

Concepción, veinticinco de junio de dos mil diecinueve.

VISTO:

Se dictó sentencia definitiva de 21 de agosto de 2018 por la Jueza titular del Primer Juzgado Civil de esta ciudad, doña Margarita Sanhueza Núñez, mediante la cual: a) rechazó las tachas opuestas por el demandante; b) rechazó la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios; c) acogió la demanda subsidiaria de cumplimiento de contrato solo en cuanto el banco demandado deberá reversar la suma de \$1.867.948.-, debiendo adicionar a la misma los cargos, comisiones e intereses cobrados por el uso de la línea de crédito por este evento, más reajustes conforme a la variación del IPC entre la fecha en que debió ser reversada y su pago efectivo, y, además, intereses corrientes para operaciones reajustables desde la misma época y hasta el pago efectivo; d) rechazó la demanda en cuanto a la indemnización de perjuicios pretendida; e) acogió excepción de responsabilidad de la víctima, rechazándose, en consecuencia, la demanda de indemnización de perjuicios en sede contractual igualmente impetrada por vía subsidiaria; y f) se declaró que cada parte pagará sus costas.

En contra de dicho fallo la parte demandante dedujo recurso de casación en la forma y de apelación, fundándolos en las razones que adujo.

El recurso de casación fue oportunamente declarado admisible.

CONSIDERANDO:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que la parte demandante interpuso recurso de casación en la forma en contra de la referida sentencia, fundándose, en síntesis, en que dicho fallo habría incurrido, primero, en la causal de casación del artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil, por el vicio de *ultrapetita*, por haber acogido una excepción de responsabilidad de la víctima, no opuesta por la demandada; y por cuanto el fallo desechó la acción subsidiaria de indemnización de perjuicios en sede contractual, lo que era improcedente, desde que esta última acción se dedujo sólo para el evento de que no se acogiera la demanda de cumplimiento de contrato, que fue lo que hizo parcialmente la sentencia recurrida, por lo que la misma no se podía pronunciar sobre esta última acción subsidiaria; y, segundo, fundado en el artículo 768 N°5, en relación con el artículo 170 N°4, ambos del Código de



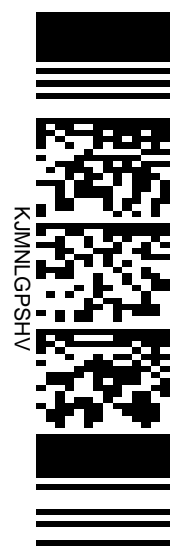
Procedimiento Civil, toda vez que la sentencia A.- omitió considerar la petición de inhabilidad del testigo Donald Cádiz Ruiz respecto de la causal del N°6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil; B.- carece de consideraciones de hecho y derecho que le sirvan de fundamento, atendido que la sentencia: a) no enuncia ni se pronuncia sobre la causal de inhabilidad del N°6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, respecto del testigo Donald Cádiz Ruiz; b) contiene consideraciones incongruentes e incompatibles con la decisión adoptada respecto de las causales de inhabilidad de los testigos Donald Cádiz Ruiz, Eduardo Valenzuela Riveros y Christian Medina Matamala; c) no contiene referencia alguna a una de las cuestiones controvertidas del pleito, esto es, la imposibilidad del demandante de dar orden de no pago a los cheques hurtados; d) carece de consideraciones que justifiquen la alteración del *onus probandi* en el considerando 15º, sin dar razones para ello; e) no valora la prueba pericial rendida en autos; y C.- no resuelve la petición de inhabilidad del testigo Donald Cádiz Ruiz por la causal del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

Estos vicios, argumenta, anulan la sentencia impugnada, por lo que solicita se la invalide y se dicte acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una de reemplazo que, junto con acoger las tachas deducidas en contra de los testigos de la demandada, acoja en su totalidad la demanda de autos en la forma propuesta, con costas.

