclamo, el hecho que el cliente ha sido víctima de fraude debe ser tomado como un hecho **indiscutible** por parte del Banco, para los efectos de la publicación del artículo 11 de la ley 20.009, y ciertamente para los efectos de proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos respectivos.
12. Siendo este el caso, la Comisión estimó que no habría justificación alguna para que Banco Estado no hubiera procedido a la referida cancelación de

cargos o restitución de fondos en los 488 casos reclamados, o para que haya retrasado la publicación de los casos de fraude.

13. Adicionalmente, la Comisión valoró negativamente que el Banco hubiera restituido el dinero, reajustado y con intereses, a los 488 clientes reclamantes antes de que iniciaría el procedimiento sancionatorio, por cuanto la CMF interpretó esto como una prueba de que Banco Estado estaba en conocimiento de que se encontraba incumpliendo la ley, sólo optando por cumplirla al ser requerido al efecto por la Comisión.
14. Banco Estado dedujo reposición en contra de esta resolución con fecha 9 de febrero de 2023, teniendo por íntegramente reproducidos los argumentos y peticiones indicados en los descargos, sosteniendo en lo principal que el Banco no ha incurrido en una infracción a la Ley de Fraudes, y posteriormente centrándose en el monto de la multa impuesta.
15. Cabe indicar que, durante toda la reposición, Banco Estado se reservó expresamente el derecho a discutir el fondo de la imputación en otras sedes, sosteniendo en lo principal que el Banco debía ser absuelto y la solicitando la rebaja de la sanción al mínimo posible en la reposición a primer otrosí, sin perjuicio que la mayoría del desarrollo de aquella presentación sí se centró en la discusión concreta respecto de la multa.
16. Respecto del monto de la multa, Banco Estado centró su reposición en la discusión respecto de los criterios para determinar la sanción aplicable, según constan en el Decreto Ley 3.538, Ley Orgánica de la CMF, sosteniendo que no se habría cumplido con ellos, resultando en una sanción desproporcionadamente alta si se consideran las multas que ha impuesto la comisión por situaciones más graves que han afectado a muchos más clientes.
17. La Comisión redobló en su posición, **rechazando la reposición**, sobre la base de que la obligación del artículo 5 de la Ley de Fraude sería irrestricta, y que cualquier cuestionamiento que quiera hacerse respecto de la responsabilidad que le cabe al cliente en la operación debe hacerse en la forma y por los motivos que indica la Ley 20.009, lo que importa

presentar acción ante el Juzgado de Policía Local del domicilio del cliente¹, y probar en dicha instancia que aquel ha actuado con culpa grave o dolo.

18. Respecto de la cuantía de la sanción, la CMF sostuvo los mismos argumentos que presentó en la Resolución Sancionatoria, los cuales no son sino una aplicación de su interpretación del alcance del artículo 5 de la Ley 20.009, visto a la luz del Decreto Ley 3.538.
19. Con fecha 14 de marzo de 2023, Banco Estado presentó Reclamo de Ilegalidad en contra de la Resolución de Reposición, la cual al confirmar la Resolución Sancionatoria, hizo suyos sus vicios legales. Esta reclamación fue tramitada bajo el Rol de Ingreso Contencioso Administrativo 166-2023 de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago.
20. Sustancialmente, los vicios de ilegalidad atribuidos a estas resoluciones administrativas son los siguientes:
 - a. La atribución de un inexistente carácter “irrestringido” a la obligación establecida en el artículo 5 de la Ley de Fraudes, sin siquiera evaluar la procedencia de la aplicación de la Ley a los casos en cuestión, lo cual termina deviniendo en una obligación “a todo evento”.
 - b. La errada ponderación de las circunstancias establecidas en el artículo 38 del Decreto Ley N° 3.538, para la determinación del rango y monto específico de la multa a aplicar.
 - c. La transgresión al principio de proporcionalidad que debe guiar la imposición de sanciones por parte de la Administración del Estado, al establecer el monto de la multa en 4.000 UF.
21. Con fecha 18 de abril de 2023, la CMF, siendo representada en autos por el Consejo de Defensa del Estado (en adelante, “CDE”), evacuó traslado respecto del reclamo, sosteniendo la legalidad de su decisión, indicando:
 - a. Que los actos de Banco Estado habrían sido graves a la luz de la Ley de Fraudes, su historia y sus objetivos, así como el rol de la banca en general y de Banco Estado en particular de cara a sus clientes.

¹ Cuestión que, además, genera problemas prácticos. El Banco cuenta con el domicilio que el cliente ha indicado al momento de abrir su cuenta, el cual no necesariamente coincide con su domicilio actual, máxime si no ha sido diligente en informar cambios al Banco. Esto importa un obstáculo relevante para que el Banco pueda ejercer los derechos que la ley le da.

- b. Que sería ilegal reservarse el derecho a recurrir a este Excmo. Tribunal Constitucional, sin indicar el sustento jurídico del cual se desprendería esta ilegalidad.
- c. Que el reclamo de Banco Estado sería incongruente con su actuación durante el procedimiento sancionatorio administrativo.
- d. Que es improcedente alterar los hechos fijados en la instancia administrativa.
- e. Repitiendo los argumentos de fondo que son comunes a la Resolución Sancionatoria y la Resolución de Reposición, respecto de la naturaleza irrestricta de la obligación contenida en el artículo 5 de la ley 20.009. Es especialmente relevante sobre este punto que el CDE sostiene que la Comisión en ningún momento indica que esta obligación deba cumplirse “a todo evento”², sin hacerse cargo del hecho que la interpretación de la Comisión implica que la obligación nace de la mera actividad voluntaria del reclamante sin ningún tipo de control externo respecto de sus méritos.
- f. Que la sanción impuesta estaría en concordancia con las exigencias del artículo 38 del Decreto Ley 3.539.
- g. Que la sanción impuesta sería proporcional.
- h. Que el reclamo de ilegalidad no podría acogerse en la forma solicitada, por cuanto importaría que la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago ejerciera facultades que están dentro de la competencia de la CMF.
22. Con fecha 21 de septiembre de 2023, la Ittma. Corte de Santiago resolvió **rechazar** el reclamo de ilegalidad interpuesto y tramitado en contra de la Resolución Sancionatoria y la Resolución de Reposición, acogiendo los argumentos de la CMF.
23. Crucialmente, el fallo de la Ittma. Corte se refiere a la infracción del artículo 5 de la ley 20.009 en el siguiente sentido:

² Cuestión que contradice lo sostenido tanto por el Sr. JOSÉ ANTONIO GASPAR, Director Jurídico de la CMF, y la Sra. SOLANGE BERSTEIN JÁUREGUI, Presidenta del Consejo de la CMF.

“UNDÉCIMO: Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la Ley N°20.009, transcrito en el considerando sexto, las conductas infraccionales en que incurrió Banco Estado, detectadas por la CMF, se configuran de manera clara al tenor de la norma señalada.

Como se indicó en los motivos anteriores, el Banco reclamante nunca ha desconocido que en 488 operaciones no dio cumplimiento a su obligación de cancelar o restituir los fondos de los clientes que reclamaron por operaciones no consentidas o no autorizadas (fraudulentas), respecto de las cuales no interpuso ninguna acción ante el Juzgado de Policía Local respectivo, que le hubieran permitido excusarse para justificar el incumplimiento de la norma.

A su vez, conforme al tenor del artículo en comento, la institución reclamante **no podía condicionar su retardo en cancelar o restituir los fondos reclamados en aspectos diferentes a los establecidos en el citado artículo 5°**, pues la norma, para que opere dicho procedimiento, **solo exige la presentación de un “reclamo”**, lo que en la especie había acontecido en las 488 operaciones por las cuales fue sancionada.

A mayor abundamiento, tampoco resulta atendible la excusa del Banco en cuanto a que la demora en tramitar los reclamos se debió a la existencia de un Procedimiento Voluntario Colectivo - PVC - ante SERNAC, puesto que **en la Ley 20.009 no existe ninguna disposición que condicione la observancia y cumplimiento del artículo 5° a la existencia de algún otro procedimiento que pudiere tener alguna relación con los hechos que motivaron la formulación de cargos y posterior sanción.**

Señalado lo anterior, no queda más que concluir que, en este acápite, la CMF actuó conforme a derecho, por lo que se desestimaré la ilegalidad planteada a su respecto” (énfasis añadido).

24. En otras palabras, la Iltma. Corte **recoge íntegramente la interpretación de la norma que hace la CMF**, comprendiendo entonces que la obligación que nace del artículo 5 de la Ley 20.009 tiene una naturaleza **irrestringida**, de lo que se desprende que, en la medida que

el cliente haga su reclamo en la forma que indica el artículo 4 de la Ley de Fraude, cuestión que depende enteramente del cliente y no tiene ningún tipo de control externo en su mérito, **el Banco siempre estará obligado a proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos involucrados, en el plazo de 5 días**, sin consideración alguna a los cuestionamientos de fondo que pueda legítimamente tener el Banco.

25. Con fecha 3 de octubre de 2023, esta parte interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de la ltma. Corte, recurso que está siendo conocido bajo el ROL 239.517-2023 de la Excma. Corte Suprema.

II. DE LA CAUSA QUE SE INVOCA COMO GESTIÓN PENDIENTE:

26. Como se indicó en el capítulo precedente, invocamos como gestión pendiente el recurso de apelación que está siendo conocido por la **Excma. Corte Suprema bajo el ROL 239.517-2023**, que **ha sido añadido a la Tabla previo a su suspensión**, interpuesto respecto de la sentencia definitiva recaída en el Reclamo de Ilegalidad conocido por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo ROL Contencioso Administrativo 166-2023.
27. El recurso de apelación se encuentra actualmente suspendido por mutuo acuerdo de las partes, lo cual consta en resolución de fecha 26 de diciembre de 2023. Previo a esta suspensión, se había dictado a su respecto “Autos en Relación” y la causa había sido añadida a la Tabla.

III. NORMA CUYA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD SE SOLICITA EN EL PRESENTE REQUERIMIENTO. LA NORMA NO HA SIDO PREVIAMENTE DECLARADA CONFORME A LA CPR:

28. Como indicamos supra, interponemos este requerimiento de inaplicabilidad en contra de los **artículos 4 inciso quinto y 5 incisos primero, segundo, tercero y sexto de la Ley 20.009**, en las partes que indican lo siguiente:

Del artículo 4 inciso quinto: **“corresponderá al emisor probar que ella fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre.”**.

Del artículo 5 inciso primero: ***“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.”***.

Del artículo 5 inciso segundo: ***“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.”***.

Del artículo 5 inciso tercero: ***“en el plazo anterior,”***, ***“de policía local”*** y ***“siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario.”***.

Del artículo 5 inciso sexto: ***“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”***.

29. Estos preceptos conforman un núcleo normativo según el cual, han interpretado la CMF y la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con la sola presentación de un reclamo en los términos del artículo 4 de la ley 20.009, nace una obligación irrestricta para el Banco en el sentido de cancelar los cargos o restituir los fondos asociados a la operación que ha sido desconocida, en el plazo de 5 días para montos iguales o inferiores a 35 UF, sin poder retrasar o impedir el cumplimiento de esta obligación, salvo respecto de los montos superiores a 35 UF, respecto de los cuales existe la alternativa de cancelar/restituir o accionar ante Juzgado de Policía Local, bajo un estándar de culpa grave o dolo, cayendo sobre el Banco el peso de probar que la operación fue autorizada por el cliente y que se encuentra registrada a su nombre.

30. Este núcleo normativo, desarrollaremos en esta presentación, da paso a **una afectación directa a los derechos de igualdad ante la ley, debido proceso, igualdad de las cargas públicas y propiedad**, a la vez que importa **una invasión a las facultades constitucionales de los tribunales de justicia con competencia penal y el Ministerio Público**.
31. En caso de ser acogido en su totalidad el presente requerimiento, quedarían las siguientes normas resultantes:

“Artículo 4.- Tratándose de operaciones anteriores al aviso a que se refiere el artículo 2 de esta ley, el usuario deberá reclamar al emisor aquellas operaciones respecto de las cuales desconoce haber otorgado su autorización o consentimiento, en el plazo de treinta días hábiles siguientes al aviso.

El reclamo podrá incluir operaciones realizadas en los ciento veinte días corridos anteriores a la fecha del aviso efectuado por el usuario.

En relación con las operaciones no autorizadas incluidas en el reclamo, se considerará especialmente la circunstancia de que el emisor haya enviado una alerta de fraude al usuario, identificando las operaciones sospechosas, y que exista constancia de su recepción por parte del usuario, conforme al contrato de prestación de servicios financieros correspondiente.

Tan pronto el usuario tome conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas, deberá dar aviso conforme a lo previsto en el artículo 2 de esta ley.

En los casos en que el usuario desconozca haber autorizado una operación, tratándose de un pago o transferencia electrónica iniciada a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, corresponderá a dicho proveedor demostrar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación fue autorizada por el usuario y registrada conforme a lo instruido por este último.

El solo registro de operaciones no bastará, necesariamente, para demostrar que esta fue autorizada por el usuario, ni que el usuario actuó

con culpa o descuido que le sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito.

Artículo 5.- Si el emisor recopilara antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, podrá ejercer ante el juez todas las acciones que emanan de esta ley.

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.

Tratándose de un pago o transferencia electrónica iniciada a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, si el responsable de la operación no autorizada es el proveedor de servicios de iniciación de pagos, éste deberá resarcir al emisor por las pérdidas sufridas o las sumas abonadas para efectuar la devolución al usuario, incluido el monto de la operación no autorizada.

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”.

32. Finalmente, cabe indicar que esta norma jamás ha sido declarada conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal Constitucional, ya sea conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad, o del control preventivo.

IV. CARÁCTER DETERMINANTE EN LA GESTIÓN PENDIENTE INVOCADA DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO MEDIANTE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD:

33. **Es innegable que los preceptos impugnados serán determinantes en la gestión pendiente.**
34. La CMF sancionó a Banco Estado justamente porque concluyó que incumplió los artículos 4, 5 y 11 de la ley 20.009, y en su decisión sancionatoria fue central la interpretación en el sentido de que el artículo 5 da origen a una obligación de naturaleza irrestricta, que no puede aplazarse por motivo alguno, en la medida que el cliente haya presentado un reclamo en los términos del artículo 4 de la misma ley.
35. En el mismo sentido, la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en su resolución, recogió esta interpretación de la norma impugnada, determinando que, al ser aplicable en esos términos a los 488 reclamos de los que fue objeto Banco Estado, se verificaba su comportamiento infraccionario y, con ello, cupo concluir que la resolución de la Comisión era legal, importando el reclamo del reclamo de ilegalidad interpuesto.
36. Por consiguiente, **es inevitable que las disposiciones impugnadas vayan a formar parte integral de la discusión de la apelación que está siendo tramitada ante la Excma. Corte Suprema, así como de la decisión a la que arribe**, por cuanto el conflicto legal se ha trabado justamente respecto de la aplicación de las mismas.
37. Las normas impugnadas, y la interpretación que la Excma. Corte Suprema recoja de ellas, serán determinantes en la forma que resuelva la apelación.
38. A mayor abundamiento, este Excmo. Tribunal Constitucional ha considerado que basta que la aplicación del precepto legal en cuestión “pueda” resultar decisiva en la gestión pendiente (ROL N° 1405-2009-INA), o bien, que el juez de fondo tenga la “posibilidad” de aplicar dicho precepto (ROL N° 501-2006-INA³), para que por esas solas circunstancias prospere el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional.

