Santiago, treinta de julio de dos mil veinte.

Al escrito folio N° 90211-2020: estése al estado de la causa.

Al escrito folio N° 110383-2020: estése a lo dispuesto por el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos tercero a sexto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar además presente:

Primero: Que, en los presentes autos, el abogado Ignacio García Morales, en representación de Patricio Marcelo Péndola Sáez, interpone recurso de protección en contra del Banco Scotiabank como continuador legal del Banco Bilbao Viscaya Argentaria (BBVA), señalando como acto arbitrario e ilegal la falta de respuesta formal de la recurrida respecto de restituir el dinero sustraído desde su cuenta corriente, así como eliminar el pasivo generado por el crédito obtenido fraudulentamente a su nombre, producto de acciones fraudulentas realizadas por terceros desconocidos, agrega que la recurrida ha procedido al cobro de los referidos pasivos sin considerar sus alegaciones y manteniendo, en definitiva, de su cargo la responsabilidad pecuniaria por dicha estafa. Precisa que el seguro contratado a dicho efecto otorgó cobertura sólo respecto al dinero desfalcado desde su cuenta corriente y por un monto de 150 unidades de fomento, quedando desprotegido en cuanto

HBZHOXXXGY

al perjuicio patrimonial respecto de los demás productos bancarios usados a su nombre.

Segundo: Que, informando la recurrida, niega la existencia de cualquier incumplimiento en las medidas de resguardo adoptadas por su parte, atribuyendo la ocurrencia del fraude a la falta de cuidado del actor en la obligación de custodiar sus claves, toda vez que tras investigar los hechos no se constató vulneración alguna a los sistemas de seguridad del banco.

Tercero: Que, por su parte, el informe N° 409/2019 emitido por la Gerencia de Servicios Forenses Digitales del Banco Scotiabank, determinó que las transacciones objetadas por el cliente fueron realizadas a través del canal Scotiaweb y correctamente validadas por los sistemas de seguridad del Banco, sin embargo, no fue posible identificar la dirección IP desde donde se efectuaron las transacciones, dado que la información no está disponible, concluyendo que el actor habría sido engañado mediante el compromiso con malware (Phishing) del dispositivo utilizado para realizar transacciones por la web, circunstancia que permitió a terceros capturar sus credenciales y posteriormente suplantarlo por el canal Scotiaweb, concretando de esta manera las transacciones objetadas por éste.

Cuarto: Que los bancos, conforme lo dispone el artículo 40 de la Ley General que los regula, son entidades

que se dedican a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizan inversiones, proceden a la intermediación financiera, hacen rentar estos dineros y realizan toda otra operación que permita la ley, pudiendo celebrar con sus clientes diversos contratos a efectos de brindarle dichos servicios, dentro de los cuales está el de cuenta corriente bancaria.

Quinto: Que, en este orden de ideas, es menester citar el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N°707 de 7 de octubre de 1982 que señala: "la cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que se hubieren depositado en ella o del crédito que se haya estipulado". De dicho enunciado se desprende que constituye un elemento esencial en el referido contrato la entrega de ciertas cantidades de dinero al banco, bajo la modalidad de la figura del depósito.

Sexto: Que, tratándose de los depósitos bancarios, la legislación chilena no lo reglamenta como un contrato autónomo, limitándose a decir que: "Los depósitos en los Bancos públicos debidamente autorizados serán regidos por sus Estatutos" (artículo 812 del Código de Comercio), dado que en la práctica los bancos por sus estatutos no reglamentan estos depósitos salvo las libretas de ahorro

HBZHOXXXGY

del Banco Estado. Su caracterización jurídica se encuentra regulada en el Código Civil, en particular en los artículos 2221 y siguientes que tratan del depósito irregular (Neftalí Cruz Ortiz, Prontuario Jurídico Bancario N° 377, Santiago 1967, página 137). En efecto, la referida norma señala que en el depósito en dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se debe presumir que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. A este depósito que autoriza al depositario para emplearlo, esto es, el dinero, se le llama depósito irregular.

