

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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval y el voto de su autor.

Rol N° 29.892-2018.

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 Sra. Ángela Vivanco M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con permiso y el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 29 de mayo de 2019.



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