3 En el mismo sentido: 505-2006-INA; 634-2006-INA; 709-2007-INA; 943-2007-INA; entre otros.

39. En consecuencia, como hay una posibilidad real que los preceptos impugnados puedan ser determinantes en la gestión pendiente, el presente requerimiento cumple este requisito de admisibilidad.

V. PROCEDENCIA DEL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD. ESTA PARTE NO DISCUTE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LOS TRIBUNALES DE FONDO:

40. De conformidad al artículo 93 N° 6 de la CPR, corresponde a este Excmo. Tribunal Constitucional: *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

41. En función de esta norma, y lo dispuesto en los artículos 79 y siguientes de la Ley 17.997, se ha sentenciado por parte de este Excmo. Tribunal Constitucional que:

*“El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Trátase, por ende, de **un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución se limita a que disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y espíritu de la Carta Fundamental**”* (ROL N° 1390-2009, Tribunal Constitucional; Énfasis añadido).

42. De lo anterior, se desprende con claridad que el requerimiento de inaplicabilidad constituye un control concreto de constitucionalidad, en el cual este Excmo. Tribunal se encuentra llamado a determinar si en el caso concreto, en la gestión pendiente invocada, la aplicación de los preceptos impugnados produce efectos inconstitucionales.
43. En este sentido, se entiende que los preceptos impugnados deben ser irreconciliables tanto con el texto, como con el espíritu que inspira la CPR, y donde la viabilidad del libelo se enlace con la existencia de perjuicios

irreparables generados por la aplicación de un precepto en la gestión pendiente.

44. Asimismo, no puede obviarse que lo anterior debe efectuarse siempre en un marco de respeto y promoción de los derechos fundamentales, toda vez que, como ha señalado este Excmo. Tribunal:

“El irrestricto respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo derivado de la observancia del principio de supremacía constitucional que obliga a todos los órganos del Estado, según lo preceptuado en el artículo 6°, inciso primero, del Código Político. Este imperativo se extiende al Tribunal Constitucional, muy especialmente cuando ejerce la atribución que le confiere el artículo 93, en sus numerales 6 y 7 de la Carta Fundamental” (ROL 521-2006-CPR).

45. De lo anterior, se desprende que los diferentes entes u órganos del Estado, incluido este Excmo. Tribunal, se encuentran llamados a respetar y velar por el respeto de las garantías fundamentales de los ciudadanos, cuestión que resulta especialmente relevante y debe ser tenida en consideración al momento de conocer de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
46. Lo anteriormente expuesto resulta particularmente relevante para el presente caso y la declaración de inaplicabilidad del precepto solicitado, toda vez que la aplicación de estos en la gestión pendiente invocada infringe y genera efectos contrarios a la CPR.
47. Dicho de otro modo, mediante la impugnación del precepto previamente indicado, **esta parte no pretende controvertir o cuestionar la tramitación del proceso seguido en la gestión pendiente invocada, ni las decisiones que han tomado en el mismo los tribunales de fondo dentro de sus competencias privativas**, sin perjuicio de las decisiones que puedan tomar otros órganos jurisdiccionales en la esfera de sus competencias, de acuerdo a la ley.
48. De esta manera, el presente requerimiento de inaplicabilidad se limita únicamente a denunciar un determinado precepto legal que, en el caso concreto, genera efectos irreconciliables con el espíritu y sentido del CPP,

solicitando a S.S. Excma. que se le declare inaplicable en la gestión pendiente; de conformidad a los fines establecidos por el legislador y delimitados por este Excmo. Tribunal Constitucional para este tipo de acciones.

VI. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY 20.009 Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 21.234:

49. Con fecha 14 de noviembre de 2002, ingresó como Moción a la Honorable Cámara de Diputados el Proyecto de Ley tramitado bajo Boletín N° 3129-03, el cual eventualmente se transformaría en la Ley N° 20.009.
50. Los autores de la Moción advirtieron que ya en aquella época el surgimiento y proliferación de las tarjetas de crédito como medio de pago implicaba un desafío para el sistema jurídico, por cuanto nacía la necesidad de *“limitar responsabilidades para el usuario tarjetahabiente que, actuando de manera responsable, cumple con dar noticias al ente administrador de las mismas a objeto de evitar perjuicios derivados de su mal uso”*.
51. La preocupación central de los autores de la Moción era que la regulación respecto de la responsabilidad del titular de la tarjeta estaba regulado no por la ley, sino que por los contratos de adhesión que éstos firmaban con los emisores de tarjetas.
52. Esto podía dar paso a situaciones de abusos, los cuales el proyecto buscaba evitar por medio de la **limitación de la responsabilidad**, basada en la legislación comparada, citando como ejemplos el caso de Estados Unidos y el Reino Unido, que limitaban la responsabilidad de los clientes a operaciones de 50 dólares y 135 euros respectivamente luego que dieran aviso del extravío, robo o hurto de la tarjeta respectiva.
53. El proyecto original, entonces, establecía un sistema en virtud del cual los tarjetahabientes pudieran dar aviso del extravío, hurto o robo de su tarjeta, las cuales el emisor se obligaba a bloquear inmediatamente.
54. Si, luego de este aviso, se hiciera uso de la tarjeta, correspondía al emisor probar que el uso había sido hecho por su titular u otras personas autorizadas por éste. Esta carga **se fundamentaba justamente en la**

obligación del emisor de bloquear la tarjeta, que en caso de incumplirse, arriesgaba la seguridad del cliente.

55. De este modo, luego del aviso, el titular de la tarjeta dejaba de ser responsable por las operaciones que se realizaran con ella, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que le pudiera caber por la comisión de fraude en su caso.
56. En caso de mal uso del documento, quedaba abierta la posibilidad que el titular contratara un **seguro** con el Banco, para limitar su responsabilidad hasta 2 UF.
57. Todo lo anterior respondía a un estatus quo imperante en aquella época, en que la cláusula de responsabilidad que constaba en la mayoría de los contratos dictaba que el cliente debía presentar una denuncia penal en caso de extravío, hurto o robo, y luego de eso dar aviso por escrito al Banco. El cliente era responsable de la totalidad de las operaciones realizadas con la tarjeta, hasta el día subsiguiente al que hubiera dado el aviso. Esto, a su vez, era una consecuencia de que, en el año 2002, no todas las operaciones con tarjetas de crédito se realizaban en línea.
58. Desde los primeros trámites legislativos, el seguro fue un aspecto importante de la discusión. El Informe de la Comisión de Economía de la Cámara da cuenta de que tanto el Sr. SERGIO CRUZ BARRIGA, asesor del directorio de TRANSBANK, como el Sr. MAURICIO ZELADA PÉREZ, abogado de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, lo valoraron positivamente, como una opción de bajo costo por su masividad, que permitiría cubrir siniestros incluso previos al aviso.
59. El Sr. ZELADA PÉREZ, en particular, lo planteaba como un seguro obligatorio, pese a advertir del potencial aumento de los fraudes si se volviera demasiado fácil para los titulares de tarjetas de crédito el liberarse de toda responsabilidad. Esta idea fue recogida en el proyecto luego de su paso por la comisión de economía de la cámara.
60. Tan pronto como la primera discusión del proyecto en la comisión de economía de la cámara, en la sesión de fecha 8 de septiembre de 2003, se

aclaró *“que la intención del proyecto es que se responda **mediante el seguro** y después del aviso”*.

61. Para impedir el mal uso del mecanismo, se planteó tempranamente la necesidad que el seguro tuviera un deducible *“para evitar la liberalidad o liviandad en la tenencia de la tarjeta (...) y es un castigo por ser descuidado”*.
62. Lejos de la punición, el objetivo del proyecto era la salud y el desarrollo del sistema financiero. Así lo expresó el Diputado Sr. PATRICIO HALES DIB, uno de los autores de la propuesta, en su intervención de fecha 2 de octubre de 2003 en la discusión en sala del proyecto:

“Este no es un proyecto punitivo del sistema de tarjetas de crédito; por el contrario, lo impulsa, lo estimula; pero también lo regula para proteger a los usuarios de abusos e injusticias”.
63. Y, como reafirmando la forma en que el proyecto busca proteger a los clientes, agrega: *“El proyecto propone que, una vez se ha dado el aviso correspondiente, **debe responder el seguro**”*.
64. El proyecto fue aprobado por unanimidad en este sentido tanto por la Comisión de Economía de la Cámara, como por la Sala de la Honorable Cámara de Diputados.
65. El sentido de esta disposición fue alterado con su paso por el Senado, en que se decidió eliminar toda mención a seguros, no por no estimarlos procedentes, sino que porque la Comisión de Economía concluyó, en su segundo informe, que no correspondía a la ley regular la obligatoriedad del seguro o el monto del mismo, ya que aquello podría traducirse en que se traspasara el costo del mismo al cliente.
66. Adicionalmente, el Senado introdujo la tipificación penal del uso fraudulento de tarjetas de crédito, con un catálogo con seis alternativas, designadas desde la letra a) a la f).
67. Esta inclusión, aprobada por el Senado, fue bien valorada en la Cámara, especialmente por los autores del proyecto, quienes vieron esta protección

adicional a los usuarios como una forma de perfeccionar la Moción original.

68. Menos popular fue la eliminación del seguro obligatorio. Los Honorables Diputados Sr. ENRIQUE JARAMILLO BECKER y Sra. ROSA GONZÁLEZ ROMÁN hicieron expreso su rechazo a esta modificación, dando cuenta de los bajos costos de la medida y el riesgo a que se somete a los clientes sin ella.
69. Sin perjuicio de lo anterior, igualmente se aprobó el proyecto con las modificaciones hechas por el Senado, procediendo a la publicación de la Ley 20.009 el día 1 de abril de 2005.
70. Por su parte, con fecha 10 de enero de 2017, ingresó como Moción al Senado el Proyecto de Ley tramitado bajo Boletín N° 11.078-03, el cual eventualmente se transformaría en la Ley N° 21.234.
71. Una preocupación central de este proyecto era *“el gran aumento de delitos de uso fraudulento de tarjetas, que entre 2014 y 2015 se duplicó, pasando de 17.300 a 34.300”*⁴.
72. Particularmente, preocupaba que la Ley 20.009 no contemplaba, como hipótesis de ejecución del fraude con tarjeta, los llamados “fraudes sin tarjeta presente”, propio del comercio electrónico y telefónico.
73. Los autores del proyecto estimaron que era un problema que la limitación de responsabilidad funcionara *“bajo el supuesto que el tarjetahabiente conoce el uso fraudulento de la tarjeta, o al menos de la amenaza de uso fraudulento (...), por lo que carga sobre su persona la obligación de notificar al emisor para eximirse de la responsabilidad de las transacciones efectuadas a partir de ese momento”*.
74. El asunto central, entonces, es un tema de tiempo y oportunidad. Si el usuario no es capaz de saber que se encuentra en riesgo, tampoco puede dar aviso de este riesgo, no haciendo operable las disposiciones de la Ley 20.009.

⁴ Este problema tenía un origen fundamentalmente tecnológico: Al momento en que se discutió el proyecto, la mayoría de las tarjetas funcionaban todavía con un sistema de banda magnética, que podía clonarse. Este no es un problema con el sistema actual, de chip.

75. Sin perjuicio de lo anterior, la Moción reconoce que *“el mercado ha actuado de forma relativamente razonable en este tipo de casos, **cubriendo al emisor las operaciones efectivamente fraudulentas y liberando al titular de tales cargas**, como parte de un sistema de negociación pública entre las autoridades y la industria”*.
76. La Moción propuso entonces seis cambios centrales a la Ley 20.009:
- a. La creación del concepto “medio de pago”, para englobar las operaciones realizadas, no sólo con tarjetas, sino que con otros medios no considerados por la ley original.
 - b. La tipificación de nuevas conductas delictuales, en línea con los cambios sufridos por la industria con la irrupción de los nuevos medios de pago.
 - c. El paso de un sistema de notificación, a uno de **desconocimiento** de las operaciones realizadas.
 - d. El **establecimiento de un plazo para la devolución de los importes correspondientes a operaciones desconocidas por el cliente**, destacándose a este respecto la prohibición de contratar con el usuario seguros en este sentido, así como de la realización de cualquier “medida burocrática”. En la práctica, se pasa de un sistema de limitación de responsabilidad, a uno de exención de responsabilidad, también llamada “responsabilidad absoluta” en la doctrina.
 - e. El **traspaso de la carga de la prueba**, correspondiendo al emisor del medio de pago el demostrar que el cliente ha actuado con culpa grave o dolo.
 - f. Hizo explícito el deber de los emisores de adoptar medidas de seguridad adecuadas para impedir fraudes, conforme al estándar establecido por la Ley de Protección al Consumidor.
77. Esto establece un giro en ciento ochenta grados, no sólo respecto de la manera en que se había estado conduciendo la industria hasta el

momento, sino que respecto del sistema de la Ley 20.009 según había sido propuesta y desarrollada inicialmente.

78. El sistema de la Ley 20.009 era, justamente, uno de limitación de responsabilidad, que establecía hipótesis y mecanismos respecto de los cuales el usuario podía liberarse de la responsabilidad que de otra manera la cabría en cargos realizados con los medios de pago a su nombre.
79. El sistema de notificaciones exigía una cierta diligencia por parte de los clientes en el uso, cuidado y observación de sus medios de pago.
80. Por su parte, el sistema de seguros actuaba como un mecanismo consistente con el sistema de riesgos que debe asumir y cautelar el Banco para, al mismo tiempo, proteger los intereses de los clientes respecto de aquellos siniestros que se verificaran previo a que tuviera oportunidad de dar aviso.
81. Los riesgos devenidos del nuevo sistema fueron advertidos tempranamente. Ya en el Primer Informe de la Comisión de Economía, el Sr. JUAN ESTEBAN LAVAL ZALDÍVAR, en su calidad de Fiscal de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, indicó que el proyecto *“incrementa el riesgo moral y desincentiva el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los demás actores”*, lo que **“promueve el auto-fraude, especialmente en transacciones no presenciales, y desincentiva la adopción de medidas de seguridad por parte del comercio”**.
82. Se advirtió que en la práctica la Moción establecía un sistema de responsabilidad objetiva, donde era básicamente imposible para el emisor demostrar la responsabilidad del cliente y, con ello, liberarse del pago, sin importar la diligencia con la que en los hechos hubiera actuado, o la participación de otros actores.
83. También el Sr. SALVADOR PÉREZ GALINDO, Vicepresidente de Relaciones Intergubernamentales de VISA para América Latina y el Caribe, hizo el punto sobre cómo era relevante distribuir la responsabilidad entre los distintos actores del mercado financiero, con mención particular de

“Involucrar al Tarjetahabiente” como uno entre cuatro pilares centrales de la política de seguridad que VISA ha asumido en el mundo.