SEGUNDO: Que, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso penúltimo, el cual dispone que la Corte podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo, es decir, cuando el vicio es reparable por una vía que evite la nulidad de la sentencia. De manera que en esta causa, aun que fueran efectivas las deficiencias invocadas, esta Corte estima del caso aplicar dicha normativa y, conforme a ésta, tal reproche puede eventualmente corregirse por la vía del recurso de apelación que también dedujo el recurrente.

TERCERO: Que conforme a lo señalado, el recurso de casación en la forma interpuesto por el demandante, no puede prosperar.

En cuanto al recurso de apelación:



Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de sus fundamentos 1º, 2º y 3º que se eliminan. Y teniendo en su lugar y, además, presente:

En cuanto a la impugnación sobre la decisión recaída en las tachas:

CUARTO: Que, en la audiencia testimonial de la parte demandada de fojas 157, el demandante tachó al testigo Donald Alfredo Cádiz Ruiz, por la causal del numeral 6º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundado en la calidad de mandatario y representante de la parte demandada que detenta el testigo; y, además, respecto del mismo Donald Alfredo Cádiz Ruiz, del testigo Eduardo Gabriel Valenzuela Riveros y del testigo Christian Rodrigo Medina Matamala, interpuso tacha por la causal del número 5º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por vía principal, y por la causal del número 4º del mismo artículo, por vía subsidiaria, fundado en que los tres testigos son trabajadores de la parte que exige su testimonio o al menos dependientes de la misma, prestando habitualmente servicios retribuidos a la parte que los presenta como testigos.

QUINTO: Que la parte demandada pidió el rechazo de las tachas interpuestas. En cuanto al testigo Donald Alfredo Cádiz Ruiz, atendido que el banco demandado es una sociedad anónima bancaria, la que se encuentra dirigida, en cuanto a sus funcionamientos organizacionales por un directorio, el cual es independiente en cuanto a sus directrices e instrucciones de los empleados y funcionarios que prestan servicios remunerados para ella. De este modo, ejerciendo el testigo sus funciones con independencia e imparcialidad respecto de su empleador, concluye, no es inhábil. Que, en relación con los tres testigos tachados por la causal del N°5 y, en subsidio, N°4 del artículo 358, solicitó el rechazo de la tacha dado que, si bien el demandado es empleador de los testigos, no les imparte directrices ni instrucciones y éstos se encuentran amparados por la garantía constitucional de la libertad de trabajo, establecida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, la cual le permite ejercer su labor o empleo con independencia e imparcialidad de la parte que lo presenta como testigo en este juicio.

SEXTO: Que el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, dispone que son inhábiles para declarar N°6: *“los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito*



interés directo o indirecto”; también son inhábiles para declarar, N°5: “*los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio*”; y, N°4: “*los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente*”; agregando este último numeral que: “*se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa*”.

SÉPTIMO: Que es un hecho que consta en la causa, que el testigo Donald Alfredo Cádiz Ruiz es mandatario del banco demandado y con facultades de actuación judicial. Que la calidad de mandatario de la demandada de este testigo, labor que ejerce precisamente en este proceso, a juicio de esta Corte, no lo inhabilita dado que el interés, directo o indirecto, que exige el N°6 del Artículo 358 citado, ha de ser pecuniario, estimable en dinero, cierto y material. Luego, debe desestimarse la tacha deducida en contra de este testigo por esta causal, dado que de sus dichos no se desprende que exista tal interés pecuniario, limitándose el testigo a reconocer la calidad de mandatario y empleado del banco.

