Puerto Montt, cinco de junio de dos mil diecinueve.

VISTO:

Con fecha 03 de abril de 2019, compareció don **Sergio Esteban Zapata Rojas**, abogado, domiciliado en calle Antonio Varas N° 216, oficina N° 306, en Puerto Montt, en representación de **Sergio Zapata Barra y Compañía Limitada**, del giro servicios contables, representada legalmente por don **Sergio Ramón Zapata Barra**, ambos domiciliados en calle Antonio Varas N° 216, oficina N° 504, en Puerto Montt, e interpuso recurso de protección en contra del **Banco Security**, del giro de su denominación, representado por doña **Lorna Wiederhold Reyes**, ignora oficio, ambos con domicilio en calle Guillermo Gallardo N° 132, en Puerto Montt, en razón de lo siguiente:

Es cuenta correntista del Banco. El 06 de febrero de 2019, su dependiente doña María Gloria Ulloa Ulloa, contador auditor, al verificar la cuenta corriente se percata de una operación bancaria irregular o anormal efectuada a un tercero por la suma de $3.000.000. Los fondos fueron transferidos a la cuenta de un tercero, de nombre Robinson Patricio Poza Arancibia, RUT Nº 17.608.273-9, a quien no conocen, siendo éste el destinatario de los dineros defraudados. Se contacta con el Banco y realiza denuncia criminal el 06 de febrero de 2019, RUC N° 1900147136-0. Se dio origen al reclamo Nº 795.690, el cual es desestimado, porque las transacciones cuestionadas fueron realizadas dentro de un flujo normal y validadas, por lo que cualquier anomalía se la imputan a su parte. El 12 de marzo manifiestan su desacuerdo, atendido que fallaron los sistemas de seguridad del Banco, ya que no validaron la transferencia a una persona desconocida y no limitaron o restringieron el monto, lo que resulta habitual a este tipo de operaciones, siendo un hecho público y notorio que es el proceder regular de los Bancos ante situaciones como las descritas, conducta que la recurrida no siguió como aconseja la prudencia y el marco regulatorio. En este sentido, citó recopilación actualizada de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, organismo público cuyo mandato es

XJDGKXXLWH

supervisar dichas instituciones, para sostener que ha extremado los requisitos para que los bancos puedan utilizar estos sistemas de transferencia electrónica de fondos, exigiendo de ellos los más altos estándares de seguridad en protección de los fondos de sus clientes, se preocupa incluso, y expresamente, de hacer una exigencia especial para prevenir justamente el caso que nos ocupa. En consecuencia, la recurrida hizo tabla rasa con las instrucciones de la Superintendencia y ha vulnerado el derecho de propiedad sobre los $3.000.000, que sin la autorización de su parte salieron de su cuenta corriente, configurándose de este modo el acto arbitrario e ilegal, citando en este punto jurisprudencia al efecto.

Por lo tanto: solicitó se ordene a la recurrida restituir a la cuenta corriente de su parte los $3.000.000 que emigraron de la cuenta corriente Nº 917055822, del Banco Security, cuyo titular es el actor, sin la correspondiente autorización, o lo que determine, con costas.

Con fecha 16 de abril de 2019, informó don **Marcelo Anibal Pereira Soto**, abogado, en representación del **Banco Security**, sociedad anónima bancaria representada por su gerente general don Bonifacio Bilbao Hormaeche, ambos domiciliados en calle Apoquindo N° 3100, en Las Condes, en el siguiente sentido:

Efectivamente la sociedad es titular de una cuenta corriente en su institución, además, que respecto de la operación, esta fue realizada bajo la operatoria normal definida para este tipo de transacciones, desde la IP 200.72.158.97, bajo flujo normal de navegación, y con la correcta validación de la tarjeta de Coordenadas y con el login conectado correspondiente al RUT N° 10.965.905-3 correspondiente a doña Maria Gloria Ulloa Ulloa, contadora de la empresa recurrente, situación que la recurrente reconoce en la descripción de hechos que sirven de antecedente a su recurso, plasmados en el parte policial que acompaña. Por lo que todo movimiento efectuado con autenticación del cliente y validación de clave de tarjeta de coordenadas, sería de responsabilidad de la

XJDGKXXLWH

cliente. Así las cosas, no ha existido ninguna acción u omisión ilegal o arbitraria que pueda imputársele.

Señaló que el contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato de carácter oneroso que reporta beneficio a ambas partes, y por ello, el grado de culpa de que se responde en el cumplimiento de las obligaciones asumidas es el de culpa leve, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, norma de comportamiento con la cual ha cumplido. En efecto, ha adoptado todas las medidas de seguridad que se encuentran a su alcance, además, en el portal web del Banco se contempla permanentemente información relativa a recomendaciones de seguridad.