84. Advirtió del riesgo de auto-fraude, el cual requeriría de una investigación que podría tardar tanto como 90 o 120 días para determinar quién, en los hechos, ha tenido la responsabilidad.
85. Si bien sostuvo una visión mucho más positiva del proyecto en general, el Sr. SEBASTIÁN CLARO EDWARDS, en su rol de Vicepresidente del Banco Central de Chile, advirtió igualmente que *“por el buen funcionamiento de los sistemas de pagos minoristas es importante que todos quienes participan en él (...) **tengan los incentivos adecuados para dar cumplimiento a las medidas de seguridad para prevenir fraudes**”*, a lo que agregó de inmediato que *“si el tarjetahabiente sabe que nunca será responsable de las transacciones no autorizadas que se realicen con su tarjeta, podría ser poco diligente en el cuidado de ésta o de sus credenciales secretas y **eventualmente realizar fraude auto inducido**”*.

Y continúa: *“**Cualquier solución que pone todo el costo o toda la responsabilidad e manera casi incondicional sobre unas de las partes puede generar efectos indeseados (...); si el emisor, como se entiende hoy en día, es incondicionalmente responsable de todos los pagos, y eso exime de cualquier responsabilidad al tarjetahabiente, al comercio, al operador, es posible que eso induzca en el futuro mayor restrictividad en la entrega de tarjetas de crédito, tarjetas de débito por parte de los emisores a los distintos tipos de personas. En ese sentido podría haber un efecto indeseado de que todo el peso caiga incondicionalmente sobre una de las partes del sistema, **que no necesariamente es el único responsable de la emisión de fraude, porque no es el único participante en este sistema**”***.

86. En particular, da cuenta que uno de los mínimos para cautelar la responsabilidad del tarjetahabiente es *“que exista alguna investigación para asegurar que no hay dolo o mal uso de parte de la persona o un fraude encubierto, **un autorobo**”*.

87. El Sr. MARIO FARREN RISOPATRÓN, Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, manifestó una opinión muy similar en su intervención ante la Comisión de Economía de la Cámara, al expresar:

*“Hay un sistema en que el emisor asume toda la responsabilidad, desde su conocimiento, y lo pagan inmediatamente. Aprecia que **ese sistema genera incentivos perniciosos**, no hay incentivos como lo sería el uso del **deducible**, para generar responsabilidades por parte del usuario de los medios de pago. **Este caso es tan pernicioso como si se apuntara a la responsabilidad exclusiva del tarjetahabiente**, se debe tener un cierto sentido de **proporcionalidad** que permita a los productos convivir con las tecnologías y su evolución y que evite la desbancarización”.*

88. En el mismo sentido fue la intervención del Sr. ARTURO TAGLE QUIROZ, presidente del Comité Ejecutivo de Banco Estado, ante la Comisión, constando en su informe que:

*“Opina que poner todo el peso de la responsabilidad en un solo lado en las transacciones de medios de pago, como lo hace este proyecto, es peligroso. Ejemplifica con el caso del cheque, que de a poco va quedando obsoleto en su uso, pero que fue un medio de pago muy exitoso por cerca de 50 años y ello porque **parte de la responsabilidad se pone en el Banco**, con el cuidado de dinero y la emisión de los talonarios, que los cheques sean seguros y cuidar los fondos depositados, **pero pone el cuidado del talonario y de la firma en manos del titular de la cuenta corriente**, de manera que el Banco responde cuando la firma es notoriamente disconforme.*

*Apunta a que el proyecto **carga mucho la mano en el Banco en cuanto debe responder ante la insinuación o información del cliente que desconoce una transacción**”.*

89. Respecto de los costos y riesgos del proyecto, advirtió:

“Manifiesta el temor que el proyecto, en los términos en que se encuentra redactado, signifique aumentar los montos al sistema y que ellos terminen traspasados al consumidor y sean una dificultad para la apertura de la cuenta que es más flexible y fácil de abrir que es la cuenta Rut y que

*implique que muchas de las víctimas de estos fraudes se encuentren en el Banco Estado y **defraudar a un Banco con esta ley será mucho más fácil y ello generará más requisitos para abrir la cuenta del Banco***".

90. Los intentos por hacer efectiva esta responsabilidad de los clientes por medio de la institución de un deducible, fue **rechazada** en la tramitación legislativa del proyecto, según consta en el Nuevo Primer Informe de la Comisión de Economía, de fecha 12 de marzo de 2019.
91. La última modificación sustancial que introdujo la Ley 21.234, es que el procedimiento de reclamo al que puede acceder el Banco en caso de estimar que el cliente ha actuado con dolo o culpa, **sea ante Juzgado de Policía Local**.
92. En la Comisión Mixta, se discutieron varias opciones. El ejecutivo propuso originalmente que se aplicaran las reglas del Procedimiento Sumario (artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, "CPC"); el Senador Sr. ÁLVARO ELIZALDE SOTO propuso que se siguieran las reglas del procedimiento penal, por ser el autofraude un delito; la Senadora Sra. XIMENA RINCÓN y los Diputados Sres. CATALINA PÉREZ y JAIME NARANJO propusieron que se pudiera solicitar una medida prejudicial civil o una medida precautoria penal, a elección por el emisor, para detener la obligación de restitución o cancelación.
93. Finalmente, se acogió la propuesta del Diputado Sr. FELIPE HARBOE BASCUÑÁN, en el sentido que el conocimiento lo tuviera el Juzgado de Policía Local, atendiendo a que hay uno en cada comuna, a que es más rápido que los procedimientos civiles y penales, y para que haya un solo procedimiento unitario para todo tipo de consumidor. En otras palabras, **no hubo consideraciones referidas a la materia discutida o la competencia natural de cada tribunal, sino únicamente respecto de la persona del cliente y su posición como consumidor**.
94. Se levantó en la discusión el punto que los Juzgados de Policía Local no darían las mismas garantías que los tribunales ordinarios, desde un punto de vista del procedimiento, pero la posición fue mayormente ignorada,

siendo ésta la propuesta incluida por el voto de mayoría en la Comisión Mixta.

95. Finalmente, tras algunas discusiones respecto de la redacción, el proyecto fue aprobado con las mismas ideas fuertes con las que fue propuesto, más la inclusión de la tramitación conforme a la Ley de Protección al Consumidor, ante Juzgado de Policía Local. La Ley 21.234 fue publicada el día 29 de mayo de 2020.

VII. LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO AFECTA DERECHOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS POR LA CPR A MI REPRESENTADA:

96. Tal como se ha expuesto en la primera parte de esta presentación, la aplicación en la gestión pendiente de los preceptos impugnados mediante el presente requerimiento infringe el artículo 19 N° 2, N° 3 incisos primero, segundo y sexto, N° 20 inciso primero, N° 24, el artículo 76 y siguientes y el artículo 83 y siguientes, todos ellos CPR.
97. A continuación, nos referimos de manera particular a estas vulneraciones a la Constitución producidas en la gestión pendiente por aplicación de los preceptos impugnado en estos autos.
98. Esto debe entenderse desde dos perspectivas, las cuales se detallarán en la medida que sean aplicables a cada afectación: i) Banco Estado como persona jurídica objeto de derechos y; ii) Banco Estado como eventual víctima de delitos, lo que va aparejado a sus propias garantías.

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 2 CPR. VULNERACIÓN A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

99. En primer término, cabe hacer presente que la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos del precepto impugnado genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 2 CPR, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley.
100. Particularmente, sobre la igualdad ante la Ley, reconocida expresamente en el texto constitucional, este Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser **iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias** y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, **se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad**” (ROL 784-2007-INA⁵; énfasis añadido).

101. De la misma manera, este Excmo. Tribunal Constitucional ha entendido de manera sostenida el estándar de razonabilidad de la siguiente manera:

“Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse **si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador**. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, **siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos**” (ROL 784-2007-INA⁶; énfasis añadido).

102. Y respecto de la proscripción de la discriminación arbitraria, ha entendido que:

5 En el mismo sentido: 53-1988-CPR; 219-1995-CPR; 280-1998-CPT; 1254-2008-INC; 1399-2009-INA; 2014-2011-INA; 2838-2015-INA; 3297-2016-INA; 3364-2017-INA; 4222-2018-INA; 4972-2018-INA; 5613-2018-INA; 5751-2018-INA; 5999-2019-INA; 6339-2019-INA; 6370-2019-INA; 6941-2019-INA; 7635-2019-INA; 7785-2019-INA; 7972-2019-INA; entre otros.

6 En el mismo sentido: 1138-2008-INA; 1140-2008-INA; 2702-2014-INA; 2838-2015-INA; 2922-2015-INA; 3028-2016-INA; 4434-2018-INA; 5674-2018-INA; 6685-2019-INA; entre otros.

*“Este principio garantiza la protección constitucional de la igualdad “en la ley”, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios **o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario**, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por **establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria**” (ROL 986-2007, Tribunal Constitucional; énfasis añadido).*

103. En definitiva, aplicado a la gestión pendiente invocada en el presente requerimiento, el constituyente ha proscrito que cualquier órgano del Estado -entre los cuales ciertamente encontramos tanto a la CMF como a los tribunales de justicia-, produzca un resultado de carácter arbitrario, que rompa con la igualdad que debe existir entre las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, lo cual debe evaluarse respecto de un examen de razonabilidad.
104. La aplicación de los preceptos impugnados a la gestión pendiente **tendrá por efecto necesario el origen de un resultado desigual y arbitrario, respecto del trato que se hace a Banco Estado respecto de otras personas y entidades en su misma posición.**
105. Tentada estará la CMF a argumentar en el sentido que este no es el caso, por cuanto el Banco Estado es, como su nombre lo indica, un Banco, y todos ellos se encuentran igualmente obligados por el precepto invocado, en atención al alcance natural y expreso de la ley 20.009.
106. Esta posición puede enfrentarse desde dos perspectivas: 1) La afectación a los Derechos de Banco Estado en su calidad de persona, sujeto de Derechos y; 2) Banco Estado en su calidad de potencial víctima de delitos, en este caso, de autofraude.
107. Respecto de la primera consideración, cabe considerar que, según se desarrollará más a detalle en su oportunidad en este requerimiento, **el efecto natural de la aplicación de los preceptos impugnados, siguiendo la interpretación de la CMF, es establecer una restricción al acceso efectivo a la justicia.**

108. En nuestro sistema, lo normal es que aquellas personas que se hayan visto afectadas en sus derechos, puedan frenar de alguna manera esta afectación, incluso encontrándose pendiente el conflicto jurídico trabado al respecto. Esta es una institución que, si bien toma diversas formas, es común a acciones de las más diversas clases y categorías.
109. De este modo, las acciones constitucionales permiten que se dicte una Orden de no Innovar para no hacer ilusoria la cautela de derechos; en los procedimientos civiles, existen las medidas prejudiciales precautorias; en sede penal, existen las medidas cautelares personales, así como la cautela de garantías en su caso.
110. Lo común a estas instituciones es la posibilidad de poner freno a afectaciones actuales o potenciales que pueda estar sufriendo alguna de las partes, con la finalidad de asegurar los fines del procedimiento y la seguridad de los intervinientes.
111. Esta opción **no existe respecto de los emisores de medios de pago afectos a esta ley, y ciertamente no existe respecto de Banco Estado en la gestión pendiente.**
112. Lo anterior, porque según la interpretación que ha hecho la CMF, la restitución de los fondos o cancelación de cargos asociados a las operaciones desconocidas por los clientes, cuando sea inferior a 35 UF, **debe pagarse en el plazo de cinco días hábiles, independiente de la acción que intente el emisor o los motivos que tenga para dudar de la veracidad de la denuncia efectuada.**
113. Interponer una acción judicial sólo tendrá el efecto de suspender la obligación de restitución o cancelación respecto de aquellos montos que excedan de 35 UF. Respecto de las operaciones iguales o inferiores a este monto, **simplemente no existe para Banco Estado la posibilidad de frenar los efectos pecuniarios de esta obligación sin arriesgar la posibilidad que se le imponga una multa.**
114. Esto, en la práctica, **se traduce en un obstáculo arbitrario al acceso a la cautela jurisdiccional**, por cuanto no hay ningún mecanismo efectivo al que pueda acceder el Banco (o los demás emisores afectos a

esta ley) para suspender su obligación de pago o asegurar que los montos no se pierdan antes de obtener una solución judicial, **en circunstancias tales que cualquier otra persona sí puede acceder a diversidad de mecanismos en este sentido, respecto de sus obligaciones.**

115. Lo que producen los preceptos impugnados es justamente **una situación irregular** en nuestra jurisdicción, respecto de la cual, incluso frente a operaciones abiertamente ilícitas, respecto de las cuales el Banco pueda tener acciones contra el cliente, **no hay forma alguna de suspender la obligación de restitución o cancelación, cual es el mecanismo más efectivo para asegurar el resultado de un eventual juicio en contra del cliente**, en situaciones tales que la normalidad es que la legislación entregue este tipo de herramientas.
116. El hecho que nuestro representado sea un Banco **no justifica esta medida**. La naturaleza de su giro importa que los fondos que maneja el Banco no sólo incluye los suyos, sino que también los que sus clientes le han confiado. **Esto implica que hay un interés, no sólo por el Banco por cuidar estos fondos y evitar que se pierdan antes de la solución del conflicto jurídico, sino que un interés igualmente de los clientes, quienes pueden verse negativamente afectados si el Banco pierde liquidez por las operaciones fraudulentas a las que se enfrenta.**
117. La posición de la CMF implicaría, entonces, forzar al Banco a soportar la falta de liquidez en atención a los derechos de los clientes reclamantes, **ignorando los efectos negativos que esta falta de liquidez puede producir en el Banco mismo, en sus demás clientes y en el sistema financiero en general.**
118. Esto es particularmente importante para mi representada. En su calidad de Banco Estatal, con un enfoque social, Banco Estado tiene por misión el acercar la banca a personas que el mercado financiero no ha considerado, lo que se traduce en iniciativas como la Cuenta Rut, el tipo de cuenta bancaria más fácil de abrir en el país, así como la Red de Sucursales más grande de Chile.

119. A su vez, sin embargo, **esto también significa que Banco Estado también es el actor del sistema más expuesto al autofraude y sus efectos perniciosos**, lo cual le ha significado millonarias pérdidas que no han hecho más que aumentar en los últimos años.
120. Esto ha significado, en la práctica, **que Banco Estado deba soportar desproporcionalmente, en comparación al resto de los actores del mercado financiero (no solamente los Bancos) los efectos negativos de los preceptos impugnados.**
121. Necesariamente debe concluirse a este respecto entonces que, esta diferencia en acceso a protección jurisdiccional efectiva, sumada a una afectación desproporcionada de los efectos perniciosos de la norma impugnada, no se encuentra correctamente justificada, **de modo que es arbitraria y, por ende, atenta contra las garantías del artículo 19 N° 2 CPR.**
122. Respecto del Banco Estado en su calidad de potencial víctima de delitos, es necesario introducir a S.S. Excma. a un fenómeno que se encuentra actualmente al alza y que, si bien está contemplado en la Ley 20.009, no ha sido suficiente aquella para poder enfrentarlo: El autofraude.
123. El autofraude corresponde a la conducta descrita por la Ley de Fraudes en el artículo 7 letra h), en los siguientes términos:
- “Artículo 7.- Las conductas que a continuación se señalan constituyen delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas y se sancionarán con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa correspondiente al triple del monto defraudado:*
- h) Obtener maliciosamente, para sí o para un tercero, el pago total o parcial indebido, **sea simulando la existencia de operaciones no autorizadas, provocándolo intencionalmente, o presentándolo ante el emisor como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas**” (énfasis añadido).*
124. Cuando el artículo 4 de la Ley 20.009 se refiere, en su inciso final, a *“la acción contra el autor del delito”*, está conduciendo al limitado catálogo de

delitos señalados en el artículo 7, dentro del cual encontramos justamente el autofraude.

