

## CONTRATOS ESPECIALES

*Javier Rodríguez Díez*

Profesor de Derecho Romano

Pontificia Universidad Católica de Chile

DEPÓSITO IRREGULAR Y RESTITUCIÓN DE FONDOS SUSTRÁIDOS EN FRAUDE BANCARIO.  
CORTE SUPREMA, 13 DE MARZO DE 2019, ROL N.º 29.635-2018.

### I. INTRODUCCIÓN

Para hacer frente a un problema tan moderno como los fraudes bancarios por medios electrónicos, y específicamente a la cuestión sobre quién debe asumir el riesgo de pérdida del dinero (el banco o el cuentacorrentista) la Corte Suprema ha recurrido en los últimos meses a una curiosa figura contractual que hunde sus raíces en el derecho romano: el depósito irregular<sup>1</sup>. El art. 2221 del *CC* dispone que en el depósito de dinero se presumirá –salvo circunstancias excepcionales– que el depositario podrá emplearlo, quedando, por lo mismo, obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. Sobre la base de esta norma, una reciente sentencia ha afirmado que la sustracción fraudulenta de dinero mediante transferencias electrónicas no afectaría al cliente, sino que al banco, que es el propietario del dinero depositado y que está obligado a restituir otro tanto de la misma moneda.

Pese a que esta solución ha sido alabada por connotados académicos<sup>2</sup> y encuentra cierto apoyo en la doctrina comparada<sup>3</sup>, presenta al mismo tiempo importantes dificultades, de las cuales la más evidente consiste en determinar cuándo debe atenderse a la negligencia atribuible al cliente, lo que ha obligado a matizar este criterio en fallos posteriores. Asimismo, si bien al contrato de cuenta corriente se le pueden predicar ciertas características del depósito irregular, cabe preguntarse, ¿hasta qué punto resulta aceptable aproximarse al problema de los fraudes bancarios sobre la base de las reglas que gobiernan esta figura? El análisis de estos elementos plantea importantes reparos al alcance que la Corte Suprema otorga al art. 2221 en relación con los fraudes bancarios.

---

<sup>1</sup> Para el origen y desarrollo de esta institución véase GUZMÁN (2016), pp. 85-109.

<sup>2</sup> ALVEAR (2019); CORRAL (2019); MENDOZA Y MUNITA (2019).

<sup>3</sup> Véase la doctrina francesa citada por HERRERA (1999), p. 304 n. 195.

## II. LA CUESTIÓN DEBATIDA

La víctima del fraude bajo análisis fue Novapro, y en particular la asistente de la compañía, quien buscaba realizar ciertas transferencias a sus proveedores. Luego de ingresar al sitio web del banco, se le pidió descargar –paradójicamente– un programa para prevenir fraudes, sin darle la opción de saltar este paso. A continuación, la página le solicitó ingresar dos veces la clave del *digipass* (dispositivo electrónico de verificación de identidad), luego de lo cual el sistema se bloqueó. En los próximos minutos se verificaron siete transferencias a tres cuentas distintas, sustrayendo un monto de \$26 099 996. Momentos más tarde, la compañía recibió el llamado de la unidad antifraudes del banco, consultando por estas transferencias inusuales. Novapro afirmó que las operaciones eran fraudulentas, luego de lo cual se realizaron las gestiones para objetarlas, interponiéndose además la denuncia respectiva.

Pese al oportuno llamado del banco, las transferencias ya habían sido realizadas y no pudieron ser bloqueadas. El banco respondió a los requerimientos del cliente, señalando que no era posible proceder a la devolución de fondos, ya que no se había constatado la vulneración a los datos e infraestructura del banco. En otras palabras, la seguridad falló del lado del cliente. Sin perjuicio de ello, se restituyó alrededor de una quinta parte de los fondos sustraídos sobre la base de un seguro de protección bancaria.

