

**JURISPRUDENCIA:**

"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." (Corte Suprema, considerando 5º).

"Que, así entonces, ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas no resulta posible sostener que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, como ocurre en autos, correspondan a caudales específicos de éste, toda vez que los depósitos de dinero en las entidades financieras se realizan como un simple género y en caso alguno 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)." (Corte Suprema, considerando 6º).

"De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es 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 fuerza 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 custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo." (Corte Suprema, considerando 7º).

"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." (Corte Suprema, considerando 8º).

"Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Arturo Prado Puga, quien atendido a las circunstancias que no existe claridad acerca del origen que causó el incidente que permitió que terceros accedieran a los datos del cliente reclamante, facilitando la sustracción de fondos de su cuenta, fue del parecer que la garantía involucrada y su vulneración debían ser objeto de un juicio

de largo conocimiento, no siendo esta la vía." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. Prado, considerando único).

MINISTROS:

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

IQUIQUE, veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTO:

Que comparece don José Antonio Guerra Pinto, abogado, en representación convencional de don Patricio Antonio Beltrami Fuentes, militar, cédula de identidad N° 10.024.206-0, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida La Tirana N° 4.800, Torre A, departamento 1503, de la comuna de Iquique, quien deduce recurso de protección en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, también denominado BBVA Chile S.A., Rut N° 97.032. 000-8, representado legalmente por don Fernando Sáenz Castro, cédula de identidad N° 5.223.740-8, domiciliado en Plaza Prat N° 594, de la comuna de Iquique.

Funda su acción, en que es titular de una cuenta vista N° 0504-0056-0100107312 que mantiene en el Banco recurrido, en la cual su empleador, el Ejército de Chile, le deposita su remuneración.

El sábado 22 de septiembre pasado, concurrió al cajero automático para realizar un giro de dinero desde su cuenta, trámite que no pudo realizar, porque se le informó que su solicitud excedía los recursos disponibles, a fin de verificar lo sucedido, procedió a pedir un comprobante de saldo según el cual su capital había disminuido considerablemente a pesar de que no había realizado operaciones comerciales. Después de comunicarse con el Call Center del Banco recurrido, y

siguiendo la recomendación que ahí le proporcionaron, procedió a dejar una constancia en la Primera Comisaría de Iquique N° 11455, y el lunes siguiente concurrió al Banco a realizar un reclamo formal cuyo ingreso es el N° 428696, el cual fue derivado a un funcionario analista del Centro de Atención al Cliente- División Banca de Personas.

Luego, el 28 de septiembre del año en curso, recibió respuesta de su requerimiento en la cual se indica que el 22 de septiembre de 2018, a las 14:36:20 horas se había realizado una transacción desde su cuenta vista a una cuenta del Banco Estado N° 44368910578, Rut N° 13.368.831-5, y que no era posible acceder a la devolución de los fondos, porque la referida transacción se efectuó a través de la aplicación de su BBVAPASS; señala que la causa del incidente es la existencia de un malware o virus en su computador, el que permitió a terceros obtener los datos de sus productos, y que no disponía de un seguro asociado para cubrir ese tipo de situaciones.

Posteriormente, el 9 de octubre pasado, presentó un nuevo reclamo ante el Banco, en el cual explica que el monto sustraído asciende a \$785.000.- de los cuales \$700.000 corresponden a transferencias de dinero y \$85.000.- a pagos por recarga de celulares. También hace presente, que la institución financiera conocía quien era el receptor del dinero, no obstante no adoptó las medidas para lograr su restitución, y tampoco tomó medidas de prevención. Dicho reclamo aún no ha sido respondido por el recurrido.

Expone el actor, que el derecho de propiedad sobre el dinero depositado y sustraído de su cuenta vista es indubitado, y se encuentra amparado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, garantía constitucional que ha sido vulnerada, desde que el Banco se ha negado a restituir los fondos sustraídos delegando la responsabilidad de lo ocurrido en el actor.

De otro lado, indica que la alegación del recurrido en orden a eximirse de responsabilidad resulta inaceptable e ilegal, puesto que de acuerdo al artículo 40 de la Ley General de Bancos, éstos son entidades que se dedican a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos públicos, con el objeto de realizar distintas operaciones prescritas en la ley, entre las cuales se encuentra la cuenta vista, la cual se asimila a un contrato de depósito prescrito en el artículo 2211 del Código Civil; luego cita fallos acordes que respaldan sus argumentos.

Finalmente, pide tener por interpuesto recurso de protección y admitirlo a tramitación en contra del Banco BBVA S.A. Chile, y se decreten las medidas pertinentes para el restablecimiento del derecho, en forma breve y eficaz, en orden a que el recurrido restituya íntegramente al actor la suma de \$785.000.- sustraídos de su cuenta vista.

Con fecha 16 de noviembre de 2018 se prescindió del informe del recurrente.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

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 constitucional de urgencia, de naturaleza autónoma, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Por consiguiente, resulta requisito indispensable para la acción de protección la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías constitucionales protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión del recurso que se ha interpuesto.

