

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR FRAUDES INFORMÁTICOS A LA LUZ DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*

CIVIL LIABILITY OF BANKS FOR COMPUTER FRAUD IN LIGHT OF THE CONSUMER PROTECTION ACT

*Renzo Munita Marambio***
*Cristian Aedo Barrena****

RESUMEN: Se abordan problemas relativos a la verificación de actos de *hacking* bancario, proyectándolos desde la afirmación que lo que vincula al banco con sus clientes es una relación de consumo. Entendemos que existe un deber de seguridad que recae en el banco, cuyo incumplimiento debe presumirse una vez materializado el fraude. Analizamos el problema considerando como víctima a personas jurídicas, aquello nos permite pronunciarnos sobre la pertinencia indemnizatoria del daño moral de dichas entidades. Nos interrogamos sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil a través del cual el cuentacorrentista, o usuario de tarjetas bancarias, puede perseguir la responsabilidad del banco.

PALABRAS CLAVE: Fraude bancario, *pharming*, *phishing*, Pyme, seguridad, daño moral.

* Este artículo forma parte del Fondecyt de Iniciación número 11190188, denominado “La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno”, del cual Renzo Munita Marambio es el investigador responsable y del proyecto Fondecyt Regular número 1191729, denominado “Delimitación de regímenes de responsabilidad civil. Elementos y factores a considerar para una parcial unificación”, del que Cristian Aedo Barrena es investigador principal.

** Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl

*** Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl

ABSTRACT: Problems related to the verification of bank hacking acts are addressed, projecting them from the affirmation that what links the bank with its clients is a consumer relationship. We understand that there is a security duty that falls on the bank, whose non-compliance must be presumed once the fraud has materialized. We analyze the problem considering legal entities as a victim, which allows us to rule on the compensatory relevance of the moral damage of said entities. We ask ourselves about the civil liability regime through which the account holder, or user of bank cards, can pursue the bank's responsibility.

KEYWORDS: Bank fraud, pharming, phishing, SMEs, security, moral damage.

I. INTRODUCCIÓN:

PROBLEMAS PLANTEADOS

La relación entre el banco y su cliente, en especial tratándose del contrato de cuenta corriente, importa una especial colaboración entre las partes que celebran dicho contrato. En virtud de este, el cliente no solo ha depositado su dinero, sino, también, su confianza. El desequilibrio es apreciable, pues se recurre precisamente a la entidad para que sea ella quien custodie el activo, en su calidad de profesional, toda vez que representa para el interesado garantía de seguridad en ese sentido. La decisión, por cierto, no implica un acto de altruismo de parte del banco, toda vez que, a cambio de la custodia es devengado un costo de mantención e, incluso, puede realizar actividades de intermediación financiera (art. 40 Ley General de Bancos) e incrementar mediante ellas su propio patrimonio, en la medida en que dé cumplimiento a las órdenes de pago que el cliente le formule hasta la concurrencia de la cantidad consignada en dicha orden (art. 1º del DFL n.º 707 del 7 de octubre de 1982, que comprende la ley de cuentas corrientes, bancarias y cheques).

Es en el marco de esta relación que pueden ocurrir situaciones de fraude, por parte de terceros, que afecten la cuenta corriente del cliente. En particular, eventos de *phishing*, que consisten en una pesca, en el sentido de la obtención de los datos personales del cliente bancario, mediante la digitación de estos por aquel, luego de sucumbir al programa tanto fraudulento como inductivo, dirigido en su contra por el sujeto activo del ilícito. Piénsese, por ejemplo, en la recepción de correos electrónicos que en apariencia disponen de una información importante (premios, alertas, etc.), que para ser leída se requiere necesariamente la información bancaria de parte del usuario. En el *phishing* el papel del cliente bancario en la facilitación de su

información es determinante, no hay virus involucrados, solo una inducción fraudulenta y una participación. Por otra parte, también el *pharming*, constituye una especie de fraude bancario, el cual supone un virus que redirige el dominio del banco hacia otro sitio ya diseñado. Luego, cada vez que cualquier cliente pretenda ingresar en la página, indefectiblemente lo hará en la fraudulenta. Vemos que el papel del usuario en la comunicación de sus datos es menos determinante, pues, en principio, no tendría como precaver que el nombre de dominio se encuentra intervenido¹. Ambos ilícitos revelan el núcleo del *hacking* bancario desde el cual proyectamos estas líneas.

En algunos de los indicados contextos de fraude, puede surgir responsabilidad civil para la institución bancaria. Máxime si en los días en los que redactamos este artículo, ha superado el examen de constitucionalidad el *Boletín* n.º 11.708-03, consistente en un proyecto de ley, sobre el cual nos referiremos, que iniciado por moción de los senadores Manuel José Osandón, Lily Pérez y Eugenio Tuma, y que modifica la Ley n.º 20009², que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, en lo relativo a la responsabilidad del usuario y del emisor en casos de uso fraudulento de estos medios de pago. En términos generales el proyecto se hace cargo de ilícitos cometidos *sin tarjeta presente* integrando el vacío dejado por la indicada Ley n.º 20009, que se ocupa de manera exclusiva de fraudes cometidos *con tarjeta presente*, esto es, que operan cuando el defraudador materialmente, mediante el robo, hurto, o por el extravío del plástico se ase de él, configurándose la exoneración de responsabilidad para el titular de la tarjeta (o *usuario*, como prefiere denominarlo el proyecto, véase nuevo art. 2º) mediante la notificación de la sustracción o extravío de la misma a su emisor. El vacío normativo se hace palpable, entonces, si es que el cliente ignora que sus datos bancarios vinculados a su cuenta o tarjeta están siendo mal utilizados y, por tanto, no lo puede notificar de forma oportuna. Para mayor claridad, hacemos presente que la aplicación de la ley se extiende igualmente a tarjetas de débito, y a la generalidad de transacciones electrónicas, lo que para nuestros propósitos resulta relevante.

Así las cosas, de acuerdo con dicha responsabilidad, y proyectando que lo que vincula al banco con sus clientes es una relación de consumo, son varias las aristas que pueden ser tanto exploradas como afirmadas. Desde la afirmación, queda en evidencia el plano asimétrico que une a las partes en la

¹ Sobre la distinción puede revisarse, OXMAN (2013), p. 215 ss.

² Ley n.º 2.009, de 1 de abril de 2005, que crea un marco jurídico de exención de responsabilidad para el tarjetahabiente respecto de los robos, extravíos y hurtos de sus tarjetas de crédito o débito, en cuanto el propio usuario denuncie tal hecho al emisor.

relación bancaria. El banco, parte fuerte en el vínculo, radica su fortaleza en la disposición de medidas destinadas a prevenir el fraude, posición en la que el cliente no se le puede equiparar. De lo anterior es posible desprender que existe un deber de seguridad que recae en el banco, cuyo incumplimiento ha de presumirse una vez materializada la contingencia, aunque nada impida que el mismo no pueda interponer acciones contra el cliente, por su falta de prudencia o contra un tercero por el fraude. A su turno, la calidad de cliente, aunque pueda ser analizada desde la perspectiva de personas naturales, también puede seguirse desde la extensión de las reglas del consumo también al estatuto Pyme, punto que justificaremos mediante una referencia al espectro subjetivo de la Ley n.º 19496. Nos parece en especial relevante este último enfoque, toda vez que al ser una persona jurídica la afectada por el fraude, podría ponerse bajo cuestionamiento su derecho a interponer una acción indemnizatoria por daño moral. Consideramos importante pronunciarlos de igual forma sobre el régimen de responsabilidad civil a través del cual el cliente bancario puede perseguir la responsabilidad del banco, precisamente en el campo de la demanda indemnizatoria por daño moral. Así, no son de forma indispensable las normas de responsabilidad contractual las que permitan comunicarle al juez las pretensiones del afectado, por cuanto en esta materia consideramos que la cuestión puede ser tratada, incluso, desde un ejercicio unitario del estatuto de responsabilidad.

Indicado lo anterior, estructuramos desde tres interrogantes nuestro propósito investigativo, primero, ¿cuál es el alcance subjetivo de las normas de protección del consumidor en el problema declarado?; segundo, ¿cuál es el régimen de responsabilidad civil que sujeta al prestador del servicio bancario, en particular a propósito del sistema de transferencias seguras? y, tercero, ¿este régimen y los sujetos protegidos, inciden en la reparación, especialmente tratándose del daño moral?

II. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO A LA ACTIVIDAD BANCARIA COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A. La actividad bancaria como servicio financiero

No cabe duda que, en lo que atañe a las relaciones entre el banco o institución financiera y el cliente, pueden aplicarse las normas de la Ley n.º 19496. Si bien, el art. 2bis, introducido por la Ley n.º 19955, de 14 de julio de 2004, prescribe que la indicada normativa no puede ser destinada a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comer-

cialización de bienes o prestación de servicios regulados en leyes especiales, pues como precisamente enseña Ricardo Sandoval:

“Se trata de actividades mercantiles que están sujetas a una normativa especial, como ocurre por ejemplo con la actividad bancaria, financiera, cambiaria, de intermediación de valores, de seguros, de medios de comunicación escritos, radiales o televisivos, de telecomunicaciones, de transporte aéreo, etc.”³,

no es menos cierto, que en las materias que las leyes especiales no prevean, como así ocurre en las relaciones entre el banco y el cliente derivadas de los derechos establecidos a favor de los consumidores, es aplicable, en carácter supletorio, las normas de la Ley n.º 19496. De hecho, el mismo autor antes citado, argumenta:

“Sin embargo, en las materias que estas leyes especiales no contemplan, como por ejemplo, publicidad, contratos de adhesión, organización de consumidores, promociones, ofertas e información, son aplicables las reglas de la ley de protección de los derechos del consumidor”⁴.

Por otra parte, la aplicación de las normas de consumidor en favor de lo clientes bancarios y, el carácter de desequilibrio contractual que entraña su protección, quedó reafirmado definitivamente con la dictación de la Ley n.º 20555, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de diciembre de 2011, Sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor, al inferirse de sus disposiciones que el legislador concibe la relación banco-cliente como un servicio financiero. De aquí que afirmemos que el problema respecto del cual nos pronunciamos sea perseguible desde la perspectiva de la protección al consumidor. Este ingresa en el campo de aplicación de la de la Ley n.º 19496, en particular, por vulneración de las letras b y d del art. 3, así como el art. 23 de la indicada ley. Para mayor claridad, la primera de las letras mencionadas establece como un derecho del consumidor, el postular “a una información veraz y oportuna”; la segunda, se refiere a la legítima aspiración a su “seguridad en el consumo de bienes o servicios”. El art. 23, a su turno, ordena:

“Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o

³ SANDOVAL (2004), p. 26.

⁴ *Op. cit.*, pp. 26-27.

deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, substancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

De la aplicación de ambas normas, detectamos que, en el problema en cuestión, el elemento esencial de las relaciones de consumo: la asimetría, se encuentra presente.

Precisando, para apreciar adecuadamente la órbita de las normas del consumo desde una lógica empresarial, y cómo ellas repercuten en el problema de responsabilidad que analizamos, consideramos relevante detenernos en los alcances de la Ley n.º 20416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, de 3 de febrero de 2010. La conexión corresponde ser enfocada, en la existencia de Pymes que pudiendo ser cuentacorrentistas, resulten afectadas por eventos de fraude bancario. La contingencia, amerita diversas observaciones, entre otras, las relativas a la previsibilidad del daño, como al cuestionamiento en torno al daño moral, tal como retomaremos sobre el final de nuestro trabajo. Partamos por explicar la aplicabilidad de las normas del consumo al estatuto Pyme.

B. La extensión de las reglas de consumo al estatuto de las Pymes

Para analizar esta cuestión, es necesario tener presente lo preceptuado en el art. 9 de la Ley n.º 20416; la disposición ordena:

“Rol de Consumidoras. Establécese la protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras, en los términos que siguen: 1) **Ámbito de Aplicación.** El presente artículo tiene por objeto normar las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, establecer las infracciones en perjuicio de aquellas y señalar el procedimiento aplicable en la materia. Para los efectos de esta ley se entenderá por proveedores las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1º de la ley N° 19.496, desarrollen las actividades allí señaladas respecto de micro y pequeñas empresas”.

Por su parte, el art. 2 preceptúa:

“2) **Normas Aplicables.** Serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley N° 19.496 en los párrafos 1º, 3º, 4º y 5º del Título II, y en los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes. En ningún caso serán aplicables las normas relativas al rol del Servicio Nacional del Consumidor. La aplicación de las disposiciones

señaladas precedentemente será irrenunciable anticipadamente por parte de las micro y pequeñas empresas”.

Desprendemos que, tratándose de empresas de menor tamaño, no resulta aplicable la exigencia de que el acto, como destinatario final, sea civil para el consumidor. La Ley n.º 20416 expresamente le confiere la protección de las normas del consumidor a quienes, acorde las disposiciones de la Ley n.º 19496, tendrían la calidad de proveedores. Despeja toda duda en la aplicación de las normas de protección del consumidor, el art. 9, n.º 6, que dispone:

“Si las infracciones a lo dispuesto en este artículo se refieren a la adquisición o contratación de bienes o servicios que se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa, el tribunal deberá considerar en la aplicación de la multa que proceda, que el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción”.

Con todo, para que tengan aplicación las normas de protección del consumidor a favor de las empresas, debe tratarse de una micro o pequeña empresa. Por eso, es necesario atender al régimen de los sujetos, regulado en el art. 2º. Conforme a dicha norma:

“Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”.

Para determinar el valor de las ventas anuales, el art. 2 establece:

“El valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro señalado en el inciso anterior se refiere al monto total de éstos, para el año calendario anterior, descontado el valor correspondiente al impuesto al valor agregado y a los impuestos específicos que pudieren aplicarse”.

Esta normativa amerita una doble reflexión. En primer lugar, es evidente que la extensión de las reglas de protección del consumidor favorece

a pequeñas y medianas empresas y evita que estas se encuentran doblemente gravadas, con lo que Francisco Vincent denomina el “efecto sándwich”, pues por una parte, quien es identificado como proveedor de un servicio o empresario está sujeto a las condiciones contractuales impuestas por un tercero, cuyo poder negociador y, a menudo, acceso a la información, produce el mismo desequilibrio que en las relaciones entre empresarios y consumidores⁵. Por otro lado, resulta posible la extensión de estas reglas a ámbitos que, aunque regulados en normas especiales, son fuentes permanentes de problemas de responsabilidad civil, lo que resulta en especial relevante si es una persona jurídica.

En segundo término, la técnica legislativa no fue rigurosa y presenta problemas en su aplicación, al menos en un triple sentido. El primer lugar, como se ha visto, la aplicabilidad de las normas protectoras de consumo dependerá de la prueba que logre rendir el demandante, del nivel de ventas anuales. En muchas ocasiones, los tribunales carecen de dichas pruebas y por no tratarse de una investigación penal, asociada a una evasión tributaria, el Servicio de Impuestos Internos niega la información tributaria si esta es solicitada por la vía de una medida para mejor resolver, por ejemplo. En segundo lugar, cabe preguntarse si el tribunal, de primera o segunda instancia, debe resolver el asunto con invocación de las normas contenidas en la Ley n.º 20416, tanto para acoger como para rechazar la demanda, cuando las partes no las han invocado, porque en la mayoría de los casos las desconocen. Y, en tercer lugar, está la pregunta más profunda acerca de si las normas de protección de los consumidores, incluyendo pequeñas y medianas empresas, tiene carácter sustantivo y, por consiguiente, pueden invocarse –y correlativamente aplicarse por el juez, cuando el procedimiento en el que se reclaman, por ejemplo, para sostener que se está frente a cláusula abusiva, no es el establecido en la Ley n.º 19496.

Visto lo anterior, dejemos en suspenso, por un momento, la aplicabilidad de la contingencia al estatuto Pyme y sus consecuencias y concentrémonos en aspectos suscitados a consecuencia de la indefinición del régimen de responsabilidad civil a través del cual debe ventilarse el asunto al que nos referimos en este trabajo.

⁵ VICENT (2004), p. 55. Como advierte el citado autor: “De esta forma, las grandes empresas (a veces multinacionales), podrán imponer sus condiciones generales a las numerosas pequeñas y medianas empresas y microempresas españolas (partiendo de la tesis que éstas no necesitan la protección de la LCGC en punto al contenido del contrato), mientras que éstas PYMES o microempresas (que constituyen más del 95% de las empresas españolas) tendrán que respetar el régimen más riguroso de la LCGC y LGDCU en sus relaciones con los consumidores. Es lo que podríamos denominar el efecto sándwich”.