Ante la negativa del banco, Novapro interpuso un recurso de protección, alegando la vulneración de su derecho de propiedad sobre el dinero depositado en su cuenta corriente. Se indicó que las transferencias eran claramente fraudulentas, pese a lo cual el banco no las bloqueó, vulnerando así la normativa de la SBIF, y en particular el capítulo 1-7 de la *Recopilación Actualizada de Normas*. Se consignó, además, una serie de irregularidades, como la velocidad con que se transfirió a destinatarios desconocidos, el número de transferencias y los montos involucrados, los cuales no tienen relación con el número de veces que se ingresó la clave del *digipass* ni con los límites dispuestos para evitar fraudes. Por lo anterior, resultaría claro que los sistemas de control y seguridad del banco sí fueron vulnerados, quedando, por lo mismo, obligado restituir los fondos sustraídos.

El banco negó que se hubiese producido vulneración alguna a sus sistemas, acompañando al efecto un certificado de una empresa externa que acredita esta circunstancia. El cliente habría sido víctima de una forma de *phishing*, fraude que consiste en duplicar una página web para hacer creer al usuario que se encuentra en el sitio original. En ese contexto, habría sido el propio cliente quien proporcionó sus claves a un tercero, las cuales se encontraban bajo su exclusiva custodia, en circunstancias que los bancos continuamente informan a los clientes que no les solicitarán sus claves. El cliente falló en su obligación de custodia de sus claves estipulada en el contrato suscrito con el banco, mientras que este último cumplió con su obligación de cursar las transferencias suscritas por medio de los dispositivos de seguridad entregados. Sería insostenible hacer

responsable al banco en situaciones como esta, ya que los titulares podrían desconocer sus propias transacciones alegando un fraude. Se trata, en definitiva, de situaciones que caen fuera de la esfera de control del banco. A modo de analogía, el recurrido invocó las reglas sobre el pago de cheques falsificados: como el cliente es responsable del cuidado de su chequera, será él quien debería soportar la pérdida monetaria por el cobro del cheque; sin embargo, el banco es responsable si la firma es visiblemente disconforme o el cheque tenía orden de no pago vigente (Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, art. 16 y ss.), por cuanto se trata de circunstancias que caen dentro de su esfera de control. Finalmente, el banco alegó que el recurso de protección no sería el medio idóneo para resolver la controversia, ya que los derechos involucrados no serían indubitados, pudiendo comprobarse la vulneración de las redes solo por medio de los respectivos peritajes en el marco de un juicio ordinario.

La Corte de Apelaciones de San Miguel se apoyó en una jurisprudencia asentada para declarar que no es posible dar por establecido de manera fehaciente la ineficacia del banco en materia de seguridad, cuestión que correspondería a un juicio de lato conocimiento y que resulta ajena al recurso de protección<sup>4</sup>. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Suprema<sup>5</sup> al conocer el recurso de apelación interpuesto por Novapro. El fallo no analizó el problema fáctico de la vulneración de seguridad o la responsabilidad de los involucrados, sino que se concentró en la aplicación de las normas del depósito irregular a la cuenta corriente bancaria y, específicamente, en la obligación de restituir la misma cantidad de dinero recibido<sup>6</sup>. A partir de este dato, la sentencia resolvió que las reglas del depósito irregular implicarían que la pérdida monetaria de cualquier fraude bancario recaería siempre sobre el banco, quien tendría una obligación genérica sobre cosa fungible respecto de sus clientes, siendo jurídica y físicamente imposible acreditar la identidad de las especies sustraídas, por lo que debería asumir la pérdida de dichos bienes en cuanto propietario de estas<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 13 de noviembre de 2018 en causa n.º 5770-2018.

<sup>5</sup> Corte Suprema, sentencia de 13 de marzo de 2019 en causa n.º 29.635-2018.

<sup>6</sup> Considerando 4º: "(...) 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".

<sup>7</sup> Considerando 7º: "...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

Por lo anterior, la negativa del recurrido a asumir dicha pérdida resultaría ilegal y arbitraria, afectando el patrimonio del actor de conformidad al art. 19 n.º 24 de la *CPR*. No puede dejar de advertirse en este punto la paradoja de que un recurso de protección fundado en la propiedad del cliente sobre el dinero en su cuenta corriente se fallara de modo favorable atendiendo a la propiedad del banco sobre el dinero depositado, cuestión que en cualquier caso escapa al objetivo de este comentario.

### III. COMENTARIO

#### 1. Severidad del criterio establecido y limitaciones jurisprudenciales

Para efectos prácticos, lo primero que llama la atención del fallo bajo análisis es que propone un criterio según el cual los bancos responden invariablemente por las consecuencias de los fraudes informáticos, en cuanto dueños de los montos sustraídos. En este contexto, resultaría irrelevante el nivel de diligencia que haya observado el cliente en el manejo de sus claves personales.