125. Este delito no es un fenómeno nuevo, sino que ya desde el año 2021 la banca lo viene advirtiendo como un problema en aumento, con Banco Santander estimando en mayo de aquel año que su institución había sido víctima de fraudes por un valor aproximado de 250 millones de pesos⁷.
126. Sin embargo, sin perjuicio que los Bancos son capaces de ejercer acciones dirigidas a que se investigue y sancione la ocurrencia de estos delitos, **la preparación de estas acciones, o incluso su interposición por medio de la presentación de querellas, no suspende o detiene de modo alguno el término para el cumplimiento de las obligaciones nacidas del artículo 5 de la Ley 20.009**, bajo la interpretación que ha sostenido de la misma la CMF y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en la gestión pendiente.
127. En otras palabras, incluso en aquellos casos en que el Banco sospeche de manera fundada que ha sido víctima de un autofraude, **el artículo 5, tal como ha sido interpretado y aplicado por la Comisión, le exige de todas maneras cancelar los cargos o restituir los fondos relacionados al monto reclamado**. Esto, independiente de cualquier tipo de prueba o evidencia que pueda tener en su poder Banco Estado respecto de la negligencia grave o malicia de su cliente.
128. El artículo 5 impone un plazo de cinco días hábiles para el cumplimiento de esta obligación, **el cual no puede suspenderse o discutirse de modo alguno**, independiente de las gestiones que racionalmente podríamos esperar que realice el Banco para determinar si está siendo sujeto de fraude, en cumplimiento de sus funciones fiduciarias, como desarrollaremos más abajo.
129. La única acción con efectos suspensivos de la obligación de cancelación o restitución a la que puede acceder el Banco es la del artículo 5 inciso segundo, **pero es respecto únicamente de aquella parte de las operaciones reclamadas que excedan de 35 UF**, de modo que el monto que sea igual o inferior a aquel tope **debe satisfacerse en el**

⁷ <https://www.df.cl/empresas/banca-instituciones-financieras/banca-alerta-por-aumento-de-autofraudes-y-pide-evaluar-nueva-ley-que>

término de cinco días, independiente de cualquier acción que intente el Banco.

130. Esta acción, además, se interpone ante el Juzgado de Policía Local, y no es la misma que se intentaría para obtener la responsabilidad penal de quien comete fraude, lo cual deviene en otras complicaciones que desarrollaremos en el capítulo dedicado a las funciones constitucionales de los tribunales de competencia penal.
131. En otras palabras, interpuesto que sea el reclamo en los términos del artículo 4 de la Ley 20.009 -que únicamente exige que sea interpuesto en el plazo de 30 días desde el aviso del artículo 2 de la ley y que el cliente indique desconocer determinadas operaciones-, **el Banco se encuentra obligado a la cancelación de cargos o restitución de montos hasta el valor de 35 UF, independiente de la veracidad ideológica del extravío, hurto, robo o fraude indicado por el cliente en su reclamo.**
132. El tipo contemplado en el artículo 7 letra h) de la Ley 20.009 justamente describe como conducta antijurídica el simular la existencia de operaciones no reconocidas. Es una situación en que la ley ha pensado y que ha considerado suficientemente grave como para sancionar penalmente.
133. Sin embargo, según la interpretación que han dado de la norma la CMF y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, **incluso en aquellos casos en que se ha ejecutado esta conducta antijurídica, y el Banco ha iniciado las gestiones para que se persiga penalmente, éste igualmente estará obligado a cancelar los cargos o restituir los montos hasta el valor de 35 UF.**
134. No sólo eso, sino que incluso queda abierto a que, si no logra acreditarse la culpa grave o dolo en sede de Policía Local, que tiene estándares distintos a los de los tribunales con competencia en lo penal, el Banco igualmente estará obligado a pagar aquello que exceda de 35 UF.
135. Esta situación es, en definitiva, **obligar a quien ha creído ser víctima de un fraude a permitir que se agoten los efectos perniciosos del**

mismo, bajo sanción de ser multado administrativamente por no hacerlo, incluso habiendo iniciado gestiones útiles para la persecución del delito.

136. Esta es una exigencia que **simplemente no existe para ninguna otra víctima. Nadie está obligado a dejar que se agoten los efectos de un delito que se encuentra en curso, bajo el riesgo de someterse a sanciones administrativas si no lo hace, excepto los emisores bajo el imperio de la norma impugnada**, siguiendo la interpretación de la CMF.
137. Ciertamente, la Comisión podría argumentar, como lo ha hecho ante la Iltma. Corte de Apelaciones, que esto se desprende de la función particular que cumplen los Bancos en el mercado financiero, así como la responsabilidad que tiene con sus clientes y la asimetría que existe entre ellos y la institución. Esto, dirán, verificaría el requisito de razonabilidad para establecer una diferencia con otras personas en su calidad de víctimas de delitos.
138. Sin embargo, **esto omitiría la otra dimensión de los deberes fiduciarios de los Bancos, que importa el cuidado del dinero que sus clientes les han confiado.**
139. El negocio bancario presupone, como aspecto de base, la recepción de dinero del público, el cual es confiado al Banco, con la posibilidad de realizar diversas operaciones con él, pero siempre con la obligación correlativa de resguardarlo.
140. Bien lo sabe S.S. Excma., y también lo indica la CMF en su presentación ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que todo Banco tiene una obligación de resguardo del dinero de sus clientes, para que éste pueda estar disponible para su retiro cuando sea requerido.
141. Es implica que toda operación realizada por el Banco que pueda importar el uso de dinero de sus clientes deba ser debidamente evaluada respecto de sus riesgos, implicancias e impacto. En el caso contrario, se estaría permitiendo al Banco actuar con desdén y descuido respecto de los fondos que se le han confiado.

142. Por lo mismo, **es irracional cualquier norma que exija al Banco el proceder con la cancelación de cargos o la restitución de fondos solicitada en el contexto de una operación que legítimamente se sospecha fraudulenta.**
143. Los mismos argumentos esgrimidos por la Comisión en su presentación judicial dan cuenta de por qué es ilógico sostener que un Banco deba cumplir irrestrictamente con la entrega de dinero a una persona, incluso sospechando fraude a su respecto, **porque importa poner en riesgo el dinero que el público le ha confiado, incluso en contra de los estándares de prevención de riesgos y fraudes establecidos en la misma institución.**
144. En otras palabras, la posición especial que ocupan los Bancos en el mercado financiero no solo no vuelve razonable la diferencia arbitraria que se hace a su respecto en su calidad de eventual víctima de fraude, sino que la hace derechamente incomprensible.
145. Por más que la Ley de Fraudes sancione la conducta descrita, no sólo no hace nada para dificultar su ejecución, sino que en los hechos la facilita, por establecer un régimen en que el Banco debe pagar a todo evento una vez el reclamo ha sido interpuesto en forma, al menos hasta el valor de 35 UF.
146. Esto pone a los Bancos en una posición particularmente desventajada, siendo una víctima a la que la ley le exige permitir que se agoten los efectos del delito que está sufriendo, arriesgando no sólo su patrimonio, sino que también el de los clientes que han confiado su dinero a la institución. Esta diferencia no cumple con el estándar de racionalidad, por lo cual deriva en **arbitraria** y, con ello, **en una infracción al artículo 19 N° 2 CPR.**
147. A mayor abundamiento, y sólo a modo ilustrativo del efecto pernicioso que tiene esta diferencia de trato, que demostraría que no está justificada, incluso la CME, contraparte de mi representada en la gestión pendiente, **ha reconocido y advertido recientemente del efecto negativo que puede tener en los Bancos, en el sistema y en los clientes la falta de liquidez que puede ocasionarles a los Bancos la Ley 20.009.**

148. En efecto, en la Sesión de la Comisión de Hacienda de fecha 2 de enero de 2024, en la discusión del Proyecto de Ley Boletín N° 16.408-05, la Sra. SOLANGE BERSTEIN JÁUREGUI, presidenta del Consejo de la CMF, indicó:

*“Lamentablemente, se han generado situaciones que han llevado a que esta iniciativa legal, que tenía un propósito muy claro, **esté hoy día afectando incluso la solvencia de algunas de las instituciones financieras** más allá de lo que se pueda evitar a través de los mecanismos que hoy día se han implementado.*

(...)

*Lo que observamos es que, posterior a la entrada en vigencia de la ley, en el año 2020, **ha habido un aumento sostenido en las pérdidas por este concepto**, en las pérdidas de las instituciones financieras, lo que no obedece necesariamente a una mayor bancarización, o masificación de los productos financieros, sino que al revés. Lo que hemos visto es que se han reforzado mucho las medidas de prevención.*

*Entonces hay algo aquí que nos ha llamado mucho la atención a nosotros y a la industria, de que van aumentando las medidas para prevenir el fraude, **pero a su vez aumenta el fraude y aumentan los gastos por fraude, la incidencia del fraude**. Hay algo aquí que nos da una alerta de que las cosas aquí se están yendo en otra dirección.*

*En el 2023, se registra un incremento exponencial. De hecho, en los últimos meses, el aumento de los reclamos y de las transacciones no reconocidas y reclamadas ha aumentado muchísimo, de manera de verdad muy significativa. Y esto ha ido generando pérdidas operacionales significativas para las instituciones financieras, **en particular, para Banco Estado**.*

*La mayoría de las transacciones reclamadas, además, son menores de 35 UF, **que son las que se tienen que devolver a todo evento**.*

Por lo tanto acá es donde vemos que efectivamente se está generando una situación que está preocupando a las instituciones financieras y a nosotros como regulador también.

(...)

Nosotros como CMF no hemos logrado tener una medida precisa que nos determine cuándo es autofraude y cuándo no, **pero sin duda los indicios son claros de que hay un volumen de autofraude relevante.**

(...)

Es importante entonces avanzar en este proyecto, considerando incluso para un Banco importante, como es el Banco Estado, las pérdidas por fraude han aumentado de manera muy significativa. Estas alcanzarían un porcentaje relevante de su última capitalización. **Estamos hablando de 80 mil millones hasta octubre⁸, y esto es un porcentaje significativo de lo que es la capitalización de Banco Estado.**

Y esto, además, estamos pensando que estamos implementando Basilea III, lo cual ha ido aumentando justamente los requerimientos de capital de los Bancos, **en particular de Banco Estado**, y con este nivel de pérdidas por fraude está siendo difícil. Y en particular si esto está asignado en un porcentaje a autofraude” (énfasis añadido).

149. En otras palabras, es claro que Banco Estado **está siendo perjudicado desproporcionalmente por los efectos perniciosos de esta norma, teniendo que soportar grandes pérdidas que afectan sus facultades de operatividad y de respuesta a sus clientes y al mercado.** En esas circunstancias, reconocidas por la CMF, **es completamente arbitrario e injustificado el que se establezcan diferencias en el acceso efectivo a la justicia y a la protección de sus derechos.**

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO PRIMERO CPR.
VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN
EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

150. En segundo lugar, la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos del precepto impugnado genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 3 inciso primero CPR, que consagra el derecho a la igual protección de

⁸ En total, el año 2023 significó pérdidas de 130 mil millones de pesos por este concepto.

la ley en el ejercicio de los derechos, también llamado a la tutela judicial efectiva.

151. Particularmente, respecto de las garantías del artículo 19 N° 3 CPR, comúnmente entendidas como aquellas relativas al derecho a la tutela judicial efectiva, este Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“La interpretación de todas las disposiciones reunidas en el art. 19, N° 3, tiene que ser hecha **con el propósito de infundir la mayor eficacia, que sea razonable o legítima, a lo asegurado por el Poder Constituyente a las personas naturales y jurídicas, sin discriminación**, porque eso es cumplir lo mandado en tal principio, así como en otros de semejante trascendencia, por ejemplo, los proclamados en los artículos 1º, 6º y 7º del Código Supremo en relación con el deber de los órganos públicos de servir a la persona”* (ROL 437-2005, Tribunal Constitucional).

152. En particular, respecto del inciso primero del numeral citado, este Excmo. Tribunal Constitucional ha caracterizado la tutela judicial efectiva tal que:

*“El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de **la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente**”* (ROL 792-2007-INA⁹; énfasis añadido).

⁹ En el mismo sentido: 815-2007-INA; 946-2007-INA; 1061-2008-INA; 1332-2009-INA; 1356-2009-INA; 1391-2009-INA; 1470-2009-INA; 2042-2011-INA; 2438-2013-INA; 2688-2014-INA; 2697-2014-INA; 376-2003-CPR; 389-2003-CPR; 2895-2011-INA; 5962-2019-INA; 5674-2018-INA; entre otros.

153. Respecto de las manifestaciones de este Derecho, este Excmo. Tribunal ha sostenido que:

*“La querrela, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal. **Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias**”* (ROL 1535-2009-INA; énfasis añadido).

*“Toda persona tiene derecho a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la autotutela como solución para los conflictos. La solución del conflicto a través del proceso cumple dos objetivos: **la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley**”* (ROL 205-1995-CPR¹⁰; énfasis añadido).