OCTAVO: Que es un hecho reconocido por los testigos Donald Alfredo Cádiz Ruiz, Eduardo Gabriel Valenzuela Riveros y Christian Rodrigo Medina Matamala, que el banco demandado es su empleador, esto es, existe a su respecto un vínculo de subordinación o dependencia, por lo que nos encontramos en el supuesto que contempla el N°5 del artículo 358, ya citado. No se comparte por esta Corte la opinión de la jueza *a quo* en el sentido que los artículos 2 y 485 del Código del Trabajo, amparen a los trabajadores de un modo que permita considerar que esta causal de inhabilidad no les es aplicable, pues la norma legal es clara bastando para acoger esta tacha el hecho objetivo -reconocido por los testigos- de ser trabajadores de la parte que los presenta. Desde el punto de vista constitucional, además, dicha inhabilidad, garantiza el debido proceso consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 3, inciso sexto, el cual, entre otras cosas, supone que los testigos que declaren en juicio sean imparciales.

NOVENO: Que, de esta forma, los tres testigos individualizados, son inhábiles para declarar por la casual del N°5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y así se declarará en la parte resolutive, enmendando lo resuelto en primer grado. Atendido lo anterior, no se emitirá pronunciamiento



respecto de la causal de inhabilidad interpuesta subsidiariamente del N°4 del artículo 358 del mismo código.

En cuanto a la impugnación sobre la decisión de fondo:

DÉCIMO: Que, como señala el fallo de primera instancia, no se acreditó en estos autos que el banco demandado debiera tener operativo un sistema para dar orden de no pago a los cheques vía internet, a través del sitio web del mismo banco, ello, según consta del contrato de cuenta corriente que une a las partes. En efecto, el referido contrato no establece ni en su cláusula 10° del párrafo 1° de la sección I, ni en la sección VI sobre Prestación de Servicios Automatizados (internet banking) la obligación del banco demandado de mantener operativo en su sitio web la opción de dar orden de no pago por esa vía. En cambio, sí se consigna, en el anexo del contrato de cuenta corriente sobre Servicio del Cliente, que era su obligación mantener un servicio telefónico de asistencia al cliente las 24 horas del día, además de *“un número exclusivo de atención para emergencias bancarias, tales como órdenes de no pago, bloqueos de tarjetas de crédito, bloqueos de tarjetas de débito, bloqueo de tarjeta de coordenadas y bloqueo de clave móvil (pictograma). Para acceder a este número el titular no requiere clave y puede llamar las 24 horas del día desde red fija o celular al 800 220 022.”*.

UNDÉCIMO: Que, de esta forma, no estando contemplada en el contrato de cuenta corriente la obligación del banco de mantener operativo en su sitio web la opción de dar orden de no pago, correspondía al demandante probar que el banco sí tenía dicha obligación, cosa que no hizo. Que, además, el demandante tampoco invocó o acreditó que los canales que el contrato de cuenta corriente otorga a sus clientes para comunicarse con el banco por vía telefónica no estuvieran operativos el día 8 de abril de 2013. Que, de esta manera, es improcedente exigir al banco acreditar que el sistema no estaba habilitado. Por ello, el considerando 15° del fallo en alzada, correctamente así lo declara, no visualizándose en tal hecho una alteración infundada del *onus probandi*.

DUODÉCIMO: Que, la única obligación incumplida por el banco acreditada en autos, corresponde a la omisión de reconocer el pago que el demandante hizo de su tarjeta de crédito, el día 25 de julio de 2013, ascendente a la suma de \$1.998.749.- y cargar a la línea de crédito del



demandante, el 5 de agosto de 2013, la suma de \$1.867.948.- para pagar la misma tarjeta de crédito, atendido el PAC vigente.

DECIMOTERCERO: Que procede, de esta forma, como resolvió el tribunal *a quo*, que el banco demandado devuelva al demandante la suma de \$1.867.948.- más las comisiones, reajustes e intereses devengados por la línea de crédito, originados en la conducta del demandado. Se ordenará que la suma de \$1.867.948.- más intereses y reajustes, sean pagadas y no reversadas al demandante, como lo resolvió el tribunal *a quo*, por haberlo así solicitado el actor en su demanda y en su escrito de apelación. Que, en lo que se refiere a las comisiones e intereses devengados por la línea de crédito, originados en la conducta del demandado, deberán ser reversados como lo solicitó el demandante en su demanda y apelación.