El hecho que la conducta del cliente sea indiferente para distribuir el riesgo asociado al fraude hace que el criterio descrito sea tanto más insostenible cuanto más ostensible sea la falta de cuidado del cuentacorrentista. Por lo mismo, no es de extrañar que en sentencias posteriores se haya rechazado el recurso de protección, aunque sí resulta peculiar el fundamento del rechazo: si bien es cierto que el banco está obligado a restituir una cosa genérica y fungible –razona la Corte– no es menos cierto que ello presupone que el usuario no tuvo responsabilidad alguna en el fraude<sup>8</sup>. Esta fundamentación resulta sorprendente, ya que tanto la sentencia que acogió el recurso de Novapro como otras similares<sup>9</sup> prescinden de cualquier análisis subjetivo, afirmando que el banco responderá siempre por los montos sustraídos en cuanto propietario

---

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”.

<sup>8</sup> Jara con Banco del Estado de Chile (2019), cons. 4º: “Que, si bien esta Corte ha sostenido –como lo propone el recurrente– que el contrato de cuenta corriente bancaria constituye una especie de depósito respecto de un bien eminentemente fungible, y que es de cargo del depositario el riesgo de pérdida de la cosa depositada durante la vigencia de la convención (...), ello ha sido en el entendido que tal pérdida se ha producido por causa ajena a la voluntad del depositante o cuentacorrentista, circunstancia de hecho que dista o difiere de los presupuestos fácticos enumerados en el motivo precedente pues, como allí consta, en el caso concreto ha sido el recurrente quien proporcionó a terceros los mecanismos de seguridad indispensables para concretar los giros cuestionados...”. En el mismo sentido Rodrigo Bravo Fuentes con Banco del Estado de Chile (2019); Maderas Juan Valenzuela Caro y Compañía Limitada con Banco Santander Chile (2019).

<sup>9</sup> Véase a modo ejemplar Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019), fallo comentado por ALVEAR (2019), CORRAL (2019) y MENDOZA Y MUNITA (2019). El criterio objetivo también había sido observado anteriormente en sentencias como Bottai con Campomanes (2018).

de estos en el contexto del depósito irregular. Pese a ello, a partir del rechazo de otros recursos se desprende que, después de todo, el nivel de diligencia del cliente sí es un factor relevante para determinar quién debe soportar la pérdida monetaria. En otras palabras, a pesar del intento de conciliar ambas soluciones, se trata de criterios abiertamente contradictorios.

La convivencia de sentencias de tipo objetivo –el banco responde porque es dueño– y subjetivo –el banco responde en la medida que el cliente no fue negligente– resulta especialmente insatisfactoria si se considera que la posibilidad de acoger un recurso de protección presume un acto ilegal y arbitrario frente a un derecho indubitado, lo que se condice con el criterio objetivo de la sentencia de Novapro –según el cual siempre el banco debe soportar la pérdida monetaria– pero no con el criterio subjetivo, que exige un análisis propio de un juicio de *lato conocimiento*, como han indicado algunos votos de minoría<sup>10</sup>.

La jurisprudencia reciente se ha inclinado decididamente por un análisis subjetivo, en el que las consecuencias asociadas a la calificación de la cuenta corriente como un depósito irregular han pasado a un segundo plano, mientras que el elemento clave para resolver está dado por la observancia del banco de una conducta adecuada a la regulación sectorial vigente, así como el nivel de cuidado del cliente en el manejo de sus datos personales<sup>11</sup>. Más allá de lo curioso que resulta analizar estas materias en el contexto de un recurso de protección, la rápida caída en desuso del depósito irregular como fundamento principal de las sentencias que acogen los recursos en esta materia lleva a cuestionarse sobre las consecuencias que pueden derivarse de esta figura, cuestión que se abordará en el siguiente acápite.