154. En otras palabras, el derecho a la tutela judicial efectiva implica el establecimiento de un sistema según el cual las personas (naturales y jurídicas sin distinción) que se han visto afectadas en sus derechos, puedan acceder a la jurisdicción para que ésta vele por estos derechos, **con expresa proscripción de la indefensión de los mismos.**
155. Aquello es suficiente para concluir, sin mayor análisis, que un precepto legal que **impida el acceso a la cautela jurisdiccional efectiva, o que fuerce a la víctima a la indefensión, obligándola a permitir el agotamiento de la conducta criminal de la que ha identificado estar siendo víctima, bajo sanción de ser multada en caso de evitar esta afectación, está manifiestamente en contra de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso primero CPR.**

10 En el mismo sentido: 2042-2011-INA.

156. Hay una primera afectación al obligar al Banco a soportar a todo evento, al menos inicialmente, el costo económico de los reclamos, independiente de la veracidad o fundamento de los mismos.
157. Como se ha expresado, y se seguirá recalando a lo largo de esta presentación, los preceptos impugnados obligan al Banco a la restitución de los fondos o la cancelación de los cargos asociados a las operaciones reclamadas por el cliente en la forma que indica el artículo 4 de la Ley de Fraudes, hasta el monto de 35 UF a todo evento, y con posibilidad de pagar o accionar ante Juzgado de Policía Local respecto de lo que exceda este monto.
158. Si el Banco no cumple con efectuar esta restitución, o cancelar aquellos cargos, será multado.
159. En otras palabras, si el Banco quiere reclamar judicialmente de la actuación culpable o dolosa de su cliente, sosteniendo entonces que él debe ser responsable de la operación reclamada, **siempre deberá soportar primeramente los costos pecuniarios de la operación, o se le aplicará una multa¹¹**.
160. Esto en la práctica **constituye de suyo una afectación al acceso a la justicia**, por cuanto, incluso si bien es cierto que existen formalmente mecanismos de acceder a la jurisdicción, **éstos no son oportunos en el sentido de evitar o cautelar el perjuicio económico soportado por el Banco, sino que, en el mejor de los casos, sólo importarán una reparación ex post del daño causado por el cliente y aceptado por la legislación**.
161. La ley de fraudes se transforma, entonces, en el mejor aliado de reclamantes carentes de causa o escrúpulos, por cuanto el sólo hecho de desconocer una operación les garantiza que sean pagados, evita que el Banco pueda detener el pago si no quiere exponerse a una multa, y entrega la carga probatoria a la misma institución que podría estar siendo defraudada.
162. En la práctica, esto importa que, independiente de la conducta que asuma, o de la diligencia del Banco en el cumplimiento de sus

¹¹ Esto, máxime porque el 99% de los reclamos de este tipo son por valores inferiores a 35 UF.

obligaciones fiduciarias, **siempre tendrá que soportar, al menos momentáneamente, el efecto pecuniario de las reclamaciones de sus clientes, aunque sean demostrablemente carentes de causa.**

163. Esto constituye una evidente afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, **ya que no hay forma de cautelar oportunamente los derechos del Banco**, lo cual importa una clara **vulneración a lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso primero CPR.**
164. Hay una segunda afectación al forzar al Banco a soportar que se agote el delito de fraude del que pueda estar siendo víctima.
165. El precepto impugnado, como se desarrolló supra, no sólo no impide la comisión del delito de autofraude, sino que lo facilita activamente, al forzar al Banco a cancelar los cargos, o restituir los fondos asociados a reclamos realizados en la forma indicada por el artículo 4 de la Ley 20.009, hasta el monto de 35 UF, **sin posibilidad de detener esta erosión patrimonial independiente de los legítimos cuestionamientos que pueda haber a la veracidad del fraude reclamado por el cliente.**
166. La única posibilidad de acceso a la justicia que contempla la Ley 20.009, con efectos de suspender la cancelación de cargos o restitución de fondos, es la acción regulada en el inciso segundo del artículo 5, **que de todas formas sólo permite la referida suspensión respecto de aquella parte que exceda de 35 UF, manteniendo en completa indefensión al Banco respecto de los montos iguales o inferiores a dicha suma.**
167. Incluso la oportuna interposición de una querrela criminal, dentro del plazo de cumplimiento de la obligación principal del artículo 5, en sí mismo una tarea difícil considerando los antecedentes que debe recolectar el Banco para ejercer seriamente dicha acción, **no tiene por efecto la suspensión del plazo de cumplimiento, exponiendo de nueva cuenta a la institución a multas.**
168. El hecho de tener que proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos, independiente de la veracidad del reclamo interpuesto, y de la tutela judicial que legítimamente persiga el Banco, guarda peligrosas similitudes con el mecanismo del *solvo et repete*,

cuestión expresamente identificada en esos términos por la CMF en su presentación ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago¹², y que ha sido caracterizado por este Excmo. Tribunal tal que:

*“La obligación de pagar toda la multa antes de impugnarla **hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna, pues la lesión jurídica al interés del administrado por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos,** y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad de la multa ya pagada”* (ROL 792-2007-INA¹³; énfasis añadido).

*“La tutela judicial efectiva, de la que forma parte la igualdad en el ejercicio de los derechos y, más específicamente, la igualdad de acceso a la justicia, consagrada en el artículo 19, N° 3°, constitucional, se ve afectada cuando se impide que las decisiones administrativas -como la expedida por la SEC- sean revisadas por los tribunales de justicia. En efecto, la no consignación de la cuarta parte de la multa impedirá que el reclamo sea tramitado, frustrando la revisión de lo decidido en sede administrativa. En estos casos el solve et repete opera como un verdadero dispositivo técnico del poder administrativo del Estado, como **una viciosa e inconstitucional práctica impuesta por leyes con una inequívoca raíz absolutista y no democrática,** que no sólo impone una relación de desequilibrio entre la administración con el administrado, **contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley y obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva** y a la revisión judicial de los actos administrativos. **No es razonable que a expensas de este instituto legal se obligue a una persona a pagar todo o parte de una multa, jurídicamente objetable, haciéndole aplicable de inmediato la sanción, aunque no sea definitiva, ni se encuentre firme, sin que a se le garantice el derecho de requerir previamente de la justicia la revisión de su procedencia”** (ROL 3487-2017-INA¹⁴; énfasis añadido).*

169. Es en atención a esta práctica, y la forma en que atenta en contra del artículo 19 N° 3 incisos primero y quinto, que esta Excma. Magistratura

12 Página 5 de su contestación.

13 En el mismo sentido: 1046-2008-INA.

14 En el mismo sentido: 6180-2019-INA.

determinó la derogación de la norma contenida en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en aquella parte que forzaba al administrado a pagar la totalidad de la multa que le había sido impuesta como requisito previo a poder reclamar del acto administrativo que la impuso, indicando en lo relevante a esta presentación:

“NOVENO: *Que la segunda premisa que ha de dejarse establecida es que la norma legal impugnada afecta y limita severamente el derecho del particular de acceder a la justicia para reclamar en ese foro de las sanciones administrativas de que ha sido objeto, del momento que, para hacerlo y como condición necesaria, debe consignar la totalidad de la multa que se le ha impuesto en sede administrativa y de la que reclama. La calificación de severa restricción del derecho fue explicada por este Tribunal en una de las sentencias de inaplicabilidad referidas en el considerando tercero que cabe reiterar aquí por tratarse de un argumento aplicable al examen abstracto de la norma; ‘Que cabe tener especialmente presente que el objeto del reclamo judicial es la multa cursada, reclamo que persigue **eximir** al administrado del pago de la misma, por entenderla **contraria a derecho**, y que el requisito establecido por el legislador para hacer valer dicha pretensión ante el órgano jurisdiccional es el cumplimiento íntegro de dicha sanción. **La identificación entre el objeto reclamado y conditio sine qua non para la admisibilidad del reclamo, lleva, en los hechos, a que el acto administrativo por el cual se cursa la multa sea inimpugnable, en términos que no obstante poder formalmente reclamarse en contra del mismo, éste produce todos sus efectos, y aun en el caso de una ilegalidad flagrante, evidente y manifiesta, el administrado debe soportarla sin que la ley establezca mecanismo alguno que suspenda el cumplimiento de la sanción y a la vez habilite a reclamar de la misma.***

*En esa perspectiva, la obligación de pagar toda la multa antes de antes de impugnarla **hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna**, pues **la lesión jurídica** al interés del administrado **por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos**, y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad*

de la multa ya pagada (Sentencia Rol N° 792, de 3 de enero de 2008, considerando décimo cuarto);

DÉCIMOTERCERO: Que cabe considerar entonces si la previa consignación puede justificarse como un modo de evitar reclamos injustificados o litigación puramente dilatoria.

(...)

Siendo la finalidad de evitar la dilación en el cumplimiento de sanciones por la vía de litigación frívola una finalidad lícita, cabe preguntarse si la norma en examen es un medio idóneo para alcanzar el fin que se alega. Nuestra convicción es que esta pregunta debe responderse **negativamente**, por las siguientes tres razones:

(...)

b) **Porque el mecanismo en examen en nada impide la litigación frívola.** El sancionado con capacidad de pago tendrá la misma tentación de litigación frívola si posteriormente puede recuperar el dinero pagado que si puede evitar el pago.

c) En tercer lugar, debe tenerse presente que el derecho **sí cuenta con una serie de instrumentos destinados a desincentivar la litigación infundada o puramente dilatoria, y que son idóneos para tales objetivos**, pues si discriminan y desincentivan los libelos que carecen de fundamento plausible. Entre ellos, los exámenes de admisibilidad y la condenación en costas. A diferencia de ellos, **la barrera del solve et repete de la especie se aplica con entera independencia de que el juez estime un reclamo bien fundado, que presenta plausibilidad de ser acogido, o si lo estima infundado, temerario o puramente dilatorio.** En esas condiciones, **no puede sostenerse que el mecanismo sirva a la finalidad que se ha alegado.**

DECIMOSEXTO: Que, en consecuencia, aceptando la tesis sostenida de que el derecho de acceso a la justicia no sea absoluto y pueda tener que balancearse para que se alcancen otros derechos o fines constitucionalmente lícitos, como puede ser el de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, así como asegurar la eficacia de las

sanciones administrativas y su imperio, **no se sigue que el particular modo en que el precepto legal procura ese fin, resulte idóneo y proporcional y, por ende, justificado**. La barrera de acceso a la justicia del Código Sanitario que se examina, consistente en la obligación de consignar la totalidad de la multa para reclamar, agrega poco, como se ha razonado, a la eficacia y oportunidad en el cumplimiento de la sanción. Ese margen de eficiencia lo logra al incentivar el pago voluntario y evitar otros modos compulsivos de cumplimiento. Sin embargo, ese margen que agrega a la eficacia y oportunidad **es a costa de limitar severamente el acceso a la justicia, lo que constituye una garantía constitucional esencial para el ejercicio de los derechos**.

DECIMOSÉPTIMO: Que la conclusión necesaria de lo razonado en los considerandos precedentes es que el precepto legal contenido en el enunciado normativo (...), constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3° de su artículo 19 y así se declarará" (ROL 1345-2009-INC. Énfasis añadido).

170. Ciertamente, existen diferencias entre la práctica del *solve et repete* y la situación sometida al conocimiento de esta Excma. Magistratura en estos autos. La más notoria al respecto, sería que el *solve et repete* usualmente se refiere al pago de una multa, mientras que la obligación del artículo 5 de la Ley de Fraudes, si bien de carácter monetario patrimonial, no es respecto de una multa, sino respecto de una suma que se adeudaría a un cliente del Banco, en su calidad de tal.
171. Sin embargo, las situaciones sí que son **análogas**, en el sentido que en ambos casos estamos frente a normas que condicionan la tutela judicial efectiva a que se pague una suma de dinero que se está obligado a pagar, independiente de los legítimos cuestionamientos que pueda hacerse a la génesis y legalidad de la obligación.
172. En ambas situaciones observamos que se obliga al pago de la totalidad (o una fracción) de lo que se adeuda en virtud de una obligación (una sanción administrativa, o la cancelación de los cargos/restitución de los

fondos objeto del reclamo), sin que pueda reclamarse judicialmente de manera efectiva sin proceder previamente al pago.

173. Funcionalmente, la única diferencia en este sentido es que en los casos tradicionales la fuente de la obligación es una multa que no puede reclamarse antes de pagarse, mientras que en el caso de estos autos la sanción por incumplimiento es una multa, **incluso si en definitiva se determina judicialmente que el Banco tenía razón y el cliente había simulado la operación no reconocida, consumando un delito.**
174. Por todo lo anterior, se verifica que el precepto impugnado **efectivamente importa una infracción a la garantía del acceso a la justicia e igual protección en los derechos**, por cuanto **importa obligar al Banco a permitir que se agoten los efectos de delitos de los cuales pueda ser víctima**, en circunstancias tales que **acceder a la tutela jurisdiccional sin cumplir con cancelar/restituir los montos relativos a la operación expone a la institución a una sanción administrativa, independiente del éxito que pueda tener en su acción o que se verifique judicialmente la comisión de un delito.**
175. Todo remedio jurisdiccional se levanta, entonces, como **tardío e inoportuno**, porque **la ley misma fuerza al Banco a soportar el daño patrimonial causado**, sin posibilidad de evitarlo por medio del acceso a cautela judicial efectiva, lo que constituye **una vulneración a la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 inciso primero CPR.**

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO SEGUNDO CPR.
VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA.

176. Enseguida, debemos indicar que la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos de los preceptos impugnados genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 3 inciso segundo CPR, que consagra el derecho a la defensa jurídica.
177. Al respecto de esta garantía, este Excmo. Tribunal Constitucional se ha manifestado en el siguiente sentido:

“El derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley, en términos tales que viene a precisar el

*sentido y alcance de **la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas, referido al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente***" (ROL N° 1001-07-INA; énfasis añadido).

178. La garantía de la defensa jurídica no se limita, como algunos podrían presumir, al ejercicio de la defensa penal, por cuanto en ningún momento la Constitución la ha restringido de esta manera, sino que se refiere, íntegramente, a la protección de los intereses jurídicos por medio de la intervención de un letrado, cuando ésta ha sido requerida.
179. Esto incluye, por consiguiente, **la posibilidad de un Banco para prestar oposición a las exigencias de sus clientes, en el sentido que se cancelen los cargos o se restituyan los fondos asociados a operaciones desconocidas, cuando el Banco tenga razones para sospechar de la falsedad ideológica del extravío, hurto, robo o fraude del que los clientes digan haber sido víctimas.**
180. Lo anterior es de toda lógica, y es que, si bien la Ley 20.009 ha establecido un sistema de limitación de responsabilidad para los clientes, **no ha establecido a su respecto una presunción de Derecho en el sentido que éstos nunca sean responsables por las operaciones que dicen desconocer.**
181. En efecto, la ley reconoce la posibilidad que el cliente haya operado con culpa grave o dolo, de lo que se desprenderá su obligación de restituir al Banco aquellos gastos en que haya incurrido en el cumplimiento de la obligación del artículo 5 de la Ley de Fraudes.
182. Esta ley intenta ir un poco más allá, tipificando penalmente determinadas conductas antijurídicas en que haya podido tener participación el mismo cliente, nuevamente recalando que no es indubitable que su reclamo sea honesto y fundado en la realidad, sino que reconociendo que el sistema podría explotarse en ilícito perjuicio de los Bancos.
183. Por lo mismo, **se torna incomprensible que el Banco no pueda recurrir a la judicatura para reclamar de manera efectiva que no le corresponde el pago de los montos reclamados, por no**

encontrarse éstos en las hipótesis que busca evitar la Ley de Fraude, o derechamente por tener razones para sospechar que el Banco en sí está siendo víctima de fraude.

184. En la práctica, esta norma deja en la indefensión al Banco, sometido a una cantidad cada vez mayor de reclamos por parte del público¹⁵, que no le queda más remedio que satisfacer bajo la amenaza de que se le imponga una multa, con todos los potenciales efectos perniciosos que aquello puede tener respecto del Banco, sus clientes, y del sistema financiero como tal, **y sin posibilidad de defender su posición judicialmente para evitar este pago.**
185. Como se ha dicho, la única alternativa que tiene el Banco para recurrir al control jurisdiccional, en términos que pueda detener la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos, es recurriendo ante Juzgado de Policía Local, **acción que sólo se encuentra disponible respecto de aquella parte de las operaciones reclamadas que exceda de 35 UF**, lo cual en sí importa una limitación arbitraria a la facultad del Banco a defender su posición jurídica.
186. De modo que, al no poder acceder a control jurisdiccional efectivo, **no se le permite al Banco ejercer su derecho a defensa, a través de un letrado, para poder frenar el pago al que lo obliga el artículo 5 de la ley 20.009, en circunstancias en que en definitiva un tribunal de justicia resolvería que las sumas enteradas por el Banco deben ser restituidas por su cliente al haber actuado con culpa grave o dolo**, constituyendo por ende una **infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso segundo CPR.**

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO SEXTO CPR.
VULNERACIÓN AL DERECHO A UN JUSTO Y RACIONAL
PROCEDIMIENTO.