Al respecto las particularidades que ofrece este contrato son las siguientes:

a) Su objeto es necesariamente dinero o cosas fungibles que se confunden en el patrimonio del depositario y tiene por finalidad que éste pueda utilizar de las sumas o cosas depositadas.

b) La obligación es de restituir igual cantidad del mismo género como es el dinero adeudado y no la misma especie y calidad como ocurre en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, al respecto, Luis Claro Solar explica que: "Entre las obligaciones de género, figuran especialmente las de cantidad que se refieren generalmente a aquellas especies que no tienen entre individuo e individuo diferencia importante, bajo el aspecto en que

HBZHOXXXGY

pueden ser considerados; de tal modo que todo individuo puede ser completamente subrogado por otro. Así acontece, sobre todo, con el dinero" (Derecho Civil Chileno comparado, tomo X, De las obligaciones, pág.352, nascimiento, 1936).

c) El depositario puede usar de la cosa, salvo estipulación en contrario.

d) Constituye un título translaticio de dominio. Los Bancos reciben sumas en propiedad. El Banco dispone de dinero como si fuese suyo y el cliente dispone del dinero a pesar de no ser suyo.

e) El depositante tiene un Derecho (por esta razón es una operación pasiva) para exigir la restitución de la suma depositada.

f) Por último, en el depósito bancario existe una doble disponibilidad. A favor del Banco y a favor del cliente (Estudio de la "Naturaleza Jurídica del Contrato de Depósito Bancario" de J. M. Ibáñez Barceló, Del depósito bancario (Memoria de prueba) Santiago de Chile, 1935 págs. 37 a 73) (Bernardo Supervielle Saavedra, "El depósito Bancario" (Premio Banco Comercial Montevideo, 1960).

Séptimo: En el presente caso, al recaer el depósito en una suma de dinero que no está destinada a mantenerse en arca cerrada, se presumirá que se permite emplearlo, quedando obligado el depositario a restituir igual cantidad en la misma moneda. Este es el denominado en doctrina como

HBZHOXXXGY

depósito irregular, regido por las reglas generales del depósito propiamente dicho, con las salvedades asociadas a que la cosa depositada se recibe en género "dinero o cosa fungible " y debe ser restituida en un monto equivalente y no en especie, como es que, a menos que se acuerde lo contrario, el depositario puede servirse de la cosa que le ha sido entregada, adquiriendo, a cambio, el deber de enterarla en otro tanto cuando le sea requerida, en consecuencia, se hace dueño de la cosa que recibe, siendo este contrato de depósito un título traslaticio de dominio y no de mera tenencia como ocurre en el depósito ordinario. El Código Civil no dice expresamente que ello sea así, no obstante, no puede ser otra la conclusión desde el momento que el depositario no está obligado a restituir la misma cosa que ha recibido y puede servirse de ésta.

Octavo: Que, dicho lo anterior, indudablemente la obligación esencial del banco es la restitución de las sumas depositadas, esto es la misma cantidad de dinero que ha recibido, aunque no se trate de las mismas monedas y billetes, por cuanto se trata de un depósito de cosas fungibles, cuya propiedad, como antes se ha señalado, adquiere éste.

Noveno: Que, así entonces, ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas, ejecutado -como ocurre en autos- por la contaminación de un virus informático al dispositivo

utilizado para efectuar la transacción y cuyo correcto funcionamiento debe ser garantizado por la recurrida, fuerza a concluir que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, en caso alguno corresponden a caudales específicos de éste, toda vez que los depósitos de éstos en las entidades financieras se realizan como un simple género y no como especies o cuerpos ciertos, a lo que debe sumarse el carácter de bienes fungibles que en su esencia representan las especies monetarias empleadas para la satisfacción de lo debido, conforme dispone el artículo 575 del Código Civil, esto es, dotadas de igual poder liberatorio, y por cuya razón pueden reemplazarse unas a otras mutua o recíprocamente en la ejecución de las obligaciones sin perjuicio ni reclamo del acreedor (Carlos Ducci Claro, Derecho Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1980).