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE

A LOS BANCOS POR FRAUDES BANCARIOS

A. *Fraude bancario y obligación de seguridad*

Como en toda relación contractual, puede distinguirse tratándose del contrato de cuenta corriente, el deber central y primario del deudor, consistente en realizar la prestación pactada, a saber: cumplir las órdenes de pago de sus clientes (art. 1º del DFL n.º 707). Junto a este evidente *deber central del deudor existe*, sin embargo, toda una serie de *deberes accesorios o secundarios*⁶. Siguiendo a Luis Díez-Picazo, la infracción del deber principal o deber central de prestación supone incumplimiento en sentido técnico, mientras que la omisión total de los deberes accesorios no origina un verdadero y propio incumplimiento, sino solo un cumplimiento defectuoso, cuyas consecuencias y cuyo régimen jurídico son netamente distintos. Ello tiene una lectura desde el punto de vista de la exigibilidad, pues entiende Luis Díez-Picazo que el deber principal puede ser exigido por el acreedor de forma plena y total, mientras que la exigibilidad de los deberes secundarios corresponde a una prerrogativa que debe ser matizada: efectivamente, hay algunos que pueden exigirse en plenitud y con separación de la prestación principal, mientras que otros, aun cuando son inexigibles en sí mismos, su falta de cumplimiento puede desencadenar consecuencias de otra índole, como el resarcimiento⁷. En todos estos casos, pensamos, los referidos deberes son auténticas obligaciones, entendido el concepto en sentido clásico.

Ahora bien, en cuanto a la regla contractual, se debe tener presente, siguiendo a Álvaro Vidal:

“El contrato no se concibe sólo como un instrumento creador de derechos y obligaciones sino, también, como mecanismo de organización y satisfacción del interés de las partes. Se habla de una noción más realista del contrato, que no lo entiende sólo como un dispositivo de creación

⁶ Siguiendo a Luis Díez-Picazo: “...tenemos que llegar a la conclusión de que el deudor debe procurar, por lo menos en ocasiones, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar en cuanto sea necesario su cooperación para que se produzca un resultado útil de la prestación. Esto no implica, de ninguna manera, decir que el deudor sólo cumple si la prestación alcanza la utilidad -querida o esperada- del acreedor, pero si que, cuando su cooperación es necesaria para el pleno resultado útil de la prestación, el deudor debe esta cooperación. Esta idea conduce a una ampliación o a un ensanchamiento de la situación de deuda o, si se prefiere, a una integración del deber estricto de prestación mediante una serie de deberes accesorios”. DIEZ-PICAZO (1964), p. 362.

⁷ *Op. cit.*, p. 364.

de relaciones jurídicas, aunque también le corresponda ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio a disposición de los particulares para organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de los mismos. En efecto, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Éstas, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que sólo obtendrán con el cumplimiento fiel y oportuno del contrato, propósito que interesa en la medida que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual⁸.

Así, como señalan Álvaro Vidal e Iñigo de la Maza, el propósito práctico del contrato se ha traducido en el ámbito jurisprudencial, en una extensión de las reglas del contrato, más allá de lo pactado expresamente, de acuerdo con las reglas de la buena fe⁹. En la misma línea, la función integradora a partir de la buena fe, cumple la función, como enseña María Graciela Brantt, de definir una órbita de riesgos que son asumidos de manera contractual. Señala la autora:

“Tomando en cuenta ese conocimiento real o presunto, y con base en la buena fe, pueden considerarse asumidos por el deudor aquellos riesgos originados en la actividad que debe desarrollar para cumplir, de modo tal que el acreedor puede a su vez contar con que, de verificarse un riesgo que corresponda a dicho ámbito, el deudor lo controlará –impidiendo que afecte el cumplimiento– y de no ser así, le indemnizará el daño derivado del incumplimiento. En este sentido, adquiere relevancia la buena fe, que actúa generando y protegiendo la confianza del acreedor en el control de dichos riesgos por parte del deudor”¹⁰.

Más allá, en una perspectiva conceptual resulta necesario tener presente que la integración contractual consiste en aquella operación jurídica a la que recurre el juez cuando, enfrentado a una cláusula estimada oscura, esta implica o importa una laguna en el acuerdo que debe ser subsanada por la labor jurisdiccional, que es, en definitiva, lo que el juez *a quo* debe realizar. En otras palabras, al estimarse que la cláusula es oscura, sirviéndose de un ejercicio de interpretación analógica en clave de buena fe, pueden ser

⁸ VIDAL (2011), p. 258.

⁹ VIDAL y DE LA MAZA (2014), pp. 19-23. Sobre esta cuestión, en profundidad, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 182-190. En el mismo sentido, incluso para fundar, desde la regla de previsibilidad, la culpa del acreedor en el daño, véase SAN MARTÍN (2017), en especial p. 603 ss.; SCHOPF (2018), pp. 118-120.

¹⁰ BRANTT (2010), p. 87. Con una óptica distinta, relativa al tipo de objeto pactado, véase el interesante análisis de MEJÍAS (2011), p. 101 ss.

determinada la dimensión de las obligaciones accesorias que han nacido a consecuencia del acuerdo. En este sentido, Luis Díez-Picazo enseña:

“la doctrina ha hablado de interpretación integradora cuando, siendo la declaración de voluntad clara, presenta lagunas y hace necesaria una reconstrucción conjetural de la declaración”¹¹.

Dicha labor de integración, como ya indicamos, se realiza con recurso a la regla de la buena fe como patrón de comportamiento leal y correcto en la ejecución contractual, cuestión reconocida en la doctrina.

Desde nuestro sistema, dicha función integradora se realiza en función del art. 1546 del *Código Civil*. Los contratos, dice la norma, deben ejecutarse (no solo cumplirse), de buena fe y, por consiguiente, obligan a lo pactado, y a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella. Pero es la misma disposición la que señala los límites de la integración: la buena fe, en nuestro derecho, no es un recurso autónomo de integración. Así, la integración es permitida en la medida que se practique en relación de aquellas cosas que pertenecen a la naturaleza de una obligación pactada o que pueden incorporarse por ley o en razón de la costumbre. Y, así entre nosotros, la función tiene claros límites específicos, teniendo presente, en primer término, la propia estructura o naturaleza de la obligación contraída. Se trata, pues, como se advierte, de precisar los alcances de una obligación pactada, no de crear autónomamente otra distinta, por mucho que se vincule con la primera¹².

De conformidad a lo anterior, es perfectamente plausible suponer que el banco compromete respecto de su cliente un deber de seguridad que aun cuando no se pacte de forma expresa es posible vincularlo a sus prestaciones contractuales. Dicho deber puede ser construido –o integrado– desde la buena fe, tal como expusimos, o, incluso, en el propio tenor literal de la Ley n.º 19496, toda vez que el art. 23 lo ordena a través de un imperativo que la institución financiera no puede soslayar.

Expuesto lo indicado, aproximémonos al régimen de responsabilidad civil que rige al banco, en materia daños derivados por los fraudes informáticos antes referidos. Si bien hemos defendido la idea que la relación banco, cliente se enmarca entre los linderos del derecho del consumo, consideramos importante examinar cual es el estatuto de responsabilidad que debiera ser activado en el propósito de perseguir la declaración de responsabilidad civil que quepa a la entidad bancaria. El punto evocado obedece a una cuestión que no advierte discusión ni tratamiento entre nosotros.

¹¹ DÍEZ-PICAZO (2007), p. 508.

¹² Véase, en este sentido, TAPIA (2015), p. 546 ss.