187. Adicionalmente, y conectado directamente con lo recién explicado, la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos de los preceptos impugnados genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 3 inciso sexto CPR, que consagra el derecho a un justo y racional procedimiento.

15 <https://www.lanacion.cl/fraudes-bancarios-casi-se-duplican-entre-el-primer-y-segundo-semester/>

188. Este Excmo. Tribunal tiene una extensa jurisprudencia respecto de esta garantía, destacando que su contenido no está explícitamente delimitado por la Constitución, sino que ha sido la ley la que lo ha cargado de sentido. Al respecto ha indicado:

*“Por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de **resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica** con efecto de cosa juzgada, **protegiendo y resguardando**, como su natural consecuencia, la organización del Estado, **las garantías constitucionales** y, en definitiva, **la plena eficacia del Estado de Derecho**. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento”* (ROL 619-2006-INA¹⁶; énfasis añadido).

*“A través de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con **el oportuno conocimiento de la acción** y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un **tribunal, imparcial e idóneo** y establecido con anterioridad por el legislador”* (ROL 478-2006-INA¹⁷; énfasis añadido).

*“El artículo 19, número 3º, inciso quinto [ahora sexto], de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el **derecho a la acción** y la legalidad*

16 En el mismo sentido: 986-2007-INA; 1252-2008-INA; 1876-2010-INA; 2204-2012-INA; 2452-2013-INA; 2895-2015-INA; 3297-2016-INA; 4153-2017-INA; 5151-2018-INA; entre otros.

17 En el mismo sentido: 481-2006-INA; 1528-2009-INA; 1838-2010-INA; 1994-2011-INA; 2166-2012-INA; 2371-2012-INA; 2626-2014-INA; 2702-2014-INA; 2802-2015-INA; 2936-2015-INA; 3107-2016-INA; 3309-2017-INA; 4422-2018-INA; 5226-2018-INA; 5674-2018-INA; 7368-2019-INA; 7760-2019-INA; entre otros.

del juzgamiento, **en el logro de la tutela judicial efectiva**” (ROL 1130-2008-INA¹⁸; énfasis añadido).

189. Podemos observar entonces que ha sido sostenido consistentemente por esta Excma. Judicatura que uno de los aspectos esenciales de la garantía del justo y racional procedimiento, es **el derecho a la acción**, la cual debe ser conocida **oportunamente**, con la finalidad que **un tribunal imparcial e idóneo** conozca de la misma, **resolviendo conflictos de relevancia jurídica con plena observancia de las garantías constitucionales, dando eficacia al Estado de Derecho**.
190. Se debe permitir a las personas el tener acceso a la judicatura, para que ésta cautele de manera oportuna sus derechos y pueda resolver la controversia jurídica, ya que sólo de esa manera pueden evitarse perjuicios irreparables.
191. Desde esta perspectiva, **es claro que los preceptos impugnados importan una vulneración a esta garantía**, toda vez que, tal como se desarrolló supra, imponen un régimen según el cual los Bancos no son capaces de acceder a la cautela judicial efectiva para retardar o evitar la cancelación de los cargos/restituir los fondos asociados a los reclamos interpuestos por sus clientes en los términos del artículo 4 de la Ley 20.009.
192. Esto tiene consecuencias inaceptables. En la práctica, la interposición del reclamo depende exclusivamente del cliente, quien sólo debe cumplir con los requisitos formales de presentarlo en el plazo que establece la ley, e indicar que desconoce una o varias operaciones bancarias. **No existe ningún tipo de control de fondo respecto del reclamo**, de lo cual se desprende inmediatamente que, **interpuesto que sea en forma el reclamo, el Banco se ve obligado a cumplir la obligación del artículo 5 de la Ley de Fraudes a todo evento**, porque no cabe realizar ningún tipo de cuestionamiento a la veracidad del reclamo.
193. El Banco **no tiene alternativas oportunas y eficaces para retrasar o evitar el pago de estas sumas**, por cuanto la única acción que le entrega la ley es la que se interpone ante Juzgado de Policía Local, y

18 En el mismo sentido: 2371-2012-INA; 2372-2012-INA.

únicamente respecto de aquella parte de las operaciones que exceda del valor de 35 UF.

194. En otras palabras, **no existe derecho a la acción**, lo cual tiene por consecuencia, **que no puede accederse tampoco al justo y racional procedimiento que la Constitución garantiza, para resolver este conflicto de relevancia jurídica.**
195. A mayor abundamiento, en caso de que el Banco sea demandado por el incumplimiento de la obligación, **tampoco podrá interponer como excepción que el cliente ha actuado con culpa grave o dolo, o incluso ilícitamente, salvo que aquello sea determinado por el Juzgado de Policía Local en la forma que indica la Ley 20.009**, teniendo entonces que pagar, independiente de las legítimas sospechas que pueda tener respecto de la falsedad ideológica del reclamo de su cliente.
196. E, incluso más allá, si el Banco lograra probar la culpa grave o dolo de su cliente, **igualmente estaría abierto a ser sancionado administrativamente por medio de multa, por cuanto la interpretación de la CMF importa que la obligación es irrestricta y, por ende, el incumplimiento, incluso el racionalmente justificado por motivos de autofraude, podría ser castigado, por el sólo hecho de incumplir.**
197. Lo anterior se configura, entonces, **como una clara infracción al derecho al juicio racional y justo, contemplado en el artículo 19 N° 3 inciso sexto CPR.**

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 20 INCISO PRIMERO CPR.
VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUAL REPARTICIÓN DE LAS
CARGAS PÚBLICAS.

198. Seguidamente, cabe señalar que la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos de los preceptos impugnados genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 20 inciso primero CPR, que consagra el derecho a la igual repartición de las cargas públicas.

199. Respecto de aquella garantía, este Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido:

*“Las cargas públicas han sido entendidas como todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador, **debiendo ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa.** Por lo que la igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es, pues, **una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley**” (ROL 790-2007-INA¹⁹; énfasis añadido).*

*“Las cargas públicas pueden ser personales, cuando importan el ejercicio obligatorio de una actividad que se impone a la persona por el ordenamiento jurídico, o patrimoniales, cuando suponen una afectación patrimonial que también debe ser soportada obligatoriamente por la persona, como las multas o sanciones en dinero que imponen las autoridades dotadas de potestades fiscalizadoras. **La igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es una aplicación del principio general de igualdad ante la ley**” (ROL 755-2007-INA²⁰; énfasis añadido).*

200. La obligación contemplada en el artículo 5 de la Ley 20.009 es, indudablemente, una carga pública que se impone a los Bancos en cuanto a la función que cumple su giro.
201. Puede desprenderse de la Resolución Sancionatoria, la Resolución de Reposición y de la presentación de la CMF ante la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, que la Comisión estima que esta carga pública se encuentra justificada en el rol particular que ocupan los Bancos en el mercado financiero, y en la necesidad de mantener a salvo los derechos y la confianza de los clientes, lo cual a su vez debería mantener la salud en el sistema en general.

19 En el mismo sentido: 3063-2013-INA.

20 En el mismo sentido: 1254-2008-INA.

202. Sin embargo, si aquel es el caso, **esta carga impone un peso desproporcionado sobre los Bancos, ignorando la responsabilidad que le cabe a otros actores en el sistema y exponiéndolos a un daño tal que puede en sí mismo causar afectaciones negativas al mercado financiero.**
203. En definitiva, cuando inició la tramitación de la Ley 21.234, que modificó la Ley de Fraudes, su objetivo manifiesto era enfrentar de manera eficaz el aumento de los delitos de uso fraudulento de tarjetas de crédito, que había aumentado entre 2014 y 2015, y la forma en que nuevas formas de pago podrían aumentar el riesgo de los clientes de ser víctimas de estos, lo cual no era adecuadamente enfrentado por la Ley 20.009 hasta ese momento.
204. En lo que nos ocupa, el proyecto desde el inicio contempló la obligación del Banco de devolver los importes *“si corresponde”* en los casos de fraude (24 horas en el proyecto), haciendo especial mención a *“la prohibición de requerir el cumplimiento de condiciones para tales devoluciones, como la contratación de seguros (ampliamente presentes en el mercado) u otras medidas burocráticas”*.
205. Sin embargo, esta medida, ya sea como fue propuesta originalmente, o en la forma que tomó en la reforma legal resultante, **no resuelve el problema del fraude, sino que meramente traslada sus efectos, a la par que incentiva un nuevo tipo de fraude.**
206. En efecto, el objetivo era que los Bancos, al verse en la posición de tener que soportar por su cuenta los fraudes de los que sus clientes eran víctimas, establecerían mejores sistemas de seguridad para sus servicios, reduciendo con esto los casos de fraude.
207. Sin embargo, esto ignora que, independiente de lo que pueda sostener al respecto la CMF, **es igualmente responsabilidad de los clientes el mantener a salvo sus tarjetas y sus datos bancarios**, por cuanto es el cliente, y sólo aquel, quien puede controlar sus hábitos bancarios y mantener el resguardo de aquella información que sólo debiera ser conocida por él.

208. Esto, naturalmente, debe entenderse en conjunto con el deber de los Bancos de establecer sistemas seguros para la realización de operaciones financieras, **pero la reforma claramente rompió este equilibrio, abandonándolo en su totalidad en manos del Banco, a quien pasa a corresponderle la satisfacción de los perjuicios alegados por sus clientes, incluso si aquellos no pueden acreditar el extravío, hurto, robo o fraude que supuestamente viene a fundar el desconocimiento de las operaciones objeto del reclamo.**
209. En vez de establecer un sistema de limitación de responsabilidad, lo que hace la nueva Ley de Fraudes es **hacer recaer toda la responsabilidad en el Banco**, correspondiéndole a esta Institución no sólo soportar inmediatamente los efectos de los fraudes (tanto verdaderos como falsos), sino que igualmente **probar judicialmente la responsabilidad de su cliente o de quien haya sido el autor del fraude, para recuperar los daños.**
210. Todo lo anterior, en circunstancias que es cuestionable que se encuentre justificado este abalance en las cargas, ya que, en cuanto ejecutores del giro, **los Bancos ya tienen incentivos para aumentar la seguridad de sus sistemas, y así lo han hecho en los últimos años**, tanto para cumplir de mejor manera sus obligaciones fiduciarias, como para competir de manera favorable con otros Bancos.
211. Sumado a lo anterior, hay antecedentes de peso para sospechar que la Ley de Fraudes no sólo ha fallado en su intento de reducir la comisión de fraudes bancarios, **sino que ha dado paso al aumento de los llamados autofraudes, en virtud de los cuales los mismos clientes simulan haber sido víctimas de un fraude para poder cobrar la devolución del dinero por parte de su Banco, sin tener que acreditar nada al respecto.** Esto es posible porque es el mismo cliente el que califica el haber sido víctima de un delito, sin intervención de ninguna entidad estatal externa.
212. Aquella es la mejor explicación disponible al radical aumento de operaciones reportadas como desconocidas por clientes en los últimos

años, que en el primer semestre de 2023 llegaron a 253.392 casos, muy superior a los 229.134 que se detectaron en todo el año 2021²¹.

213. De este total, Banco Estado recibió **123.831 avisos por desconocimiento de operaciones durante el primer semestre de 2023**, correspondiente al 48,8% del total.
214. Todo lo anterior se traduce, en la práctica, de que los Bancos se encuentran soportando **cargas desproporcionadas** para cuidar el funcionalmente del mercado financiero, a partir de una ley que crea nuevos incentivos a la comisión de fraudes, por la facilidad de su ejecución y éxito.
215. Aquello constituye, claramente, **una infracción al derecho a la igual repartición de las cargas públicas contemplado en el artículo 19 N° 20 inciso primero CPR**, por cuanto los Bancos pasan a tener que soportar cargas desproporcionadas frente a los demás actores del mercado financiero, afectando su patrimonio y, eventualmente, el mismo sistema que se busca proteger.
216. A modo meramente ilustrativo, la siguiente tabla representa el perjuicio patrimonial que tuvo que soportar Banco Estado durante el año 2023 con motivo de reclamos de clientes por la Ley de Fraudes:

Canal	2023												Total	
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre		
Compras y Giros Presenciales	Compras Presenciales TCR y TD	113	147	208	267	626	830	1.275	1.439	1.483	3.748	2.287	3.069	15.491
	TEF y Pagos Caja Vecina	9	10	10	14	20	19	29	12	31	46	60	137	397
	Giros ATM	357	425	644	826	1.429	2.014	2.993	3.891	8.282	21.251	21.594	13.761	77.468
	Giros Caja Vecina	56	64	155	380	915	1.092	1.316	1.384	1.327	1.182	860	1.228	9.958
	APP	150	177	304	268	396	323	423	334	291	173	135	161	3.134
	WEB	482	678	554	575	428	580	477	450	471	903	1.001	1.225	7.825
Comercio Electrónico Nacional	Débito	280	384	620	592	665	462	501	440	404	607	541	544	6.040
	Tarjeta de Crédito	61	110	139	110	105	99	94	158	103	143	182	163	1.467
Comercio Electrónico Internacional	Débito	281	376	514	564	616	498	602	518	524	660	658	732	6.543
	Tarjeta de Crédito	73	90	102	117	140	116	138	160	182	172	161	159	1.612
	Total	1.861	2.461	3.250	3.712	5.342	6.033	7.849	8.785	13.099	28.885	27.478	21.180	129.934

21 <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/asociacion-de-Bancos-la-ley-de-fraudes-con-tarjetas-se-esta-traduciendo-en-incidentes-de-seguridad-para-trabajadores-en-sucursales/3SU6BSISCVFUVPB7SHHEEO4JPM/>

**INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N°24 CPR. VULNERACIÓN AL
DERECHO DE PROPIEDAD.**

217. Finalmente, en lo que a garantías constitucionales se refiere, la aplicación en la gestión pendiente invocada en autos de los preceptos impugnados genera una inaceptable vulneración al artículo 19 N° 24 CPR, que consagra el derecho de propiedad.

218. Al respecto, este Excmo. Tribunal Constitucional ha caracterizado este derecho tal que:

*“Consiste en el derecho que tiene toda persona sobre los bienes corporales e incorporales que conforman parte de su patrimonio, que los ha adquirido por algún modo de aquellos establecidos en la ley, otorgándole la facultad de usar, gozar y disponer de ellos, estando sujeto a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, siempre que una ley así lo disponga. Este concepto constitucional del derecho de dominio **implica un amplio amparo del mismo sobre todos los bienes que conforman el patrimonio de una persona**. También el de una comunidad indígena”* (ROL 3949-2017-INA; énfasis añadido).

*“De acuerdo a los principios del constitucionalismo clásico que recoge nuestra Carta Fundamental la propiedad tiene un triple significado: i) como **derecho fundamental clásico**; ii) como parte de la Constitución económica y, iii) como parte de la Constitución cultural, que consiste en la conservación de la propiedad pública y en la limitación a desarrollar actividades que no atenten contra el patrimonio histórico, cultural o artístico”* (ROL 3086-2016-INA; énfasis añadido).

*“Se afecta la esencia de este derecho si **se le priva a su titular de aquello que le es consustancial**, de manera tal que deja de ser reconocible, que para el caso del derecho de dominio será **el impedimento o traba de usar, gozar y disponer de la cosa que le pertenece a su dueño**”* (ROL 3949-2017-INA; énfasis añadido).