SEGUNDO: (eliminado) Que lo debatido en autos consiste en determinar si las transferencias de fondos efectuadas desde la cuenta vista del recurrente tuvieron su origen en un defecto atribuible a fallas que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile debió haber previsto, y por lo mismo, evitado, sin que pueda imputársele culpa solamente en base a los antecedentes que obran en autos.

TERCERO: (eliminado) Que en lo referente a la declaración que persigue el recurrente excede el ámbito de esta acción cautelar, pues constituye una cuestión de derecho que no puede ser dilucidada en un recurso de protección; ya que esta acción constitucional fundamentalmente se encuentra destinada a resolver situaciones de hecho, cuya tramitación debe ser breve y sumaria, no admitiendo mayores probanzas y opera sobre la base en que el derecho no se haya discutido por los contendientes; y justamente esa es la situación que se presenta en el caso sublite, puesto que se trata de determinar si en la prestación del servicio la entidad bancaria actuó con negligencia, causando menoscabo al cliente, motivo por el cual está vedado, por esta vía, obtener la declaración de un derecho que se encuentra discutido, por estar dubitado su origen, desde que de lo que se trata es de determinar la culpa.

CUARTO: (eliminado) Además, resulta improcedente esta acción cautelar pues la naturaleza de la cuestiones debatidas exigen un proceso controversial que permita una prueba adecuada, que resulta ser incompatible con la rapidez y falta de formalismo propia de esta acción, no pudiendo ésta constituir un sustituto procesal de un juicio de lato conocimiento que implique acciones del tipo restitutorias, razón por la cual el presente recurso no podrá prosperar y será desestimado en definitiva.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, SE RECHAZA, sin costas, el deducido por don José Antonio Guerra Pinto, abogado, en representación de don Patricio Antonio Beltrami Fuentes, en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese.

Rol N° 392-2018.-

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por Ministro Presidente Rafael Francisco Corvalan P. y los Ministros (as) Monica Adriana Olivares O., Marilyn Magnolia Fredes A.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil diecinueve

Vistos:

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

Y se tiene en su lugar además presente:

Primero: Que, en los presentes autos, el abogado José Antonio Guerra Pinto en representación de don Patricio Antonio Beltrami Fuentes, interpone recurso de protección en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, señalando como acto arbitrario e ilegal la negativa de la recurrida a realizar la devolución del dinero sustraído fraudulentamente desde su cuenta corriente que asciende a \$750.000.

Precisa que el día 22 de septiembre del año 2018, intentó realizar un giro de dinero desde un cajero automático, sin embargo, no pudo efectuar la operación porque su solicitud excedía los recursos disponibles pese a no haber realizado operaciones comerciales. Ante estos hechos, procedió a presentar el reclamo formal a la recurrida quien, en su respuesta, le señaló que el día 22 de septiembre de 2018 a las 14:36 horas, se realizó una transacción desde su cuenta vista a una cuenta del Banco Estado, expresando que no era posible solicitar la devolución de los fondos porque ésta se realizó a través de la aplicación BBVAPASS. Agrega que la causa del incidente estriba en la existencia de un "malware" o virus en su computador que permitió a terceros obtener los datos de sus productos.

Conforme a lo señalado precedentemente, el actuar de la recurrida configura una palmaria vulneración a la garantía constitucional establecida en el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política.

Segundo: Que, informando la recurrida, solicita el rechazo del recurso y señala que la materia en controversia excede el ámbito del recurso porque la supuesta vulnerabilidad sólo se puede comprobar en definitiva en un proceso ordinario que permita resolver con propiedad acerca de las pretensiones de las partes.

Afirma que no es posible restituir dineros que no ha recibido cuando éstos han sido transferidos a terceros sin vulneración de las medidas de seguridad del Banco y con claves secretas cuya custodia le corresponde a la recurrente, por lo que la acción de marras debe necesariamente ser rechazada.

Tercero: 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.

Cuarto: 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, resultando ilustrativa al efecto la definición contenida en el artículo 2211 del Código Civil que señala: "contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie".

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 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 " 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 traslativo 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.

Quinto: 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.

Sexto: Que, así entonces, ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas no resulta posible sostener que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, como ocurre en autos, correspondan a caudales específicos de éste, toda vez que los depósitos de dinero en las entidades financieras se realizan como un simple género y en caso alguno 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).

Séptimo: De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es 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 fuerza 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 custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo.

Octavo: 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 veinte de noviembre de dos mil dieciocho y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección debiendo la recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile restituir a don Patricio Antonio Beltrami Fuentes la suma de \$750.000.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Arturo Prado Puga, quien atendido a las circunstancias que no existe claridad acerca del origen que causó el incidente que permitió que terceros accedieran a los datos del cliente reclamante, facilitando la sustracción de fondos de su cuenta, fue del parecer que la garantía involucrada y su vulneración debían ser objeto de un juicio de largo conocimiento, no siendo esta la vía.