Agregó, que estamos en presencia, aparentemente por cuanto desconocen el resultado de la investigación criminal que se indica existe en este procedimiento, del actuar de un tercero que, ingresa a la IP de la recurrente, administrada por la propia recurrente, y con ello a su cuenta corriente a través de los datos de coordenadas por ella misma entregados. En este sentido, el uso de tarjetas de débito o medios electrónicos en general, demanda la utilización de resguardos especiales por parte de sus titulares. En este caso, y tal como lo ha reconocido el recurrente, ha sido su propia actividad la que ha entregado a estos terceros los mecanismos de seguridad necesarios para la realización de la transferencia electrónica que impugna, no obstante ser esta entrega la causa inmediata de dicha transferencia, actuación que no le resulta imputable, citando jurisprudencia al efecto.

En este contexto, lo que se le imputa es la infracción de un deber u obligación contractual, respecto de la cual existe precisamente discordancia entre las partes de la relación, por lo que no puede ser el recurso de protección el mecanismo idóneo para el conocimiento de lo pretendido por la parte recurrente, al no existir un derecho indubitado comprometido que permita excluir el conocimiento del asunto de un juicio de lato conocimiento.

Por lo tanto: solicitó rechazar el recurso de protección.

CONSIDERANDO:

XJDGKXXLWH

PRIMERO: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio, y que permite, en definitiva, poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales del Tribunal competente, en orden a restablecer, de un modo rápido, inmediato y directo, el imperio del derecho y las garantías fundamentales de cualquier persona.

SEGUNDO: Que, como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en este sentido, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera, o bien, arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en acto, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza y que, enseguida provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado por la norma constitucional, contrariando una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que se ha propuesto en el presente caso.

TERCERO: Que, en este sentido, la acción de protección tiene como particularidad ser cautelar y no principal, ello quiere decir que la resolución que recaiga en ésta, produce cosa juzgada formal y solo substancial respecto a otras acciones de protección posteriores, lo que entrega la posibilidad de hacer valer otros derechos en materias y procedimientos distintos.

CUARTO: Que, el acto ilegal y arbitrario alegado por la recurrente radica en que se ha vulnerado su derecho a la propiedad,

XJDGKXXLWH

por la transferencia por un monto de $3.000.000 desde su cuenta corriente a la de un tercero extraño, privándosele de dichos dineros.

QUINTO: Que, como ya se ha sostenido por esta Corte, necesario resulta señalar que el recurrente tiene la calidad de cliente cuenta correntista del recurrido, vale decir, ambos se vinculan en virtud de un contrato especial de depósito, denominado cuenta corriente. Entre las obligaciones de la cuenta correntista está la de mantener dineros en la cuenta corriente y entre las del banco está la de resguardar aquellos fondos y aplicarlos de acuerdo a los deseos y necesidades del cliente. Lo anterior se desprende del artículo 40 de la Ley General de Bancos, que regula la actividad de estos, así como del artículo 1 del DFL 707, que define el contrato de cuenta corriente. Además, que lo que se deposita en el banco es dinero, como ya se ha dicho, o sea un bien fungible, por lo que ese depósito es irregular, de suerte que al término del mismo, el banco ha de devolver una cantidad igual a la depositada, más no necesariamente el mismo dinero, la especie o cuerpo cierto. Sobre el referido contrato el profesor Alejandro Guzmán Brito ha dicho que es aquel contrato de depósito que sus partes, sin error ni simulación y con deliberación, hacen recaer sobre fungibles, sean o no consumibles. La irregularidad estriba en que el depósito debe tener por objeto a cosas infungibles e inconsumibles (y entonces se le da el nombre contrario de “regular”); en el entendido de que depositar un cofre, arca, caja o cualquier otro recipiente en donde se contengan fungibles, pero de tal modo encerrados ahí que no puedan ser extraídas sin fracturar el recipiente, es sin más un depósito del todo regular, porque en tal caso el continente –que es lo depositado infungibiliza al contenido. (El depósito irregular en el derecho chileno. Revista Chilena de Derecho Privado N°23 pp. 87-137. Diciembre 2014).

SEXTO: Que, Ahora bien, para el asunto que nos ocupa y siguiendo la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, tanto voto de mayoría como la prevención en sentencia Rol N° 2196-2018 de fecha 20 de junio de 2018, el Banco como parte contratante en el depósito

XJDGKXXLWH

irregular recibe dinero en propiedad, la suma se confunde en su patrimonio, pues tal contrato constituye un título traslaticio de dominio, por tanto dispone del dinero por ser suyo y el cliente dispone del dinero a pesar de no ser suyo. Así también por el contrato de depósito nace la obligación para el Banco de restituir el dinero aportado y por lo mismo la de custodiarlo, mientras que el depositante tiene un derecho para exigir la restitución de la suma depositada.