## *2. El fraude bancario y el riesgo de pérdida de la cosa en el depósito irregular*

Ante todo, resulta incuestionable que el riesgo asociado a la pérdida de una cosa en poder del deudor varía radicalmente según si la prestación recae sobre una cantidad de fungibles o cosas genéricas, o si recae sobre una especie o cuerpo cierto. La pérdida de la cosa será de riesgo del deudor en el primer caso (art. 1510 del *CC*) –el mutuario sigue obligado a una cierta suma de dinero en caso de perder el dinero que tenía en su poder– mientras que en el segundo caso

<sup>10</sup> Véase a modo ejemplar Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019) y Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019).

<sup>11</sup> Véase a modo ejemplar Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019); Rossana González Oporto con Banco Estado (2019); Badrie con Banco Santander Chile (2019). Particularmente ilustrativo resulta lo razonado en Carlos Aguilera Klenner con Banco Santander Chile (2019), cons. 7º: “...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”.

será el acreedor quien asuma el riesgo en la medida que la pérdida se produzca por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1670 y ss. del *CC*) –la obligación de restitución del comodatario se extingue por la imposibilidad de cumplimiento–, debiendo el deudor responder en caso de que la pérdida le resulte imputable o haya tenido lugar durante su mora<sup>12</sup>. Para estos efectos, se verifica la pérdida o perecimiento de la cosa cuando ella se destruye, deja de estar en el comercio o desaparece y se ignora si existe (art. 1670 del *CC*).

Este esquema ilustra el riesgo de pérdida de la cosa en el contrato de depósito: si se trata de un depósito (regular), el depositario quedará obligado a restituir la misma cosa recibida, por lo que el art. 2222 del *CC* regula el grado de culpa por el que debe responder, disposición que resulta inaplicable en el depósito irregular, donde el depositario deberá restituir otro tanto del mismo género y cualidad, cargando por lo mismo de forma invariable con el riesgo de pérdida de las especies recibidas<sup>13</sup>. A modo de ejemplo, si alguien recibe en depósito irregular una suma de dinero y procede a guardarla en una bóveda, la cual a los pocos minutos sufre un incendio, robo u otra desgracia, no podrá alegar que su obligación de restitución se extinguió por el perecimiento de esas especies monetarias. En otras palabras, la suerte de los billetes y monedas que estén en el poder del depositario es irrelevante, ya que este se encuentra obligado a dar una cantidad de cosas fungibles genéricamente determinadas.

Llegados a este punto es posible advertir un salto en el razonamiento de la sentencia bajo análisis, en cuanto declara que es imposible sostener o acreditar la identidad de las especies sustraídas mediante el fraude bancario y que, como consecuencia de lo anterior, sería el propietario del dinero –el banco– quien debería soportar la pérdida patrimonial, en cuanto deudor de un depósito irregular.

La imposibilidad física y jurídica de acreditar la identidad de las especies sustraídas se explica por la naturaleza misma de la actividad bancaria moderna. Considérese al efecto que un cuentacorrentista tiene un crédito contra su banco por una suma de dinero, y que la transferencia de fondos –sea o no electrónica– entre dos cuentas corrientes no implica en realidad la transferencia de especies monetarias determinadas (su desplazamiento de un lugar a otro), sino que el asiento contable de un débito en contra de quien hace la transferencia y un crédito a favor de quien la recibe<sup>14</sup>, dando lugar a las respectivas

<sup>12</sup> PEÑAILILLO (2003), pp. 232-234; ABELIUK (2008), vol. II, pp. 1169-1171 (n.º 1190-1195). Esta distinción se encuentra formulada con claridad ya en Inst. Just. 3,14,2.

<sup>13</sup> GUZMÁN (2016), p. 117. Esta consecuencia es descrita por POTHIER (1861), p. 155 (n.º 83).

<sup>14</sup> PUELMA (1971), pp. 158-161; GEVA (2011), pp. 604-612; HERRERA (1999), p. 27: “Lo que caracteriza a la transferencia frente a otros modos de desplazar fondos es que en ella el movimiento de fondos se realiza sin el recurso al numerario, mediante meros apuntes de contabilidad”. Específicamente en materia de TEF en Chile véase RUIZ (1999) (n.º 48 y ss.). Sobre la inmaterialidad del dinero en las transferencias electrónicas y su configuración jurídica en el ámbito comparado véase BOADA (2019), pp. 182-200.

compensaciones entre los bancos involucrados<sup>15</sup>. En este contexto, hablar de una “transferencia” de dinero entre dos cuentas cumple una función abusiva o de designación catacrética, es decir, designa una cosa que carece de nombre propio (el asiento de un débito y un crédito entre los involucrados) con el nombre propio de otra (“transferencia”, es decir, la acción de pasar una cosa de un lugar a otro)<sup>16</sup>, del mismo modo que se habla de las “patas” de una silla o la “cabeza” de un alfiler<sup>17</sup>.