B. Régimen de responsabilidad civil: una propuesta unitaria

Es innegable que los daños causados al consumidor, cliente del banco, derivados de fraudes informáticos, pueden ventilarse en el ámbito contractual. La responsabilidad contractual, en el sentido propio del término, queda circunscrita al incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos¹³. Un régimen de responsabilidad contractual excluye, en principio, la aplicación de las reglas de responsabilidad aquiliana¹⁴. Ahora bien, dado que el contrato determina una órbita de riesgos ya asumida por los contratantes¹⁵, el ámbito de la reparación está limitado a lo que las partes previeron a la época de celebración del contrato¹⁶. Como afirma John Fleming, mediante el contrato, se trata de promover una voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que en la responsabilidad extracontractual se asignan riesgos, de acuerdo con las valoraciones de la comunidad, por decisión de los tribunales o la ley¹⁷. Pero la delimitación de la responsabilidad contrac-

¹³ En este sentido, BARROS (2007), pp. 724-725; VIDAL (2011), p. 764. En un sentido técnico, la noción de incumplimiento solo puede asociarse al incumplimiento de una obligación y nunca a la insatisfacción de una carga o de un deber (que, en el derecho italiano, se denomina *obblighi*, para diferenciarlo con la *obbligazione*. Véase, por todos, BIANCA (2018), pp. 3-4.

¹⁴ AEDO (2018), p. 621 ss.

¹⁵ BRANTT (2010), p. 86 ss.; MEJÍAS (2011), pp. 96-97. Como señala NEME (2018), pp. 112-113: "La capacidad de adaptación del contrato se extiende hasta los imprecisos terrenos del riesgo que habrán de asumir los contratantes en conformidad con el equilibrio económico del contrato. Aun en los eventos de riesgo extraordinario que no pueden resolverse a la luz de las condiciones pactadas originalmente, y que exigen, por ende, una recomposición del equilibrio del contrato, la propia estructura contractual nos orienta, pues permite establecer unas relaciones de coordinación y complementariedad entre los riesgos típicos de la actividad, las previsiones expresadas de las partes relativas a la asunción de riesgos, y, en particular, la delimitación del álea normal del contrato, las relaciones de las partes...".

¹⁶ La delimitación de los daños contractuales, con claros precedentes en el derecho romano y el antiguo derecho francés, se introdujo en la mayor parte de los *Códigos* decimonónicos de la familia del francés. En principio, el *Código Civil* francés que, en su actual redacción, contempla la limitación de los daños reparables a los previstos a la época de celebración, en el actual art. 1231-3 es un criterio que se ha sostenido hasta los instrumentos europeos de unificación más modernos. Entre los instrumentos europeos, pueden mencionarse los Principios Europeos de Derecho de Contratos, art. 9:503; el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, DCFR, III. 3:703. También se acoge la regla en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, PLDC, art. 107. En el *Common Law*, también se indemnizan, como daños, por regla general, las pérdidas económicas derivadas del incumplimiento, atendida la protección de lo que Fuller y Perdue denominan confianza esencial. Véase también, CARTWRIGHT (2019), pp. 389-392 y BURROWS (2019), pp. 91-97; 105-106.

¹⁷ FLEMING (1987), p. 2. Véase también CARTWRIGHT (20199), p. 121.

tual y extracontractual, fundada en el riesgo, importa, como condición, que las partes se encuentren en una genuina de posición de distribuir sus riesgos¹⁸. El presupuesto es, por consiguiente, una relativa igualdad de las partes, al menos formal, que suponga un igual acceso a la información y a las condiciones de contratación¹⁹. Ello justifica en las codificaciones, incluso en aquellas que se han introducido recientes reformas, la mantención de los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y del *pacta sunt servanda*²⁰.

En nuestro entender, el fenómeno contractual moderno se aleja, en amplios campos de la actividad social, de los idearios contractuales de la codificación²¹. Esta cuestión es de vital importancia en el tema que analizamos. En efecto, si las partes no están en posición de distribuir riesgos, la distinción entre los regímenes se vuelve difusa, pues la víctima obtiene similares resultados, en términos de daños indemnizables²². Por ello se ha venido alegando por una parcial asimilación²³. Es lo que acontece en el derecho chileno, donde hay ámbitos en que, por la asimetría técnica o económica, se abre paso a

¹⁸ ALPA, BESSONE, ROPPO (1982), p. 284.

¹⁹ Véase, para esta cuestión, BERNAD (2019), pp. 16-21.

²⁰ Véase, por ejemplo, para la reforma al *Código Civil* francés, TAISNE (2019), pp. 27-28. Para el derecho europeo, véase el análisis de SCHULZE (2017), pp. 117-120.

²¹ Para esta cuestión, en el derecho chileno, véase especialmente ISLER (2019), pp. 67-70. Para el derecho de consumo como remedio al desequilibrio contractual en el ámbito europeo, SCHULZE (2017), pp. 121-123.

²² Es lo que hemos sostenido en AEDO (2018), p. 649; 651. Véase, también MIQUEL (2015), vol. I, p. 180.

²³ Como afirma Mariano Yzquierdo: “Yo pienso que es cierto que el contrato supone este estatuto específico de distribución de riesgos entre las partes que lo celebran (cada uno, se dice, tiene el deudor que quiere tener; y sabe, o tiene ocasión de saber, en manos de quién coloca sus intereses) que lo diferencia, por lo pronto, de todo cuanto sucede en la responsabilidad extracontractual. Y ese específico régimen de distribución de riesgos determina un régimen concreto de responsabilidad que encuentra su origen en la autonomía de la voluntad. Pero ello no siempre es así: el panorama contractual de nuestros días se ve presidido por multitud de cauces contractuales en los que los contratantes (o mejor, uno de ellos) no tiene precisamente mucho tiempo para reflexionar. Contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, condiciones generales... presentan un estado de cosas en el que la autonomía de la voluntad no brilla tan luminosamente como lo hacía en la época de en la que el Código civil vio la luz. Y entonces, muchas veces es difícil encontrar justicia del resultado que se obtiene con bastantes de las diferencias de trato”. Véase, YZQUIERDO (2019), p. 107. En otro trabajo suyo, ha señalado: “Cuando los contratantes tienen ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de ‘verse las caras’, en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar (...)) Pero tanto más nos alejamos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas”. Véase YZQUIERDO y PIROZZI (2016), p. 140.

admitir la existencia de un régimen unitario o, bien, una franca opción para la víctima²⁴. Se estima, por consiguiente, que el contrato no garantiza suficientemente la justicia del vínculo, debiendo introducir ciertas correcciones que tiendan, como hemos dicho, más allá de las reglas de consumo, una cierta equivalencia en las posiciones contractuales²⁵.

En la materia que analizamos la situación no es diferente. Conforme a ello, bien puede afirmarse que, en las relaciones de consumo, y en especial en el vínculo núcleo de este trabajo, el esquema de responsabilidad civil tiene carácter unitario, por cuanto, por un lado, se rige por reglas especiales y, por otro, pues en aquello en que deba recurrirse a las reglas del *Código Civil*, los resultados en términos de la evaluación del comportamiento (culpa, causalidad), o de la reparación del daño, son equivalentes.

C. *Una mirada unitarista: un balance de riesgos, y su lectura por el derecho sectorial (Boletín n.º 11.708-03)*

C.1 En cuanto al balance de riesgos

Bien se trate de un régimen unitario o, bien, de un régimen de responsabilidad contractual, que autoriza a la víctima a demandar conforme a las reglas de la responsabilidad aquiliana, los resultados de la ponderación de culpa y de causalidad son análogos, ya lo esbozamos. Así, la culpa, en responsabilidad extracontractual, surge como violación de un modelo o estándar, lo que permite

²⁴ Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de accidentes de trabajo. Si demanda el trabajador, se ha entendido que el régimen es el contractual, por cuanto el deber de seguridad se incorpora a la relación laboral y ello sin perjuicio del cúmulo que la doctrina admite en este caso. Es posición uniforme de varias Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Aquí algunos ejemplos: Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de marzo de 1999, p. 175; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de marzo de 2000, p. 159. Más modernamente, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 16 de abril de 2007; Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 26 de octubre de 2011 (entendió que la firma del finiquito, liberaba al empleador de indemnizar por accidentes de trabajo). Sin embargo, desde temprano, la doctrina chilena había abogado por un régimen unitario. Véase, por todos, DÍEZ (2003), pp. 77-78. Otro ejemplo importante es la responsabilidad que deriva de la ruina de un edificio por vicios en la calidad de lo construido. La segunda órbita de responsabilidad, por ruina de edificio, está regulada en el art. 2324. Aquí la responsabilidad se configura en cuanto la ruina provenga de un vicio de la construcción y aplica, de modo directo, el régimen de responsabilidad contractual. Por tanto, a efectos del *Código Civil*, los deberes de cuidado son análogos en ambos regímenes. Enrique Barros, Hernán Corral y Jorge Wahl, consideran que, por esta razón, en esta materia los daños quedan sujetos al mismo régimen de responsabilidad civil extracontractual, comportándose este como un régimen unitario. Véase BARROS (2020), p. 836; CORRAL (1996), p. 53; CORRAL (1999), p. 34; WAHL (2006), pp. 18-19.