DECIMOCUARTO: Que, en lo que se refiere al peritaje, esta Corte comparte la opinión de la jueza *a quo* en cuanto a que no debe ser considerado, dado que, como señala el fallo de primera instancia, “no se condice con el mérito del proceso”. En efecto, el peritaje concluye, en el segundo escenario, esto es considerando sólo el cargo indebido de \$1.867.948, que el valor total adeudado por el banco es la suma de \$6.710.794. Sin embargo, como indica en sus conclusiones finales, dicho valor considera “cobros en la cuenta corriente y línea de crédito de la demandante”; sin embargo, los cargos en la cuenta corriente no forman parte de lo que se condenará a pagar al demandado, ya que sólo lo serán los cargos a la línea de crédito. Además, no muestra el peritaje si los intereses cobrados corresponden sólo al cargo indebidamente realizado por el banco o incluye también el uso de la línea de crédito existente antes del 5 de agosto de 2013. Finalmente, y en relación con las comisiones, no queda claro del mismo peritaje si ellas fueron causadas por el hecho imputable al banco, por la mera existencia de línea de crédito o por su uso ya existente antes del 5 de agosto de 2013.

DECIMOQUINTO: Que respecto de la demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios, deducida en el segundo otrosí de la demanda de fojas 3 y siguientes, no se emitirá pronunciamiento atendido que la primera petición subsidiaria de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios, interpuesta en el primer otrosí de la misma demanda, fue



acogida parcialmente por la sentencia de primera instancia, decisión que esta Corte comparte.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 186 y siguientes y 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que **SE DESESTIMA**, sin costas, el recurso de casación en la forma enderezado por el demandante en lo principal de fojas 283 y siguientes, en contra de la sentencia definitiva de veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, escrita de fojas 262 a 279;

II.- Que **SE REVOCA**, sin costas del recurso de apelación, la referida sentencia en lo siguiente:

A.- En cuanto por su decisión I.- desestimó las tachas opuestas por la parte demandante respecto de los testigos Donald Alfredo Cádiz Ruiz, Eduardo Gabriel Valenzuela Riveros y Christian Rodrigo Medina Matamala; y, **en su lugar**, se decide que quedan acogidas las tachas del N°5 del mismo artículo en relación a estos tres testigos; no emitiéndose pronunciamiento respecto de la causal de inhabilidad alegada subsidiariamente, conforme a lo explicitado en el motivo noveno de la presente sentencia.

B.- En cuanto por su decisión V.- acogió la “excepción de responsabilidad de la víctima” (sic) y rechazó la demanda de indemnización perjuicios subsidiaria y, en su lugar, se resuelve que no se emite pronunciamiento sobre dichas cuestiones debatidas en razón de haberse acogido la primera acción subsidiaria enderezada en el primer otrosí de la demanda de fojas 3.

III.- Que **SE CONFIRMA**, en lo demás apelado, la aludida sentencia, entendiéndose que la acción de cumplimiento acogida por su decisión III.- dice relación con el “pago” de la suma de \$1.867.948 y no reversa como allí se señala.

Se deja constancia que para la redacción de este fallo se hizo uso de la facultad establecida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales, tal como consta de lo obrado a fojas 327 y 328.

Regístrese y devuélvase, en su oportunidad, con su custodia.

Redacción de la abogada integrante señora Riola Solano Guzmán.

No firma la ministra suplente doña Carmen Gatica Muñoz, en razón de haber cesado su suplencia y hallarse en su tribunal de origen

Rol N° **2470-2018**. Civil.





KJMNLGPSHV

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Cesar Gerardo Panes R. y Abogada Integrante Riola Solano G. Concepcion, veinticinco de junio de dos mil diecinueve.

En Concepcion, a veinticinco de junio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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 Antártica 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>.