Lo que puede parecer una mera disquisición semántica ilustra sobre el verdadero alcance del problema del riesgo de pérdida de la cosa en poder del deudor obligado a dar una cantidad de fungibles, el cual asume la existencia de un objeto determinado en poder del deudor, que es su dueño, lo que permite afirmar que la cosa perece para su dueño (*res perit domino*). La transferencia de fondos, sin embargo, se desarrolla en un plano en que no hay cosas corporales determinadas involucradas, sino que solo cosas incorpóreas, consistentes en las obligaciones que surgen entre las distintas partes involucradas en la operación. La única forma de dominio que cabría identificar en este caso sería la propiedad del cliente sobre su crédito.

Las reglas sobre distribución del riesgo descritas en el fallo bajo análisis únicamente resultan aplicables cuando lo que perece es un objeto determinado de propiedad del deudor. Imaginemos que el banco prestara un servicio de transferencia de dinero en efectivo, en el que uno de sus empleados fuera enviado, por instrucción del cliente, a entregarle dinero contante a un tercero. Si en el trayecto el empleado del banco perdiera de cualquier forma ese dinero, estaríamos frente a un caso de perecimiento de especies monetarias que son propiedad del banco, sin que este último pudiese excusarse frente a su cliente, debiendo asumir la pérdida patrimonial de especies determinadas en su poder al seguir obligado a dar una cierta cantidad de un género determinado.

Los fraudes bancarios como el *phishing*, por su parte, entrañan una realidad muy distinta<sup>18</sup>, en la cual el cliente es suplantado para debitar contra su cuenta

<sup>15</sup> Para efectos de las compensaciones, el capítulo 1-7 de la *Recopilación Actualizada de Normas* de la SBIF dispone que los bancos pueden participar en sistemas de transferencia electrónica de fondos interbancaria, resolviendo los pagos que se realicen diariamente como consecuencia del uso de esos sistemas en la cámara de compensación de operaciones interfinancieras de que trata el capítulo III.H.2 del *Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile*.

<sup>16</sup> GEVA (2011), pp. 607-608: “...the characterization of the process as a ‘transfer’ is certainly a misnomer, as in fact nothing tangible or intangible is transferred. Rather, one debt, owed by a bank to the payer, extinguishes (or decreases), and allows for another debt, that of a bank to the payee, to arise (or increase) and substitute it substantially for the same amount. Stated otherwise, the payment order does not initiate an assignment of funds held by the payer’s bank”.

<sup>17</sup> Para el concepto y ejemplos de “catacrésis” véase GUZMÁN (2016), pp. 38-39.

<sup>18</sup> GEVA (2011), p. 60: “The operation of the payment mechanism does not involve the physical delivery of a bag of money from the debtor to the creditor via a third party carrier. Rather, the third party pays out of his own pocket, thereby either discharging his own debt to the debtor, or becoming the debtor’s creditor for the sum paid. Payment by the third party need not be in specie but could take place by the third party becoming indebted to the creditor in lieu of the original debtor”.



corriente. Tal como indica la sentencia bajo análisis, en este caso no es posible identificar especies monetarias determinadas. Sin embargo, contrariamente a lo que afirma la sentencia –y he aquí su insoluble inconsistencia– no es posible afirmar la propiedad del banco sobre las especies que fueron sustraídas, por la sencilla razón de que no hay especies monetarias determinadas involucradas. Resulta imposible aplicar la regla *res perit domino* en un caso donde no existe dominio del banco sobre una cosa determinada.