SEPTIMO: Que, así las cosas, respecto a los presupuestos fácticos fundantes del presente arbitrio, el recurrente le ha imputado al Banco haber permitido que una tercera persona extraña a él y con quién no posee relación contractual alguna, haya transferido desde su cuenta corriente y los productos asociados a la misma, la suma total de $3.000.000, sin su autorización ni consentimiento, atribuyendo a la institución responsabilidad por cuanto no contó con los medios de seguridad adecuados para evitar la sustracción de su dinero. Que, con la excepción de lo planteado por la recurrente acerca de la falta de seguridad, el Banco recurrido no ha discutido en modo alguno los hechos materia del recurso y funda el deber de su cliente, respecto a soportar el detrimento económico sufrido, en el hecho de que el o los autores de la transferencia de dinero, lo hicieron contando con claves de acceso de los productos correspondientes, lo que traslada la responsabilidad por el perjuicio causado al recurrente.

OCTAVO: Que, en este contexto, necesario resulta concluir que la víctima del fraude ha sido el recurrido y no el recurrente, por cuanto ha sido el propio Banco el engañado por un tercero o terceros que mediante ardides y subterfugios cibernéticos, le han hecho creer que se trata de un verdadero cliente para que así, confiando en la relación contractual existente le libre los fondos solicitados, cuestión que en definitiva ocurrió. De lo dicho y considerado precedentemente necesario resulta concluir que el Banco no podrá excusarse, en el uso irregular de las claves secretas por parte del cliente, para no restituir los fondos sustraídos ilícitamente.

XJDGKXXLWH

NOVENO: Que, a mayor abundamiento y respecto a la seguridad de las transacciones electrónicas, cada vez que las instituciones bancarias o financieras ofrecen a sus clientes la posibilidad de desarrollar por vía electrónica operaciones de transferencias de fondos u otras, se asume que aquéllas deben asegurar sus fines sustrayendo de cualquier menoscabo a quienes, guiados por los beneficios de rapidez y precisamente mayor reserva y seguridad, deciden utilizar estos métodos. Por lo mismo el Banco debe asegurar que las operaciones de que se trata solo puedan ser realizadas por personas autorizadas para ello, cuestión que en la especie no ha ocurrido.

DECIMO: Que, en consecuencia, a la luz del presente recurso y del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que garantiza a todas las personas, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes y cuya perturbación se reclama, el recurrente se ha visto privado de dinero por la suma de $3.000.000, por uno o varios hechos que no se le pueden imputar, tal como ha querido el Banco recurrido, cuyo sistema computacional se ha visto afectado, sirviendo como medio o instrumento para la consumación de los hechos descritos.

DECIMO PRIMERO: Que, la enmienda solicitada a esta Corte apunta a mantener a las partes en el equilibrio que existía al momento de ocurrido el hecho vulneratorio, cuestión que obra con independencia de las otras vías que existan para debatir el fondo del asunto ante el tribunal competente, tanto sobre la base del contrato de cuenta corriente y tarjeta de crédito que une a los involucrados, cuanto con ocasión de las responsabilidades penales que pudieran indagarse. Asimismo, es menester anotar, siguiendo en ello a los profesores Miriam Henríquez y Eduardo Aldunate, que la propia naturaleza de este recurso propende, especialmente entre particulares, más que a un examen y resolución de fondo del asunto, a la colocación de las partes en condiciones de solucionar su controversia por medios jurídicamente idóneos, por los procedimientos legales

XJDGKXXLWH

correspondientes, en tanto la presente sólo tiene por finalidad remediar las posibles vías de hecho.

DECIMO SEGUNDO: Que, así las cosas, de lo expuesto y considerado, resulta evidente el carácter arbitrario e ilegal de la conducta adoptada por la entidad bancaria recurrida, en tanto importa su renuencia a asumir sus obligaciones de resguardo respecto de los fondos de la cuenta corriente y tarjeta de crédito contratadas, conculcándose con ello gravemente el derecho de propiedad que a la parte recurrente le garantiza el artículo 19 N° 24 de la Constitución, en la especie, sobre sus dineros y crédito pues aquél se concretiza en todas sus formas, garantía que sólo puede ser restablecidas con el reembolso del detrimento sufrido.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y lo establecido en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE DECLARA**: Que **SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por el abogado don **Sergio Esteban Zapata Rojas**, en representación de **Sergio Zapata Barra y Compañía Limitada**, representada legalmente por don **Sergio Ramón Zapata Barra**, en contra del **Banco Security**, representado por doña **Lorna Wiederhold Reyes**, ya individualizados, en consecuencia, el banco recurrido debe restituir al actor la suma de $3.000.000 (tres millones de pesos).

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol 514-2019.

Gladys Ivonne Avendano Gomez
Ministro(P)
Fecha: 05/06/2019 15:26:40

Mirta Sonia Zurita Gajardo
Fiscal
Fecha: 05/06/2019 15:26:40

XJDGKXXLWH

Mauricio Antonio Cardenas Garcia
Abogado
Fecha: 05/06/2019 15:26:41

XJDGKXXLWH

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Ministra Presidente Gladys Ivonne Avendaño G., Fiscal Judicial Mirta Sonia Zurita G. y Abogado Integrante Mauricio Antonio Cardenas G. Puerto Montt, cinco de junio de dos mil diecinueve.

En Puerto Montt, a cinco de junio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XJDGKXXLWH

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antartica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.