

Santiago, trece de marzo de dos mil diecinueve.

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

Y se tiene en su lugar además presente:

Primero: Que en los presentes autos, René Pinochet Chateau en representación de Comercial Agrícola e Industrial Novapro SpA, interpone recurso de protección en contra del Banco de Chile, señalando como acto arbitrario e ilegal la negativa de la recurrida a realizar la devolución del dinero sustraído fraudulentamente desde su cuenta corriente. Precisa que el día 7 de agosto del año 2018, la asistente de la compañía debidamente autorizada, alrededor de las 10:29 horas ingresó al sitio web del banco mencionado, con el objetivo de realizar ciertas transferencias electrónicas para pago de proveedores, requiriéndole el sistema el ingreso del código de digipass, el que digitó bloqueándose el sistema y ejecutándose a continuación una serie de inusuales transferencias electrónicas por un monto total del \$26.099.996, detectadas inmediatamente por el área antifraudes del banco y comunicadas al recurrente, quien les expresó que dichas operaciones eran fraudulentas, procediendo a objetarlas por escrito el día 8 del mismo mes y año.

Agrega que, respondiendo la señalada presentación, el banco recurrido le indica que al no haber constatado



vulneración a los datos e infraestructura del banco, no es posible acceder a la devolución de fondos en los términos requeridos, indicándole que en relación al Seguro de Protección Bancaria que mantenía contratado a la fecha del siniestro, la compañía de seguros determinó acogerlo y abonar la suma de \$5.436.094.

En este sentido, precisa el actor que la cobertura del seguro indicado opera para otorgar cobertura a transferencias remotas de la cuenta bancaria que provengan del uso indebido o fraudulento por parte de terceros no autorizados, en consecuencia la aquiescencia de la aseguradora al pago de la indemnización demuestra la existencia de un fraude electrónico imputable a terceros, configurándose con el actuar de la recurrida 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 con el correspondiente peritaje computacional concluyendo que la recurrente no cuenta con un derecho indubitado.

Afirma que la pérdida monetaria en este caso es de cargo del cliente, toda vez que sobre éste recae la



custodia de sus claves, siendo legal y contractualmente responsable de todas aquellas transacciones ejecutadas mediante el uso de las mismas.

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, corresponda 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 trece de noviembre de dos mil dieciocho y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección debiendo la recurrida



Banco de Chile restituir a Comercial Agrícola e Industrial Novapro SpA la suma de \$20.663.902.

Se previene que el Ministro Sr. Prado concurre a la revocatoria teniendo además presente que:

1° 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 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 de restituir es ahora en género de la misma especie y calidad y no en especie (in individuo).

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).

2° Lo reseñado precedentemente confirma que la obligación de custodia del dinero recae sobre un bien fungible, en que coexiste una doble titularidad, que



justifica que para el caso de sustracción o fraude sin la intervención o participación del cliente, la infracción al deber de resguardo y la disponibilidad posterior de estos caudales recae en el banco depositario y no en el depositante.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 29.635-2018.

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 el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica y el Abogado Integrante señor Barra por estar ausente. Santiago, 13 de marzo de 2019.



En Santiago, a trece de marzo de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