²⁵ Véase, por todos, GÓMEZ (2018), pp. 25-27; RISOLIA (1958), pp. 124-125.

reflexionar sobre la función dogmática del mismo²⁶. Aquello, pues, si en efecto, no estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en definitiva –como hemos analizado de forma profusa en otro lugar– ello significa que la culpa no es un criterio de imputación que sea ajeno al riesgo, sino que este supone un balance del mismo²⁷. De esta manera, el estándar de conducta medio, que supone la denominada regla de comportamiento, implica una delimitación entre los ámbitos de control del potencial autor del daño y el ámbito en el cual la propia víctima debe asumir medidas de precaución.

Atendida la función propuesta para la culpa, tanto un sistema fundado en ella como de responsabilidad estricta, distribuyen y se fundan en el riesgo, pero lo hacen de modo diverso. Así, frente al desarrollo de determinada actividad, estaremos frente a una responsabilidad estricta siempre que la totalidad de los riesgos sean asumidos por el autor del daño; por el contrario, la víctima no tiene posibilidad de asumir medidas de cuidado o estas son marginales²⁸. Ello explica que la responsabilidad estricta se consagre así en actividades en las que el potencial riesgo es inherente a la actividad²⁹. Nils Jansen

²⁶ Según Enrique Barros, la tendencia del derecho comparado es considerar bien las expectativas recíprocas de comportamiento, bien el cuidado exigido a una persona razonable enfrentada en las mismas circunstancias, lo que le conduce a estimar que no puede haber otra conclusión que considerar el patrón de la culpa *leva*, consagrado en el art. 44 del *Código Civil*. Ahora bien, en afinidad con toda la doctrina chilena, el autor entiende que en la construcción del modelo es esencial la consideración de las circunstancias extrínsecas (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego). En cambio, en principio, considera que las circunstancias especiales del sujeto, aun aquellas que se discuten (como la edad, el sexo o las cualificaciones profesionales), porque, de ese modo –explica– se corre el peligro de crear un estatuto de responsabilidad diferenciado según el sujeto. Como el derecho civil y el sistema de responsabilidad se basan en la igualdad, cada sujeto debe soportar sus propias debilidades (aunque en el supuesto de debilidades emocionales y psicológicas, puede ocurrir –según el autor– que la responsabilidad sea del autor del daño). Por eso entiende que, si bien es cierto el modelo es abstracto, su determinación es en concreto, especialmente cuando la determinación del modelo la realiza el juez. Véase BARROS, (2020), pp. 84-89; 105-107.

²⁷ Un análisis extenso de la culpa como criterio de distribución de riesgos, en AEDO (2018), pp. 342-350. Antes, en AEDO (2014), p. 705 ss.

²⁸ Véase PAPAYANNIS (2012), pp. 704-705. Ideas similares ha expresado para el Derecho chileno, PINO (2011), p. 23.

²⁹ Así se consagra, por ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. La Norma fundamental, art. 1: 101, señala: “(1) La persona a quién puede imputar jurídicamente el daño sufrido está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”. A su turno, el capítulo 5° trata la Responsabilidad Objetiva, y la regula, en el art. 5:101, para actividades anormalmente peligrosas, en los siguientes términos: “(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico

considera, así, que la culpa es inadecuada para resolver aquellas hipótesis en las que no existe ninguna infracción al deber de cuidado, como en el famoso caso Bolton vs Stone, resuelto en Inglaterra³⁰. Por su parte, la responsabilidad estricta está limitada a los sucesos inevitables, con lo que se aproxima a la responsabilidad por culpa³¹. Es decir, siguiendo en este punto a Enrique Barros, las diferencias entre un sistema por culpa y otro de responsabilidad estricta radica en el enfoque: mientras el régimen de culpa –aunque presuntamente focaliza en la conducta del agente, la responsabilidad estricta atiende al defecto de unidad que resulta de la actividad³².

Si la culpa es un criterio de distribución de riesgos, ello quiere decir, por la misma estructura del factor de imputación, que hay un camino cuantitativo hasta la responsabilidad estricta. También implica que, atendida la flexibilidad del estándar, las cuestiones relativas a la relación con la víctima son relevantes; en otras palabras, desde luego, pensamos, que puede exigirse un estándar más riguroso de culpa leve a quienes detentan un deber de garante respecto de terceros³³. Estas son las variables con las que debe ponderarse el

del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional”.

³⁰ Véase Bolton vs Stone (1951) AC 850. En el caso en cuestión, la demandante Bessie Stone, se encontraba en la calle, delante de su casa, momentos en el que fue alcanzada por una pelota de críquet, la que inusualmente saltó la valla de seguridad, causándole serios daños físicos. Pese a que la demandada demostró que la valla era propia que no resultaba razonable exigirle la construcción de otra más alta, además de demostrar la no ocurrencia de accidente de esa naturaleza en los 85 años de existencia de la compañía, no era justo que la víctima quedase sin indemnización alguna, condenando el pago de la misma.

³¹ JANSEN (2003), pp. 4-8.

³² BARROS (2020), p. 448 ss. Como el autor dice: “La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal; pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque ésta no siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable”.

³³ Es lo que habíamos sostenido en AEDO (2018), pp. 359-360. Allí, a propósito del fallo de la Corte Suprema, de 10 de octubre de 2013, que hizo responsable al municipio por falta de servicio, como consecuencia de los daños sufridos por un alumno al interior de una escuela, señalamos: “El fallo es interesante, además, por dos razones. En primer lugar porque la Corte refuerza la idea de que en la culpa, hay necesariamente una evaluación de los riesgos, pero además, porque en la medida que la víctima se encuentra sujeta a un deber de seguridad, el estándar de cuidado, aun cuando medio, debe ser considerado en términos más rigurosos”. Una idea similar hemos sostenido en MUNITA (2019), p. 1118 ss.

deber de seguridad de la institución bancaria. Estamos frente a una relación entre un empresario y un consumidor, de carácter asimétrica, pero en caso alguno puede admitirse que se siga desde ahí una responsabilidad estricta. Ciertamente, es la institución bancaria la que deberá asumir mayores riesgos, pero conforme a un estándar de comportamiento asociado a la actividad.

Como señala de manera acertada Julio Alvear:

“ha existido en la banca chilena una nociva tendencia a ‘endosar’ a los clientes radios de responsabilidad que, en realidad, a ella le corresponden. En principio, es la banca la que debe proveer de medidas de seguridad en sus propias operaciones, acordes con los avances tecnológicos del presente”³⁴.

Por nuestra parte, en otra palestra hemos sostenido:

“no es argumento suficiente, en la línea de desestimar la pretensión del vulnerado, la mera afirmación invocada por el recurrido, relativo a que la transferencia se habría verificado en la órbita de un virus informático ajeno al banco o de las coordenadas de transacción propias del cliente”³⁵.

Aquello nos permite interrogarnos, ¿le es imputable al banco la ineficacia del sistema de transferencias seguras? Pensamos que sí, aunque nuestra postura no debe ser entendida, como hemos dicho, como reflejo de una responsabilidad sin culpa o estricta u objetiva. Fundamos nuestra opinión tanto en el derecho común como en la jurisprudencia. Una rápida lectura al art. 1547 del CC nos advierte que la culpa en el cumplimiento de las obligaciones, a saber, en este caso, la de seguridad y vigilancia, es posible presumirla. De tal manera que es al banco a quien le cabe demostrar su diligencia. Por lo demás, en relación con el art. 1546 del CC, es posible considerar que es la buena fe la que habilita al cliente a exigir un riguroso cumplimiento de la obligación de seguridad que pesa sobre la entidad bancaria, idea que ya presentamos. Con todo, el análisis es más complejo tal como analizaremos.