Décimo: De este modo, siendo lo sustraído dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídica sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través de la cuenta bancaria del actor, circunstancia que lleva a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz

HBZHOXXXGY

custodia material de éste, siendo en consecuencia de su exclusivo cargo disponer de medidas de seguridad oportunas y robustas para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo.

Undécimo: Que, sin perjuicio de lo que se viene diciendo, en este punto es preciso reflexionar que, en esta materia, resulta indispensable analizar cada caso en su mérito, pues las circunstancias fácticas suelen diferir entre las diversas controversias sometidas a conocimiento jurisdiccional. Así, tratándose de determinar el grado de diligencia que el banco y el cuentacorrentista han empleado en el cumplimiento de sus obligaciones, no resulta posible formular soluciones amplias y de general aplicación.

Duodécimo: Que asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que al no asumir el perjuicio económico trasladando los efectos del fraude bancario al actor, afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia en alzada de fecha seis de mayo del año en curso y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección disponiéndose que la recurrida Banco Scotiabank deberá:

HBZHOXXXGY

1) Dejar sin efecto el crédito de consumo por la suma de $56.636.800 y los cargos de $2.850.000 realizados respecto de la tarjeta de crédito Visa y MasterCard imputados al actor;

2) Reponer la cantidad de $2.771.181 descontada desde la línea de crédito de éste;

3) Restituir en la cuenta corriente, que mantiene el actor en el banco recurrido, aquella cantidad de dinero sustraída y no cubierta por el seguro contratado al efecto por éste.

Se previene que la Sra. Ministra doña Ángela Vivanco, concurre a lo ya señalado, teniendo además lo presente lo siguiente:

1° En autos no se ha establecido como hecho controvertido la naturaleza del seguro ni mucho menos, que la responsabilidad del Banco se encuentre solo limitada al monto hasta por el cual se transfirió el riesgo, sino que la discusión se centra en la obligación de restitución del saldo comprendido entre la suma sustraída y lo pagado a título de indemnización por el ya referido seguro.

2° Que, si bien es cierto, el informe de liquidación tiene el valor de un instrumento privado que emana de un tercero, no es menos cierto que quien lo elabora es un tercero imparcial, designado por la Compañía Aseguradora, inscrito en el Registro de Liquidadores de la Comisión para el Mercado Financiero y cuya labor consiste en la

HBZHOXXXGY

investigación del siniestro denunciado, determinación de si encuentra cobertura en la póliza contratada y la determinación de la indemnización si correspondiere.

3° En el presente caso, lo cierto es que el fraude es reconocido en el informe de liquidación y que no fue impugnado por el asegurado o la compañía aseguradora. Tampoco consta que el Banco, en dicho proceso de liquidación del siniestro, hiciera presente que el hecho cubierto no fuera constitutivo de fraude u otro ilícito pena.

4° Que aparece de lo consignado en autos, que se está en presencia de un derecho indubitado respecto del derecho de propiedad que el recurrente tiene sobre las sumas de dinero que están depositadas en el banco y la consecuente responsabilidad del banco sobre su custodia, lo cual evidencia la procedencia del recurso de protección impetrado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz y la prevención de su autora.

Rol N° 59.554-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Rafael Gómez B., y Sr. Ricardo Abuauad D. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Gómez y

HBZHOXXXGY

Sr. Abuauad por estar ausentes. Santiago, 30 de julio de 2020.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 30/07/2020 16:16:11

MARIA EUGENIA SANDOVAL GOUET
MINISTRA
Fecha: 30/07/2020 16:16:12

ANGELA FRANCISCA VIVANCO MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 30/07/2020 16:16:12

En Santiago, a treinta de julio de dos mil veinte, se incluyó en 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. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

HBZHOXXXGY