219. Este derecho nos llama a analizarlo desde la perspectiva del Banco, así como la de sus clientes.

220. Respecto del Banco, en la especie, se afecta el derecho de propiedad en su esencia porque se fuerza al Banco a cancelar los cargos/restituir los fondos relacionados a las operaciones objeto de reclamo de sus clientes, **sin posibilidad de retrasarlo, impedirlo o reclamar de ello para valores iguales o inferiores a 35 UF**, quedando entonces cualquier opción de reclamación que pueda hacerse respecto de estos fondos sujeta a hacerse **después que la afectación se haya verificado**.
221. En otras palabras, según se ha desarrollado a lo largo de esta presentación, interpuesto que sea el reclamo en los términos del artículo 4 de la Ley 20.009, **el Banco se ve privado del dinero que es de su propiedad, debiendo cancelar cargos o restituir fondos incluso teniendo razones fundadas para sospechar que el reclamo de su cliente es ideológicamente falso, y no puede reclamar al respecto sin pagar previamente, bajo la amenaza de ser sancionado por medio de multa**.
222. Es innegable que, con el pago, se encuentra privado del uso, goce y disposición de este dinero, sin opción de cautela judicial efectiva y oportuna a este respecto, lo cual importa **una afectación en la esencia del derecho de propiedad, contemplado en el artículo 19 N° 24 CPR**.
223. Respecto de los clientes, no hay que olvidar que el negocio bancario importa no sólo la administración de los recursos propios de la institución, **sino también de los recursos de los clientes que los han confiado al Banco**.
224. Estos fondos, si bien pueden ser utilizados por el Banco para la realización de sus funciones, **no dejan por ello de ser de la propiedad de sus clientes**.
225. La CMF ha usado este hecho como un argumento a favor de su postura, al indicar que, al pertenecer estos dineros a los clientes, deben estar disponibles para su primer requerimiento, de lo que se desprende que es razonable esperar que el Banco devuelva el dinero asociado a las operaciones reclamadas en el plazo de cinco días hábiles que indica la ley.

226. Sin embargo, esta postura **ignora completamente la afectación que puede traer a los demás clientes los problemas de solvencia que puede causar el aumento de los reclamos injustificados constitutivos de autofraude.**
227. En efecto, una devolución a todo efecto de los montos asociados a reclamos constitutivos de autofraude **arriesga que el Banco tenga dificultad para responder a los requerimientos de dinero de sus demás clientes.**
228. Lo anterior, porque el dinero que debiera estar disponible para clientes que actúan de acuerdo a la ley, **termina siendo usado para satisfacer las exigencias de la norma impugnada, bajo la dura sanción de ser multado el Banco en caso de no cumplir con ellas.**
229. Esto importa **una vulneración a los derechos de propiedad de los clientes del Banco y, con ello, una afectación a lo indicado en el artículo 19 N° 24 CPR.**

VIII. DE LA VULNERACIÓN A LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO:

230. En el Capítulo Séptimo CPR, artículos 83 y siguientes, se establece el marco constitucional que regula la existencia y actividad del Ministerio Público.
231. El inciso primero del artículo 83 CPR establece una definición funcional del Ministerio Público en los siguientes términos:

*“Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, **dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito**, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, **ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley**. De igual manera, **le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos**. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales” (énfasis añadido).*

232. La facultad de ejercer la acción penal no es exclusiva del Ministerio Público, **pero sí es preferente a su respecto**. Su exclusión es siempre una circunstancia excepcional, y siempre fundada en el interés comprometido (como en los delitos de acción penal privada), o porque su presencia representaría un perjuicio para la causa (como es el caso del artículo 258 CPP, ya explorado).
233. Lo anterior, responde al deber que ha depositado en él tanto la Constitución, como el procedimiento penal reformado, cual es justamente permitir el paso de un sistema inquisitivo, con un juez que actúa al mismo tiempo como persecutor y juzgador, a uno acusatorio, manteniendo ambas funciones dentro del poder estatal, pero en órganos diversos e independientes el uno del otro.
234. Esto ha sido reconocido expresamente por este Excmo. Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:
- “Analizada la vasta jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal Constitucional, resulta claro que mediante la Reforma Procesal Penal se establecieron las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento a través del cual se garantizaría la imparcialidad e independencia del juzgador respecto del querellado. De este modo, para alcanzar dichos objetivos, se separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad. Para ello se llevó a cabo una reforma constitucional, posicionando al Ministerio Público con un rol protagónico dentro del proceso penal, pues en adelante será el órgano que dirigirá la investigación de forma exclusiva, a fin de propender a alcanzar uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal, separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas”* (ROL 13250-2022, Tribunal Constitucional).
235. De este modo, se torna inexplicable que, si la Ley 20.009 ha establecido un catálogo de delitos, humilde como es, los cuales los clientes pueden verse incentivados a ejecutar por las facilidades que a este respecto entrega la Ley de Fraudes, **el rol del Ministerio Público se encuentre comparativamente disminuido en el establecimiento de responsabilidades.**

236. Ciertamente, respecto de la comisión de los delitos contemplados en el artículo 11 de la Ley 20.009, será el Ministerio Público quien los investigue y, eventualmente, sostenga la acción penal pública que de ellos devenga.
237. Sin embargo, **esta acción se encuentra completamente divorciada y separada del establecimiento de responsabilidades por las operaciones no reconocidas por los clientes.**
238. Bajo el imperio del precepto impugnado, la investigación fiscal, las conclusiones que alcance, la formalización que curse y la acusación que eventualmente interponga, **no tienen impacto alguno en la obligación de los Bancos en el sentido de tener que cancelar los cargos o restituir los fondos asociados a las operaciones supuestamente desconocidas.**
239. En definitiva, esto significa una limitación injustificada a la facultad/deber del Ministerio Público por **adoptar medidas para la protección de las víctimas.**
240. El Ministerio Público, como sujeto procesal, actúa dentro del procedimiento penal, ante los tribunales de competencia penal. No tiene las mismas facultades o posición en el contexto de los procedimientos seguidos ante Juez de Policía Local.
241. Por consiguiente, todas las facultades que normalmente podría ejercer el Ministerio Público para la protección de las víctimas, los Bancos, se le encuentran vedadas, por un lado, **porque la obligación que obligaría a soportar este daño tendría un carácter irrestricto** -según la interpretación de la CMF- y, por el otro lado, **porque no tiene el carácter de sujeto procesal en el único procedimiento que eventualmente podría tener por efecto la limitación del daño causado.**
242. Por consiguiente, incluso participando de la investigación de los delitos de la Ley 20.009, pudiendo adquirir convencimiento respecto de la comisión de un ilícito, **no hay nada que pueda hacer el Ministerio Público para ejercer/cumplir su facultad/deber de proteger a las víctimas, o siquiera de evitar el agotamiento del delito que ha conocido, lo**

cual ciertamente importa una **vulneración a las facultades constitucionales del Ministerio Público, establecidas en el artículo 83 y siguientes CPR.**

IX. DE LA VULNERACIÓN A LAS FACULTADES Y COMPETENCIAS PROPIAS DE LOS JUZGADOS CON COMPETENCIA PENAL Y DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE SU ESTABLECIMIENTO:

243. El Capítulo Sexto CPR está destinado al Poder Judicial, estableciendo el marco constitucional sobre el que se desarrolla la operación jurisdiccional.

244. Conforme al artículo 76 CPR, un tribunal es caracterizado constitucionalmente tal que:

“Artículo 76: La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

245. Dentro de esta regulación, el artículo 77 CPR establece un mandato al legislador a crear una Ley Orgánica Constitucional que determine la organización y atribución de los tribunales. Su inciso primero indica:

“Artículo 77: Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados”.

246. La CPR se refiere en este artículo al Código Orgánico de Tribunales (en adelante, “COT”), que en su Título Segundo regula a los tribunales de base con competencia en lo penal, siendo estos los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

247. Respecto de estos tribunales, esta Excma. Magistratura ha indicado que:

*“Atendido el deber establecido en el artículo 5º de la Constitución Política, como también **la obligación del juez de cautelar los derechos de la víctima**, dispuesta en el invocado artículo 6º del Código Procesal Penal, resulta evidente que **el ordenamiento jurídico chileno ha asignado al tribunal criminal la responsabilidad de asegurar, de conformidad a la ley, la protección de los derechos del ofendido y querellante, así como de cualquier otra persona afectada por el proceso penal**” (ROL 1380-2009-INA²²; énfasis añadido).*

248. En otras palabras, **es un deber fundamental del Juzgado de Garantía el cautelar los derechos de las víctimas de delito**, lo cual se desprende de su función como tribunal contralor de las etapas de investigación e intermedia del procedimiento penal.

249. Esto es consistente con las funciones que el COT ha dado a estos juzgados:

“Artículo 14 inciso segundo COT: Corresponderá a los jueces de garantía:

*a) **Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal**” (énfasis añadido).*

22 En el mismo sentido: 1484-2009-INA

250. Por su parte, de conformidad al artículo 18 COT, es la competencia de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal:

“Art. 18. Corresponderá a los tribunales de juicio oral en lo penal:

a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía;

b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición;

c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral;

d) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y

e) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomiende”.

251. Son estos tribunales con competencia en lo penal, en cuanto insertos en la dinámica penal, los más capacitado, y a aquellos a quienes se ha entregado constitucional y legalmente la facultad/deber de proteger los derechos de los intervinientes, entre ellos la víctima de los hechos constitutivos de delito, pudiendo usar su facultad de imperio a este respecto, así como autorización legal para disponer medidas que podrían afectar garantías fundamentales de los intervinientes, para la protección de los demás y de la sociedad toda.

252. Sin embargo, en el contexto de los delitos de la Ley 20.009, esta facultad **se encuentra injustificadamente limitada**, por cuanto ni siquiera los jueces penales son capaces de suspender el cumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 5 de la Ley de Fraudes, según la interpretación que han hecho de ella la CMF y la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

253. Lo anterior, como hemos repetido en numerosas ocasiones, porque la única acción que pareciera tener la facultad de suspender el cumplimiento, es la que se interpone ante el Juzgado de Policía Local, y aquello sólo respecto de aquella parte en que se exceda de 35 UF.

254. Y esta suspensión no se desprende de una facultad protectora del Juez de Policía Local, sino que de la mera operación de la ley, que establece el ejercicio de esta acción de policía local como una alternativa a la cancelación/restitución que operaría en caso contrario respecto de aquellos montos en que excedan de 35 UF.
255. Y lo anterior es por la simple razón que **la función del Juez de Policía Local no es la cautela de los derechos fundamentales de los intervinientes**. No podría serlo, por cuanto su función natural es la solución de conflictos de una naturaleza jurídica distinta, cual es la razón por la cual los Jueces de Policía Local podrían incluso no ser abogados, una rareza dentro del sistema.
256. Entonces se genera una situación en que los tribunales naturalmente llamados a la cautela de las garantías de los intervinientes, los tribunales de competencia penal, **se encuentra injustificadamente limitados en el ejercicio de esta función**, por cuanto ni siquiera con su dictamen pueden ordenar la suspensión o retraso del cumplimiento de la obligación del artículo 5 de la Ley de Fraudes (tal como es interpretada por la CMF), **lo cual no hace sino confirmar la situación de indefensión en que se encuentra la víctima de los delitos de la Ley 20.009**.
257. Esto importa **una limitación injustificada a las funciones constitucionales y legales de los tribunales con competencia en lo penal, lo cual importa una infracción a las normas del capítulo sexto, artículos 76 y siguientes CPR**.
258. Lo anterior es relevante al caso concreto justamente porque Banco Estado podría legítimamente denunciar o querellarse respecto de algunos o todos los 488 casos que son objeto del reclamo ante la CMF, lo que sin embargo no haría nada para evitar la situación de indefensión en que se encuentra, por cuanto estos tribunales se encontrarían limitados en el ejercicio de sus funciones pro-cautelares.
259. Todo lo anterior debe leerse, además, en conjunto a las características particulares de los Juzgados de Policía Local: Tribunales comunales, que no pertenecen al Poder Judicial, **y respecto de los cuales sus jueces no**

necesariamente son abogados (artículo 2 inciso tercero de la Ley 15.231).

260. En consecuencia, los Juzgados de Policía Local se han caracterizado por la falta de uniformidad en su forma de operar, en los sistemas que utilizan, en las formalidades de los procedimientos y, más dramáticamente, en sus criterios a la hora de fallar.
261. Lo anterior responde a su objetivo: Son tribunales locales, pensados para la resolución de conflictos jurídicos de carácter comunitario y, en general, de baja cuantía, lo cual ha significado, en la práctica, que sean más laxos en su operación comparados con los tribunales ordinarios que sí forman parte del poder judicial.
262. Esto se traduce, en la práctica, en que **carezcan de las herramientas necesarias para identificar situaciones de autofraude, circunstancia con la cual incluso la CMF ha tenido problemas, pese a ser un órgano de carácter técnico y eminentemente vinculado al mercado financiero, como órgano regulador.**
263. Por lo mismo, como tribunal comunal y estando fuera del Poder Judicial, **carecen de las herramientas necesarias para proteger correctamente los derechos de los Bancos, tanto en su calidad de persona sujeto de derechos, como en su calidad de eventual víctima de un delito.**
264. Nada de esto es verdaderamente sorpresivo, considerando que la historia fidedigna de la ley da cuenta que no se eligió dar conocimiento de estas materias al Juzgado de Policía Local por sus particulares competencias, sino únicamente porque era más fácil garantizar de este modo el acceso de los clientes a ellos.
265. A mayor abundamiento, y como si fuera poco, los preceptos impugnados establecen que este tipo de reclamaciones se deben llevar ante los Juzgados de Policía Local y conforme a la Ley 19.496, Ley de Protección al Consumidor, cuestión que también es inconstitucional en el entendido de que vulnera principalmente las garantías del derecho a la igualdad

-consagrado en el artículo 19 N° 2 CPR- y al debido proceso -consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso sexto CPR.