Lo que ofrece el banco *in abstracto* es un servicio esencialmente seguro y confiable, que frente al acto de *phishing* o de *pharming*, revela ineficacia. Lo importante resulta determinar, no obstante, si el defecto le es o no imputable, o, dicho en otras palabras, si una eventual culpa del usuario podría configurar un argumento plausible en favor del banco. En síntesis, la víctima atribuirá al banco un defectuoso servicio de Internet; mientras que la entidad, pretenderá descargar en la víctima su responsabilidad, enfocando el infortunio en el

³⁴ ALVEAR (2019).

³⁵ MENDOZA y MUNITA (2019).

manejo descuidado de claves o contraseñas³⁶. El problema queda, entonces, reducido a una cuestión de *onus probandi*, que debe pesar sobre el banco. Por otra parte, la infracción al deber de seguridad a título de imputabilidad puede igualmente ser revisada desde la perspectiva de la causalidad y, en particular, de la tesis de la imputación objetiva. Lo anterior, ya que, al no detectarse a

³⁶ Conforme lo dicho, las entidades bancarias han intentado descargar su negligencia en el cumplimiento de la obligación de seguridad, en la culpa del usuario, aunque aquello no ha resultado ser un camino siempre provechoso para ellas por cuanto, tal como se lee en otra sentencia: Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol n.º 32.864-2018: "...lo que sumado a la falta de habitualidad de las operaciones que se ejecutan de forma inmediata y una dirección IP disociada a las usadas habitualmente por el cliente, permiten descartar que los hechos se han debido única e inequívocamente a una actividad dolosa o negligente de su parte. Además, las obligaciones de monitoreo y control de fraudes recaen expresamente en la institución recurrida, donde los patrones de conducta del cliente son elementos de juicio para la determinación de una operación engañosa, cuestión que fue observada en el informe de liquidación indicado, agregado a instancias de esta Corte como medida para mejor resolver; y, por último, la obligación de vigilancia y el análisis de la correlación de eventos supone evaluar restricciones en número y monto en nuevas operaciones de transferencia electrónica justamente con la función de cautela que la normativa reseñada otorga a las instituciones bancarias, por lo que, una vista general de las operaciones del cliente en la cuenta corriente respectiva otorgan verosimilitud a la intervención de terceros en los sistemas de seguridad que otorgó la recurrida (7°) y, luego: "Que, además, si bien los operadores bancarios a través de transferencias electrónicas deben, en la actualidad, confirmar en forma previa la ejecución de un traspaso de fondos la existencia efectiva de recursos o eventualmente créditos disponibles, resulta del todo necesario que a partir de determinados montos preestablecidos por la propia banca, estas operaciones se lleven a cabo y concreten en forma escalonada, mediando un tiempo prudencial de espera que ratifique, confirme o verifique la autenticidad de dicha operación, ejecutada a través de este medio. Lo anterior permite mitigar los riesgos y disminuir la eventualidad que los canales electrónicos de efectos instantáneos se puedan transformar en vehículos idóneos para facilitar el enriquecimiento indebido de beneficiarios carentes de toda legitimación en perjuicio de clientes y del producto al que acceden para llevar a cabo esta transacción" (8°). Lo anterior, ha sido igualmente reconocido en otro pronunciamiento (Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol 31.744-2018) en los siguientes términos: "Que, teniendo presente los hechos asentados resulta que se advierte que la operación cuestionada se realizó fuera del espacio habitual de operaciones del cliente, lo que sumado a la falta de habitualidad de las operaciones que se ejecutan de forma inmediata y una dirección IP disociada a las usadas habitualmente por el cliente, permiten descartar que los hechos se han debido única e inequívocamente a una actividad dolosa o negligente de su parte./ Además, las obligaciones de monitoreo y control de fraudes recaen expresamente en la institución recurrida, donde los patrones de conducta del cliente son elementos de juicio para la determinación de una operación engañosa, cuestión que no fue informada en detalle por el Banco recurrido, pero sí advirtió que la IP no corresponde al lugar de operación del reclamante. Sobre la institución bancaria recae la obligación de vigilancia y el análisis de la correlación de eventos y seguridad de las operaciones, por lo que, una vista general de las operaciones del cliente en la cuenta corriente respectiva otorga verosimilitud a la intervención de terceros en los sistemas de seguridad que otorgó la recurrida" (7°).

tiempo que quien está ordenando una o varias transferencias no es el usuario, debido a un deficiente cumplimiento obligacional, se está incrementando el riesgo por quien debe cumplir de forma cabal una obligación de garante³⁷.

Lo expuesto en los párrafos anteriores motiva la reflexión sobre el estándar de diligencia que debe observar la entidad bancaria, en cuanto se refiere al cumplimiento de su deber de seguridad en la administración de portales virtuales, esto es, con la certeza (en el concepto de confianza) que representa para el cuentacorrentista, que la plataforma desde la cual se le está solicitando su información es autorizada por el banco, como además que este dispone de la tecnología adecuada para evitar actos fraudulentos; así como, en la autorización de movimientos dinerarios a requerimiento de sus clientes (reales o aparentes).

En la línea de permitir al banco por defenderse argumentando la culpa del cuentacorrentista, también se pronuncia Feliciano Tomarelli quien postula que, en caso de acción indemnizatoria por los daños contractuales ocasionados por el fraude, es posible distinguir el recurso a una responsabilidad solidaria entre cliente y tercero; así como una responsabilidad simplemente conjunta entre ellos. El punto de separación se funda en el dolo o culpa grave del cuentacorrentista, situación que motivaría la aplicación del inc. 2° del art. 2317 del *Código Civil*; mientras que si la culpa no es considerada como grave la obligación de indemnizar sería solo conjunta o mancomunada, según el art. 1533 del CC³⁸.

Si bien la idea de fondo es razonable y la suscribimos, nos parece pertinente sostener que la responsabilidad de los bancos, en cuanto al cumplimiento de su deber de seguridad (obligación de medios)³⁹, debe ajustarse a

³⁷ En este sentido, la jurisprudencia (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de marzo de 2019, rol Corte n.° 2032-2018 se ha manifestado en esta línea en los siguientes términos: "...que cada vez que las instituciones bancarias o financieras ofrecen a sus clientes la posibilidad de desarrollar por vía electrónica operaciones de transferencias de fondos u otras, se asume que aquéllas deben asegurar sus fines sustrayendo de cualquier menoscabo a quienes, guiados por los beneficios de rapidez y precisamente mayor reserva y seguridad, deciden utilizar estos métodos. Por lo mismo el Banco debe asegurar que las operaciones de que se trata solo puedan ser realizadas por personas autorizadas para ello, cuestión que en la especie no ha ocurrido" (10°). Lo mismo se aprecia en otra sentencia (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de abril de 2019, rol 27-2019), tal como sigue: "...frente a la existencia de un fraude es la parte recurrida la engañada, pues se le ha hecho creer que el cliente ha efectuado libremente operaciones con cargo a su tarjeta. De lo dicho, se concluye que el Banco no puede excusarse en el uso irregular de las claves secretas por parte del cliente para no restituir los fondos sustraídos ilícitamente, puesto que le corresponde contar con las medidas de seguridad que permitan mantener a buen recaudo los fondos de esos clientes".

³⁸ TOMARELLI (2019).

³⁹ Cfr. ARANCIBIA (2017), pp. 127-131.

estándares de negligencia que deben ser valorados por el juez, es él quien determina el estándar exigible. Dicha valoración no habilita a considerar que la responsabilidad sea parametrizada en razón de una culpa levisima ni menos, de acuerdo con un esquema estricto o sin culpa. El umbral, entendemos es el del buen padre de familia, esto es, el de la culpa leve⁴⁰, aunque aplicado a un profesional experto en el área, de manera que necesariamente, el aludido razonamiento debe hacerse cargo de la profesionalidad del banco, definiendo el estándar según aquel. Por otra parte, bien hemos dicho que la culpa del cuentacorrentista puede de igual forma ser invocada por la entidad bancaria. En este aspecto, es del caso mencionar que no cualquier negligencia habilitaría la descarga de responsabilidad del banco, la culpa aquí también debiera ser entendida como leve, pues ambas partes en el contrato de cuenta corriente obtienen beneficios.