Asimilar una transferencia bancaria fraudulenta al “perecimiento” de especies que son propiedad del banco entraña una analogía que fuerza las categorías que rodean al riesgo de pérdida de la cosa en poder del deudor más allá de su funcionalidad. Esto es tanto más evidente si se considera que hace sentido cargar al banco con la pérdida de especies que estén en su poder, mientras que la suplantación de identidad del cliente suele verificarse en circunstancias que escapan al control del banco, y que normalmente involucran un cierto nivel de descuido del cliente. En este contexto, equiparar el incendio de una bóveda del banco a la suplantación informática de un cliente resulta inequitativo, no solo porque en el segundo caso no hay una pérdida de especies determinadas que son propiedad del banco, sino porque se trata de una situación que está fuera de su esfera de control.

En síntesis, nadie duda que el cuentacorrentista tiene un crédito contra el banco, que consiste en una obligación genérica, y que el banco no puede eximirse de cumplir con su obligación por la pérdida de objetos que correspondan a dicho género. Sin embargo, es igualmente cierto que en el *phishing* no se verifica el perecimiento de especies monetarias que son de propiedad del banco. Por lo mismo, las normas generales del depósito irregular relativas al perecimiento de objetos depositados resultan inaplicables para determinar la atribución del riesgo en caso de fraude bancario.

### 3. *La cuenta corriente como depósito irregular y los deberes de cuidado de las partes*

Si bien la doctrina suele considerar que el depósito en cuenta corriente constituye jurídicamente un depósito irregular<sup>19</sup>, solo pueden asociarse consecuencias puntuales a esta afirmación. Esta naturaleza jurídica implica, por ejemplo, que el cuentacorrentista puede exigir la devolución del monto depositado cuando quiera –a diferencia del mutuo– o que el banco puede disponer del dinero depositado en calidad de dueño, lo que viabiliza el negocio bancario<sup>20</sup>. Fuera de aplicaciones puntuales como estas, existe una regulación especial en torno a la cuenta corriente, la cual exhibe una serie de características que son ajenas al depósito irregular y que lo dotan de una fisonomía propia<sup>21</sup>, lo que obliga a

<sup>19</sup> CLARO (1935), pp. 50-53; PUELMA (1971), pp. 77 y 81-82; GUZMÁN (2016), pp. 119-120.

<sup>20</sup> GEVA (2011), p. 586; GUZMÁN (2016), pp. 19, 30-31 y 113-114.

<sup>21</sup> PUELMA (1971), p. 64.



ser cuidadoso al aplicar las normas del depósito irregular a cualquier aspecto de la cuenta corriente.

Como se indicó en el acápite precedente, las normas sobre el riesgo de pérdida de las especies entregadas en el depósito irregular no ofrecen una solución al problema de los fraudes informáticos, desde que en este último caso no tiene lugar la pérdida de especies monetarias determinadas de propiedad del deudor. El núcleo del problema del fraude bancario estriba en la suplantación de la persona del deudor. En este contexto, en lugar de fijar una atribución objetiva de responsabilidad –como se desprende con claridad del fallo bajo análisis– corresponde evaluar los riesgos que entrañan las transferencias de fondos, determinar quién está en posición para evitarlos y, sobre la base de esto, fijar deberes de cuidado a cada parte, sea legal o contractualmente.

Si bien el problema del *phishing* es relativamente reciente, es posible encontrar normas para un problema análogo, como es la falsificación del cheque: en principio, la pérdida asociada al cobro de un cheque falsificado será de cargo del cuentacorrentista, ya que él debe cuidar su chequera; sin embargo, al banco le corresponde verificar, entre otras circunstancias, que la firma no sea visiblemente disconforme, por lo que será él quien responda en caso de no cumplir con este deber. De esta forma, se establece una distribución del riesgo atendiendo a los deberes de cuidado que cabe exigir de cada parte. La solución es más equitativa que hacer responder siempre al banco sobre la base de la existencia de una obligación de género con el cuentacorrentista.

Problemas de este tipo se ven exacerbados con la implementación de mecanismos tecnológicos que, aunque agilizan las operaciones bancarias, introducen nuevos desafíos. Se trata de riesgos que se verifican en mayor o menor medida no solo con las transferencias bancarias entre cuentas de distintos usuarios, sino con otras operaciones y productos bancarios, como las tarjetas de crédito o los giros desde cajeros automáticos. En todos estos casos pueden verificarse fraudes urdidos por terceros, los cuales, en muchos casos, contarán con el descuido del usuario. Considérese, por ejemplo, la posibilidad de girar dinero desde un cajero automático valiéndose de una tarjeta y de una clave. Puede ocurrir que un cliente pierda su billetera, donde tenía (negligentemente) anotada su clave junto con su tarjeta bancaria, lo que facilitaría que un tercero lo suplante. En este contexto, resultaría cuestionable que el cliente asegurara asegure mantener intacto su crédito contra el banco basándose solo en que este último pagó a un tercero no autorizado<sup>22</sup>.