266. Lo anterior ya que, al existir fraudes, en principio existen delitos que necesariamente deben ser conocidos por el Ministerio Público y los tribunales con competencia en lo penal, bajo el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, que conforme a su artículo 1:

“Artículo 1: Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Y conforme a su artículo 2:

“Artículo 2: Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

X. CASOS EN QUE ESTA EXCMA. MAGISTRATURA HA FALLADO EN UN SENTIDO SIMILAR A LO REQUERIDO:

267. Este requerimiento versa sobre materias que son similares a otras que han sido conocidas por este Excmo. Tribunal Constitucional que, sin ser idénticas, son análogas en el sentido que tratan con leyes que exigen la satisfacción de una obligación económica previo a que haya una cautela efectiva de los derechos del reclamante.
268. En particular, nos referimos a los requerimientos que ha conocido esta Excmo. Magistratura respecto del artículo 171 inciso primero del Código Sanitario y respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, ambas de ellas normas que exigían un pago previo a la reclamación judicial, obstaculizando el derecho al acceso a la cautela

judicial efectiva, y que actualmente se encuentran derogadas (el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario fue derogado por esta Excm. Magistratura, mientras que el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, fue derogado por la Ley 20.087):

Rol	Norma	Tipo de procedimiento	Resultado
792-2007	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido por 6 votos a favor y 2 en contra
1046-2008	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido por 7 votos a favor y 1 en contra
1061-2008	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 1 en contra
1253-2008	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 1 en contra
1262-2008	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido unánimemente
1279-2008	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Acogido unánimemente
1335-2009	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Inaplicabilidad	Declarada improcedente por estar derogada la norma
1345-2009	Artículo 171, inciso primero, Código Sanitario	Declaración de Inconstitucionalidad	Acogida la derogación por 8 votos a favor y 2 en contra
946-2007	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 1 en contra
968-2007	Artículo 474,	Inaplicabilidad	Acogido por 8

	inciso tercero, Código del Trabajo		votos a favor y 1 en contra
1332-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 6 votos a favor y 2 en contra
1356-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 2 en contra
1382-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 2 en contra
1391-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 2 en contra
1418-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 2 en contra
1470-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 2 en contra
1580-2009	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 1 en contra
1865-2010	Artículo 474, inciso tercero, Código del Trabajo	Inaplicabilidad	Acogido por 8 votos a favor y 1 en contra

XI. EFECTOS DE DECLARARSE LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO:

269. El efecto propio de que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la gestión pendiente de los preceptos legales impugnados será que **no podrá considerarse que la CMF sancionó válidamente a Banco Estado por infracción a la norma contemplada en el artículo 5 de la Ley 20.009, en relación al artículo 4 de la misma ley, en las partes impugnadas por este requirente, por encontrarse aquella fuera del cuerpo normativo aplicable al conflicto jurídico, por ser inconstitucionales.**
270. Por consiguiente, deberá declararse la ilegalidad de la sanción impuesta con respecto a aquella infracción, por carecer de sustento jurídico suficiente.
271. Igualmente, las consideraciones de la comisión en el orden de evaluar la gravedad y reiteración de la conducta infraccionaria que se funden en la norma impugnada igualmente tendrán que tenerse por ilegales, por carecer de sustento jurídico en el cual fundarse.
272. Lo anterior es relevante al caso concreto justamente porque Banco Estado podría legítimamente denunciar o querellarse respecto de algunos o todos los 488 casos que son objeto del reclamo ante la CMF, lo que sin embargo no haría nada para evitar la situación de indefensión en que se encuentra, por cuanto los Tribunales Penales se encontraría limitados en el ejercicio de su competencia a la hora de cautelar los derechos del Banco.

XII. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS VULNERA ARTÍCULOS CONSAGRADOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADOS POR CHILE:

273. El artículo 5° inciso 2 CPR establece que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales [...] el Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

274. Tales tratados internacionales encuentran las reglas de interpretación en la Convención sobre el Derecho de los Tratados o Convención de Viena de 1969, ratificada por Chile en 1981, en ella se señala en su artículo 26 y 27:

“26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

275. Así, se entiende que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile nos obligan como Estado a cumplir con las obligaciones internacionales a las cuales el Estado se ha comprometido, y a realizar dichas actuaciones de buena fe. Una de las obligaciones dice relación con adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales de derechos humanos contenidos en los tratados ratificados, de modo tal de no incurrir en responsabilidad internacional ante un posible incumplimiento.

276. En esta línea, hacemos presente que la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente invocada en autos genera una vulneración a los artículos 1, 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que detallaremos a continuación.

277. El precepto impugnado genera una vulneración en materia de igualdad ante la ley, este derecho está recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece lo siguiente:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

278. De la misma forma, este derecho está consagrado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

279. Tal como hemos referido en los acápites previos, en este caso nos enfrentamos a una situación irregular en que Banco Estado (así como otros organismos afectos a esta ley) no pueden acceder a un mecanismo idóneo y efectivo de cautela jurisdiccional respecto de sus derechos y de sus obligaciones, afectando directamente al Banco, pero cuyas consecuencias pueden repercutir en gran medida ante los clientes de dicha institución, por ejemplo, ante la falta de liquidez que puede tener el Banco, escenario del que ya hemos profundizado previamente.
280. Asimismo, al mantener la aplicación del precepto legal que se impugna se vulnera también el derecho a la igual protección ante la ley. Este derecho se consagra en los artículos 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*ver supra párrafo 274 y 275*).
281. Como ya se ha indicado precedentemente, el Banco está obligado a pagar a sus clientes aún cuando eventualmente estos puedan haber cometido el delito de autofraude. El Banco entonces, soporta el riesgo y la carga ante cualquier tipo de fraude sin que la persecución del delito y el resultado de ello tenga relevancia alguna para el proceso de restitución de fondo al cliente, pues, de no hacerlo, se enfrenta a sanciones administrativas, tal como ha sido evidenciado.
282. Lo anterior, resulta en una vulneración explícita al derecho de igualdad ante la ley y, además, atenta contra el derecho de propiedad consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus

bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

283. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido un concepto amplio de propiedad en su jurisprudencia²³. Apoyada en el texto convencional que reconoce a toda persona el derecho de uso y goce de sus bienes, entiende que “[l]os ‘bienes’ pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”²⁴. También ha señalado “que la propiedad es un concepto amplio que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”²⁵.
284. Este concepto incluye los derechos sobre obras intelectuales, derechos sobre acciones en una sociedad anónima y los llamados derechos adquiridos²⁶.
285. Así, en el caso en cuestión existe una afectación directa al derecho a la propiedad del Banco y, por ende, a los clientes, personas naturales que tienen sus fondos en dicha institución.
286. En consecuencia, el Banco debiera tener legitimidad para reclamar los daños generados a través de actos dirigidos a la empresa, situación que en la actualidad no ocurre, careciendo, como ya referimos, de los medios jurídicos idóneos y adecuados para cautelar el capital del Banco y su liquidez. Esto provoca que el riesgo asumido por el Banco sea desproporcionado y evidencia discriminaciones arbitrarias pues otras

23 Fuenzalida Bascuñán, Sergio. (2020). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana?. Estudios constitucionales, 18(1), 259-308. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100259>

24 Corte IDH Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (2001). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122. Cfr.

25 Corte IDH Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 399

26 Fuenzalida Bascuñán, Sergio. (2020). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana?. Estudios constitucionales, 18(1), 259-308. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100259>

personas jurídicas y/o naturales no se enfrentan la imposibilidad de no contar con medios y recursos judiciales idóneos y eficaces con la finalidad de cautelar y proteger sus bienes.

XIII. CONCLUSIONES:

287. La aplicación de las normas impugnadas a la gestión pendiente importa la infracción de las garantías constitucionales del artículo 19 números 2, 3, 20 y 24 CPR en aquellas partes que se ha desarrollado en esta presentación, así como representar una invasión de las funciones constitucionales del Ministerio Público y de los tribunales de justicia con competencia penal, contempladas en los artículos 83 y siguientes y 76 y siguientes CPR respectivamente.
288. Concretamente, las normas impugnadas dan paso a un sistema en virtud del que cualquier cliente del Banco puede, motu proprio, interponer un reclamo señalando que desconoce una o varias operaciones bancarias, las cuales en realidad sí realizó, pero en la medida que se realice el reclamo en la forma que indica el artículo 4 de la Ley 20.009, **no hay nada que pueda hacer el Banco más que cancelar los cargos o restituir los fondos asociados a las operaciones desconocidas, hasta el monto de 35 UF**, porque esa es la forma en que ha interpretado la norma la CMF en su rol contralor del mercado financiero.
289. Esto deja al Banco en una posición de indefensión, quedando privado de los derechos procesales de los que goza cualquier persona, así como de las garantías procesales de las que gozan normalmente las víctimas de delito, lo cual no es razonable, justamente porque sus deberes fiduciarios y su posición como actor del mercado financiero exigirían que hubiera una mayor protección de su patrimonio, no una menor protección del mismo, situación que además se ha traducido en una afectación desproporcionada de su patrimonio.
290. Se generan claras e inaceptables vulneraciones a las garantías del debido proceso, por cuanto se limita el acceso efectivo a la justicia, a la defensa jurídica en todas sus formas y al procedimiento racional y justo, que son mínimos de un Estado de Derecho, toda vez que se priva al Banco del acceso a la cautela judicial oportuna y se le obliga a soportar el

agotamiento de una conducta potencialmente delictual de la cual es víctima, antes de poder reclamar al respecto, bajo amenaza de ser sancionado con multa.

291. Estas vulneraciones constituyen, además, un desequilibrio en la repartición de las cargas públicas, sometiendo a los Bancos a una presión injustificada en cuanto a actores del mercado financiero, responsabilizándolos en su totalidad de la comisión de los delitos de fraude -algunos de los cuales son incentivados por la normativa-, sin considerar la responsabilidad que clientes y otros actores puedan tener en ello.
292. Y, a la vez, se vulnera el derecho de propiedad, tanto del Banco como de sus clientes, al forzar al Banco a soportar las pérdidas, incluso si se originan de comportamientos ilícitos, antes de poder reclamar de manera efectiva, bajo la posible sanción de multa en caso de no cumplir con ello, lo cual importa igualmente problemas de liquidez que afectan al Banco, a sus demás clientes y al sistema financiero en general.
293. Todo lo anterior, además, limitando el ejercicio cautelar que están llamados a ejercer tanto el Ministerio Público como los tribunales con competencia penal en el contexto de un procedimiento penal, respecto especialmente, pero sin ser excluyente, de la víctima, priorizando la actuación de un tribunal que no es parte del Poder Judicial, ni tiene las competencias requeridas para una efectiva protección de los derechos del Banco en cuanto persona jurídica y en cuanto víctima de fraude, y más grave aún, abstrayéndose del procedimiento aplicable para este tipo de casos, cual es el establecido en el Código Procesal Penal.
294. Todo lo anterior porque, en la práctica, el establecer una obligación de restitución cuyo nacimiento depende únicamente de que un cliente, de manera voluntaria, presente un reclamo desconociendo una operación, sin necesidad de acreditar nada y sin controles de fondo respecto del reclamo, **sí que se transforma en una obligación de cumplimiento a todo evento**, por cuanto no hay cuestionamiento de fondo que pueda realizarse ex ante del cumplimiento mismo, ni cautela jurisdiccional efectiva de los derechos del Banco en esta situación.

POR TANTO,

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 4 inciso quinto y 5, incisos primero, segundo, tercero y sexto, de la Ley 20.009 (también, "Ley de Fraudes") en la parte que indican:

Del artículo 4 inciso quinto: ***"corresponderá al emisor probar que ella fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre."***

Del artículo 5 inciso primero: ***"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."***

Del artículo 5 inciso segundo: ***"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."***

Del artículo 5 inciso tercero: ***"en el plazo anterior," , "de policía local" y "siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario."***

Del artículo 5 inciso sexto: ***"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"***.

Lo anterior, con el fin de que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dichos preceptos legales, toda vez que en el caso

concreto infringen principalmente los artículos los artículos 19 N° 2, 3, 20 y 24; 76 (y siguientes) y; 83 (y siguientes) CPR y aquellos contemplados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile; y que incide de manera decisiva en el recurso de apelación que está siendo conocido por la **Excma. Corte Suprema bajo el ROL 239.517-2023, y que ha sido añadido a la Tabla previo a su suspensión**, interpuesto por esta parte en contra de la sentencia definitiva recaída en el Reclamo de Ilegalidad conocido por la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo ROL Contencioso Administrativo 166-2023.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N°6 e inciso 11° del mismo artículo de la CPR, en relación a los artículos 32, 37 y 85 de la Ley Orgánica Constitucional del Excmo. Tribunal Constitucional, dado que la apelación se encontraba ya En Relación antes de que se suspendiera de común acuerdo por las partes, lo que hace inminente la vista de la causa y la dictación de sentencia de término en la misma, circunstancia que podrá tener consecuencias insalvables para esta parte, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicito a S.S. Excma. decretar la **suspensión de la causa seguida bajo el Rol de Ingreso N° 239.517-2023 de la Excma. Corte Suprema, correspondiente a apelación de la sentencia definitiva en los autos sobre reclamo de ilegalidad seguida bajo el Rol Contencioso Administrativo 166-2023 de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago.**

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, acceder a lo solicitado, decretando la suspensión del procedimiento.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, por este acto, vengo en acompañar, con citación, los siguientes documentos:

1. Certificado emitido por la Excma. Corte Suprema, respecto de la causa seguida ante ella, bajo el Rol de Ingreso N°239.517, el que reúne todos los requisitos señalados en el artículo 79 de la Ley 17.997.
2. Resolución Exenta N° 983 de 30 de enero de 2023, que aplica sanción de multa a Banco del Estado de Chile.

3. Resolución Exenta N° 1663 de 2 de marzo de 2023, que resuelve reposición deducida por Banco del Estado de Chile.
4. Reclamo de Ilegalidad presentada por Banco Estado con fecha 14 de marzo de 2023, que dio inicio a la Causa Rol Contencioso Administrativo-166-2023, de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.
5. Resolución de fecha 21 de septiembre de 2023 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol Contencioso Administrativo-166-2023, que rechaza el Reclamo de Ilegalidad interpuesto por Banco Estado.
6. Apelación interpuesta por Banco Estado con fecha 3 de octubre de 2023, en contra de la resolución de fecha 21 de septiembre de 2023 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol Contencioso Administrativo-166-2023.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tener por acompañados los documentos previamente individualizados.

TERCER OTROSÍ: Que, en conformidad al artículo 43 de la Ley N° 17.997, por este acto, vengo en solicitar a S.S. Excma., disponga que la admisibilidad del presente requerimiento sea conocida y fallada previa vista de la causa, ordenando los respectivos alegatos.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ: A fin de acreditar la representación invocada en lo principal de esta presentación, acompañó documento electrónico que representa copia fiel e íntegra de la escritura pública de mandato Judicial otorgado mediante Escritura Pública de 8 de noviembre de 2018 ante la Notario Público don FRANCISCO JAVIER LEIVA CARVAJAL, en la que consta mi personería para actuar en representación del **BANCO DEL ESTADO DE CHILE**.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tener por acompañado el documento previamente individualizado y por acreditada la personería invocada.

QUINTO OTROSÍ: Por este acto, vengo en conferir patrocinio y otorgar poder a los abogados, Sr. **CIRO COLOMBARA LÓPEZ**, cédula nacional de identidad N°10.220.552-9 y; Sr. **ALDO DÍAZ CANALES**, cédula de identidad N°15.335.526-6; domiciliados en Alonso de Córdova 4355, piso 14, comuna de

Vitacura, ciudad de Santiago, quienes podrán actuar en forma conjunta o separada, indistintamente, y firman en señal de aceptación.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tenerlo presente.

SEXO OTROSÍ: Que, por este acto, venimos en delegar poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, Sr. **DARÍO ANDRÉS NORAMBUENA BURGOS**, cédula nacional de identidad N° 19.838.432-1, domiciliado en Alonso de Córdova 4355, piso 14, comuna de Vitacura, ciudad de Santiago, quien podrá actuar en forma conjunta o separada a los patrocinantes, indistintamente, y firma en señal de aceptación.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tenerlo presente.

SÉPTIMO OTROSÍ: Que, para efectos de notificaciones, se encuentran habilitadas las siguientes casillas de correo electrónico: ccolombara@colombara.cl, adiaz@colombara.cl y dnorambuena@colombara.cl.

SÍRVASE EXCMO. TRIBUNAL, tenerlo presente.