Debe, en todo caso, indicarse que no pueden ser exigidas al cliente bancario medidas de cuidado que vayan más allá de las ordinarias; no debemos olvidar que la relación contractual entre banco y cliente es asimétrica. Así, el banco criticablemente pudiera, por ejemplo, desvirtuar la acción del cliente, pretendiendo hacer valer el descuido de este; en circunstancias que los movimientos bancarios fraudulentos que luego se realizaron carecieron de la habitualidad acostumbrada en una época en la cual se verificaron otros eventos de similares características en la misma plaza; mientras que si pudieran colaborar en el cometido, la realización de transferencias bancarias desde computadores desprotegidos, o la comunicación de coordenadas frente a requerimientos envueltos en precarios modelos de *phishing* o de *pharming*. Más allá, dicha culpa también debiera ser valorada por el tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin dejar de considerar que el cuentacorrentista goza de una presunción de diligencia que debiera ser desvirtuada por el banco.

El contexto, a su turno, implica reconocer que Internet constituye un riesgo en sí, y cabe a la parte fuerte en el vínculo de consumo implementar un estándar de diseño adecuado en los mecanismos establecidos para el requerimiento de la información confidencial de parte del usuario. Luego, la entidad no debe desentenderse *a priori* de la cuestión relativa al Internet de las cosas (en el sentido en que de cada objeto virtualmente organizado es posible extraer datos personales)⁴¹, y en evitar proyectar que la red constituye un mecanismo apto para vulnerar confidencialidades e ingresar en la vida privada de las personas. De aquí que no sea un seguro el que incorpore el pretendido deber en la esfera contractual, pues este es una consecuencia natural, y nada forzada, del acuerdo; y la exoneración del banco justificada

⁴⁰ Véase *op. cit.*, pp. 131-134.

⁴¹ LLANEZA (2018).

en la voluntad del consumidor manifestada en una cláusula del contrato de cuenta corriente, sea estimable como abusiva y, por tanto, considerable como no escrita. En fin, todas estas aristas específicas de diligencia exigida a la entidad bancaria se resumen en el moderno principio de “la seguridad desde el diseño”⁴², entendido como la obligación que pesa en quien desarrolla la tecnología (en este caso el banco) de asegurar que los datos entregados al alero de la misma no sean obtenidos por terceros para usos ilícitos. Esto es así, pues no es lejano al sentido común afirmar que un banco dispone de acceso a especiales y modernos mecanismos de protección, en el sentido de cautelar desvíos de fondos en los que no intervenga la voluntad del cliente, aspecto que no debe olvidarse.

Un fallo⁴³, que podemos entender como aplicable en su fundamento (aun cuando los hechos no son exactamente los mismos, ya que versa sobre giros *fraudulentamente efectuados desde la cuenta corriente de la denunciante y demandante, mediante el retiro de dinero a través de cajeros automáticos instalados en el país y en el extranjero* se sirvió del art. 23 para condenar al banco, ordenando:

“Los giros fraudulentamente efectuados desde la cuenta corriente de la denunciante y demandante, mediante el retiro de dinero a través de cajeros automáticos instalados en el país y en el extranjero, constituyen desde el punto de vista del prestador del servicio la infracción del artículo 23 de la Ley N° 19.496, pues se ha vulnerado la garantía y el debido cuidado en la prestación del servicio contratado, ya que es obligación del banco resguardar debidamente el dinero del cuenta-correntista, para evitar que éste sea sustraído por terceros, utilizando los sistemas informáticos existentes para ese fin. Si bien todo sistema informático es vulnerable, lo cierto es que el prestador, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debió al menos detectar de inmediato el mal uso que se estaba haciendo de la cuenta corriente de la denunciante y demandante, desde que –en la especie– en un mismo día se efectuaron varios giros, sumas por las cuales el banco cargó la comisión correspondiente y dentro del país, retiros que exceden el máximo diario permitido conforme a la propia reglamentación del sistema bancario” (3°);

y más abajo disponiendo:

“...la querrelada contravencional, infringió el deber establecido en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, ya que no prestó el servicio comprome-

⁴² BARRIOS (2018), pp. 90-91.

⁴³ Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de julio de 2013, rol 97-2013.

tido en forma eficiente y segura, tomando, como le correspondía, todas las providencias necesarias a fin de no causar menoscabo económico al usuario del servicio” (4°).

Con base en lo anterior, creemos que no parece razonable cargar sobre los consumidores la vigilancia de sus cuentas bancarias, pues la entidad debe disponer de alertas efectivas en el cometido de detectar el fraude. Por lo demás, no debe olvidarse que la figura dolosa normalmente no se revela a través de actos singulares, sino que, más bien, plurales en un determinado espacio de tiempo, tal como evidencia la sentencia que venimos de citar⁴⁴.

Podemos demostrar, entonces, que el argumento favorable al cuentacorrentista, desde la perspectiva del estatuto del consumidor, existe y se ha invocado. El análisis jurisprudencial, según hemos expuesto, permite detectar sentencias en que nuestros tribunales superiores de justicia adoptan una postura favorable a la tutela del interés que el cuentacorrentista estima como vulnerado⁴⁵. Elemento esencial del análisis, es el incumplimiento de la

⁴⁴ El criterio también se aprecia en otro fallo (Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de marzo de 2014, rol 143-2013) que resolvió en términos igualmente favorables para el consumidor; ordenándose: “Los giros fraudulentamente efectuados (...) constituyen desde el punto de vista del prestador del servicio la infracción establecida en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, desde que se ha vulnerado la garantía y el debido cuidado en la prestación del servicio contratado, ya que es obligación del banco resguardar debidamente el dinero del cuenta habiente, de manera tal de evitar que éste sea sustraído por terceros, utilizando los sistemas informáticos existentes para ese fin. Si bien es cierto todo sistema informático es vulnerable, como lo demuestra la ocurrencia diaria de defraudaciones a los sistemas digitales, electrónicos u operables con tarjetas magnéticas, el prestador, en este caso, el banco denunciado, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debió al menos detectar el mal uso que se estaba haciendo de la cuenta de la denunciante. No debe olvidarse que los hechos referidos tuvo (sic) lugar entre los días 30 de julio de 2012 a 01 de agosto de 2012, fecha en que se sucedieron masivos fraudes bancarios en la ciudad de Temuco, por lo que con mayor razón la entidad bancaria debió estar alerta y emplear el máximo cuidado en el resguardo y custodia de los haberes de sus clientes (3°); sosteniéndose además: “...la querellada contravencional, infringió el deber establecido en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, ya que no prestó el servicio comprometido en forma eficiente y segura, tomando, como le correspondía, todas las providencias necesarias a fin de no causar menoscabo económico al usuario del servicio. En tal sentido cabe recordar que el Banco querellado y demandado tiene respecto de la querellante y demandante, la obligación de custodia y de restitución. En tal sentido, ambas obligaciones han sido infringidas por el Banco (...) toda vez que no ha guardado y conservado la cosa objeto del depósito (...) También el banco depositario ha incumplido su obligación de restitución, la que implica restituir la cosa cuando el depositante, sus herederos o la persona designada en el contrato lo soliciten (...) (4°).

⁴⁵ Entendiendo, incluso, que el verdadero afectado por el fraude es el mismo banco, cfr. Corte Suprema, 29 de mayo de 2019, rol 29892-2018. De la sentencia se desprende respecto de un caso de fraude, que para establecer la identidad jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria habrá que visualizar el de depósito, vínculo definido en el art. 2211 del CC, y que

obligación de seguridad que cabe al banco, el cual se debe presumir, como ya hemos indicado, aunque sin que aquello suponga una responsabilidad ciega a cargo de la entidad bancaria, en el sentido que nada impide que aquella deduzca una acción contractual de perjuicios contra el mismo cliente negligente o doloso o, incluso, una acción de responsabilidad extracontractual de daños contra el tercero que provocó la maquinación fraudulenta causante de la comunicación de claves⁴⁶.