El análisis de estos supuestos permite a su turno descartar la comparación propuesta por Hernán Corral, quien avala la decisión de la Corte proponiendo a modo de analogía que, si un tercero se hiciera pasar por un cliente del banco y lograra retirar fondos imitando su firma, el banco no podría excusarse frente al cliente alegando que fue este último quien sufrió la sustracción<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> El caso es discutido por BECKER *et al.* (2017), pp. 117, 120-121.

<sup>23</sup> CORRAL (2019).

Esta comparación con el caso bajo análisis no resulta del todo afortunada si se considera que la verificación de la identidad de un sujeto que concurre a un banco cae bajo la esfera de control de este último, sin que el cliente intervenga en modo alguno, a diferencia de lo que ocurre en los casos de fraude anteriormente reseñados.

Los términos específicos en los que conviene regular la distribución de riesgos frente al fraude bancario exceden el propósito del presente comentario<sup>24</sup>. Cabe, en todo caso, apuntar que resulta difícil exigir, como han propuesto algunos autores<sup>25</sup>, que los bancos ofrezcan una “seguridad desde el diseño”, es decir, que se elimine cualquier posibilidad de que el cliente sea víctima de un fraude, sobre todo si se considera la sofisticación y creatividad de quienes cometen estas conductas. Hay un nivel mínimo de diligencia del usuario que difícilmente puede dejar de exigirse<sup>26</sup>, como ocurriría si se eximiera al cliente de responder por la culpa grave, con la consecuente imposibilidad de diferenciar un actuar doloso. En cualquier caso, pese a que algunos autores recomiendan que sea el banco quien asuma siempre la pérdida monetaria asociada al fraude, a fin de reforzar la confianza en las transacciones electrónicas<sup>27</sup>, los costos probablemente serían traspasados a los propios clientes<sup>28</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

La construcción de una responsabilidad objetiva de los bancos frente a transacciones fraudulentas, basada en su propiedad sobre los dineros sustraídos y en la existencia de una obligación de género para con el depositario, resulta insostenible tanto términos prácticos como teóricos. La impracticabilidad del criterio resulta tan palpable que la Corte Suprema introdujo un análisis subjetivo en la jurisprudencia posterior al fallo bajo análisis. Esta inadecuación al tráfico jurídico se explica por un error conceptual, consistente en aplicar las reglas sobre pérdida de especies determinadas que son propiedad del deudor

<sup>24</sup> Para la regulación y desafíos en la experiencia comparada véase VAN DER MEULEN (2013) y BECKER *et al.* (2017). En nuestro país este problema es actualmente objeto de un proyecto de ley. *Boletín* 11.078-03.

<sup>25</sup> MENDOZA Y MUNITA (2019).

<sup>26</sup> Considérese, por ejemplo, que en Chile la Ley n.º 20009 regula específicamente la limitación de responsabilidad del usuario en las operaciones realizadas con tarjetas de crédito extraviadas, hurtadas o robadas, y que en este contexto se describen ciertos deberes de cuidado del usuario, sin fijarse una responsabilidad objetiva. Véase en este punto ARANCIBIA (2017), pp. 124, 126, 134 y 142. Sobre los distintos deberes que cabe exigir a las partes involucradas en la transferencia de fondos véase HERRERA (1999), pp. 302-312.

<sup>27</sup> VAN DER MEULEN (2013), pp. 716-718. Si bien la autora cita a este respecto la regulación estadounidense, cabe advertir que incluso los bancos que afirman eximir al cliente de la pérdida por fraude pueden alegar la autorización de la transferencia como motivo para negar el reembolso, según describe BECKER *et al.* (2017), p. 124.

<sup>28</sup> CORRAL (2019).

a la transferencia fraudulenta de fondos. En este último caso no es posible hablar de la pérdida de dinero propiedad del banco, ya que no hay especies monetarias determinadas involucradas. Forzar la aplicación de las reglas del depósito irregular en este contexto resulta especialmente inicuo, considerando que pone de cargo del banco una serie de situaciones que están fuera de su esfera de control. Es por ello que la determinación de quién debe asumir la pérdida patrimonial asociada al fraude debe tomar en consideración los deberes de cuidado asignados legal o contractualmente a cada parte. Este es por lo demás el camino elegido por la reciente jurisprudencia, por lo que es de esperar que la aplicación de las normas del depósito irregular como criterio objetivo para la asignación del riesgo por fraude bancario caiga en el olvido en el futuro cercano<sup>29</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALVEAR, Julio (2019). “El banco y nuestras cuentas corrientes”. *El Mercurio Legal*, 18 de junio de 2019. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/18/El-banco-y-nuestras-cuentas-corrientes.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/18/El-banco-y-nuestras-cuentas-corrientes.aspx) [fecha de consulta: 8 de julio de 2019].
- ALVARADO HERRERA, Lucía (1999). *La transferencia bancaria*. Madrid: CES.
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2017). *Tarjetas de crédito-responsabilidad de los bancos*. Santiago: DER Ediciones.
- BECKER, Ingolf *et al.* (2017). “International comparison of bank fraud reimbursement: customer perceptions and contractual terms”. *Journal of Cybersecurity*. Vol. 3, n.º 2. Oxford.
- BOADA MORALES, Sebastián (2019). “Naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”. *Revista de Derecho Privado*. N.º 36. Bogotá.
- CLARO SOLAR, Luis (1935). “El depósito de dinero y especialmente del depósito bancario”. *RDJ*. Tomo 32. Primera parte, n.º 3 y 4. Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019). “Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario”. *El Mercurio Legal*, 12 de julio de 2019. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/07/12/Fungibilidad-del-dinero-y-riesgo-de-fraude-bancario.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/07/12/Fungibilidad-del-dinero-y-riesgo-de-fraude-bancario.aspx) [fecha de consulta: 26 de julio de 2019].
- GEVA, Benjamin (2011). *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages-A Legal History*. Oxford/Portland/Oregon: Hart.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2016). *Los actos y contratos irregulares en el derecho chileno*. Santiago: Ediciones UC.

<sup>29</sup> Agradezco al profesor Álvaro Vives Martens por sus comentarios a un borrador preliminar de este texto.

- MENDOZA, Pamela y Renzo MUNITA (2019). “Depósito irregular, fungibilidad y seguridad”. *El Mercurio Legal*, 4 de julio de 2019. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/07/04/Deposito-irregular-fungibilidad-y-seguridad.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/07/04/Deposito-irregular-fungibilidad-y-seguridad.aspx) [fecha de consulta: 8 de julio de 2019].
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POTHIER, Robert Joseph (1861). *Œuvres*. Paris: Cosse et Marchal / Henri Plon. Vol. v.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971). *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RUIZ, Fernando (1999). “El documento electrónico frente al derecho civil y financiero (Chile)”. *AR: Revista de Derecho Informático*. N.º 16. Disponible en [www.robertexto.com/archivo12/docum\\_electronico.htm](http://www.robertexto.com/archivo12/docum_electronico.htm) [fecha de consulta: 7 de octubre de 2019].
- VAN DER MEULEN, Nicole (2013). “You’ve been warned: Consumer liability in Internet banking fraud”. *Computer Law & Security Review*. N.º 29. [s.l.].

### *Jurisprudencia citada*

- 204 Badrie con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 4 de octubre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 15.126-2019.
- Bottai con Campomanes (2018): Corte Suprema, 20 de junio de 2018 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 2.196-2018.
- Carlos Aguilera Klenner con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 8 de octubre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 7.702-2019.
- Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 7.155-2019.
- Jara con Banco del Estado de Chile (2019): Corte Suprema, 2 de abril de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 32.718-2018.
- Maderas Juan Valenzuela Caro y Compañía Limitada con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 13.249-2019.
- Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019): Corte Suprema, 29 de mayo de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 29.892-2018.
- Rodrigo Bravo Fuentes con Banco del Estado de Chile (2019): Corte Suprema, 19 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 12.317-2019.
- Rossana González Oporto con Banco Estado (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 16.068-2019.