se encuentra recogido en el art. 40 de la Ley General de Bancos. Si bien la primera de las normas se refiere a la obligación del depositario de guardar y de restituir en especie aquella cosa corporal objeto del contrato, la naturaleza del bien depositado, el dinero, implica liberar al depositario de la obligación de restituir exactamente el mismo bien. Dicha obligación solo existiría si el depósito de dinero fuera en arca cerrada, cuya llave la tuviera el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura (a la luz del art. 2221 del CC en relación con el art. 2228 del CC), cuestión que no se da en los hechos. De aquí que el banco no sea mero tenedor del dinero, sino que dueño de este, en atención a que el contrato celebrado representa un título traslativo de dominio; algo similar sucede con el cuasiusufructuario. El depósito es, entonces, de naturaleza irregular. El punto en mención se aprecia refrendado por el indicado art. 40, en el cual el legislador indica de forma expresa que con dichos dineros depositados el banco puede realizar actos de intermediación financiera, con tal que, según lo ordena el art. 1° del DFL n.° 707 del 7 de octubre de 1982, la entidad cumpla las respectivas órdenes de pago de parte del titular de la cuenta corriente, hasta la concurrencia de dichas cantidades. En razón de lo expuesto, la Corte Suprema acierta al ordenar, en el considerando 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 este”. Con base en lo mencionado, el segundo argumento se refiere a la participación del bien sustraído en una especial clasificación de bien. El dinero obedece a una cosa fungible y, en consecuencia, con vocación a confundirse con otros bienes de idéntica nomenclatura, que como dijimos, una vez depositado por el cuentacorrentista ingresa en propiedad al patrimonio del banco. De aquí que el art. 575 del CC ordene: “Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”. Luego, el dinero sale del patrimonio del cliente con motivo del contrato e ingresa en el del banco. Así, el desvío fraudulento, de afectar a un patrimonio, este no es otro que el del banco, pues, aunque se nos venga a la mente el aforismo que “las cosas perecen para su dueño”, en estricto rigor, el género no perezce, por lo que no libra al banco de la obligación esencial de restituir el depósito. Por otra parte, en términos de la Corte, dicha circunstancia (el depósito) “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 (considerando quinto)”. Más allá, la obligación de restituir no cesa por un motivo como el expuesto, siendo correcto entender que la implementación de medidas de seguridad en lo que transferencias contra la voluntad del cuentacorrentista se refiere, sea de resorte de la entidad. La Corte Suprema no lo desconoce en el cometido de fundar su criterio, incluso ya había recurrido a dicho razonamiento en un anterior pronunciamiento concerniente a hechos similares (rol 29635-2018, de 13 de marzo de 2019). Así lo expusimos en MENDOZA Y MUNITA (2019).

⁴⁶ Sobre esta idea, cfr. CORRAL (2019).

C.2 La lectura del problema por el derecho sectorial (*Boletín* n.º 11.708-03, *lege ferenda* al tiempo en que redactamos este trabajo)

Tal como fue indicado más atrás, mediante el citado *Boletín*, que hoy ha sorteado con éxito su examen de constitucionalidad, se pretende modificar la Ley n.º 20009, en el sentido de no limitar los supuestos fraudulentos de índole bancario a aquellos en los que se disponga físicamente de una tarjeta robada, hurtada o extraviada. De hecho, el proyecto comienza por alterar la denominación de la Ley n.º 20009, por la siguiente:

“Establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude”.

Lo referido queda en evidencia, en el inc. 2º del nuevo art. 1º, al ordenarse:

“Asimismo, se aplicará a los fraudes en transacciones electrónicas. Para efectos de esta ley, se entenderá por tales aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos y abonos o giros de dinero en cuentas corrientes bancarias, cuentas de depósitos a la vista, cuentas de provisión de fondos, tarjetas de pago u otros sistemas similares, tales como instrucciones de cargo en cuentas propias para abonar cuentas de terceros, incluyendo pagos y cargos automáticos, transferencias electrónicas de fondos, avances en efectivo, giros de dinero en cajeros automáticos y demás operaciones electrónicas contempladas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivo. Se comprenden dentro de este concepto las transacciones efectuadas mediante portales web u otras plataformas electrónicas, informáticas, telefónicas o cualquier otro sistema similar dispuesto por la empresa bancaria o el proveedor del servicio financiero correspondiente”.

Se lee en el art. 2º del *Boletín*, que la limitación de responsabilidad se traduce en un *aviso oportuno al emisor* de la tarjeta, a través de un canal de comunicación disponible todos los días del año, las veinticuatro horas del día, y de acceso gratuito y permanente, que permita efectuar y registrar los referidos avisos. Por lo anterior, verificado el anuncio, se entiende que la responsabilidad del usuario queda liberada en atención al uso de la tarjeta con posterioridad a aquel, así se desprende del art. 3º. Con todo, el art. 4º ordena que, en caso en que el usuario desconozca operaciones anteriores al aviso indicado, dispondrá de un plazo de treinta días hábiles, siguientes al aviso, para reclamar de ellas al emisor de la tarjeta. Dicho reclamo podrá

incluir operaciones realizadas en los ciento veinte días corridos anteriores a la fecha del aviso efectuado por el usuario, aunque el inc. 4° del mismo artículo exhorte al usuario a que tan pronto el usuario tome conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas, deberá dar aviso conforme a lo previsto en el art. 2 de esta ley, esto es, mediante el canal dispuesto al efecto. Los incisos finales de la misma disposición nos permiten conectar lo afirmado en el acápite anterior, pues consagra una presunción de incumplimiento al deber de seguridad de la entidad bancaria derivada del empleo fraudulento de la tarjeta, impidiéndosele endosar al cliente el defecto en la gestión de las medidas tendientes a prevenir el ilícito. Los inc. 4° y 5° de la norma enseñan:

“En los casos en que el usuario desconozca haber autorizado una operación, corresponderá al emisor probar que dicha operación fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre”; y, “El solo registro de las operaciones no bastará, necesariamente, para demostrar que esta fue autorizada por el usuario, ni que el usuario actuó con culpa o descuido que le sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito”.

En el título II del proyecto, se contemplan normas tendientes a regular el proceso de cancelación de cargos o restitución de fondos. En este cometido, el art. 5 ordena al emisor la práctica de alguna de las indicadas actividades en el plazo perentorio de cinco días hábiles, en la medida en que el monto total reclamado sea igual o inferior a 35 unidades de fomento. Por otro lado, si el importe fuere mayor, en el plazo ya mencionado, el emisor deberá cancelar o restituir 35 unidades de fomento, en circunstancias que el saldo deberá ser cancelado o restituido dentro de siete días. Con todo, la misma disposición establece:

“si en el plazo anterior el emisor recopilara antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, podrá ejercer ante el juez de policía local todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario”.

En caso en que el juez declare por sentencia firme o ejecutoriada que no existen antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado aplicando para ello la tasa de interés máxima convencional calculada desde la fecha del aviso y al pago de las costas personales o judiciales. En cambio, si logra ser acreditado por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario ha participado en la comisión del delito, que obtuvo un provecho ilícito o que actuó con dolo o culpa grave facilitando

su comisión, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable. Se hace presente, además, que el procedimiento a través del cual debe ser sustanciada esta acción para es el establecido en el párrafo 1º del título IV de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Por último, el inc. 7º del art. 5, proscribire la posibilidad de sujetar a un seguro la cobertura relativa a *riesgos o siniestros que el emisor deba asumir en conformidad a esta ley*.

Es del caso mencionar que el proyecto hace referencia a mecanismos mínimos que deben ser dispuestos y gestionados por el emisor de la tarjeta, en el sentido de dar cumplimiento al deber de seguridad consignado en el art. 23 de la Ley n.º 19496, en particular se requiere, al menos:

“a) Contar con sistemas de monitoreo que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual del usuario. b) Implementar procedimientos internos para gestionar las alertas generadas por dichos sistemas de monitoreo. c) Identificar patrones de potenciales fraudes, conforme a las prácticas de la industria y recomendaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones. d) Establecer límites y controles en los diversos canales de atención que permitan mitigar las pérdidas por fraude. Los referidos límites y controles deberán basarse en consideraciones de riesgo objetivas, generales y no discriminatorias, en relación con la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que permita efectuar”.

Pues bien, de las normas que hemos recogido en los párrafos anteriores, y que forman parte del *Boletín* n.º 11.708-03 podemos entender como el legislador radica en el banco el riesgo derivado del amplio espectro de fraudes en transacciones electrónicas, estableciendo una responsabilidad patrimonial de corte tarifario. De hecho, solo en lo que exceda una cantidad superior a 35 unidades de fomento puede suspender su cancelación o restitución, en circunstancias que, de obtener en el juicio, por dolo o negligencia grave de parte del usuario, pueda repetir respecto de este las 35 unidades de fomento que en forma inmediata debió cancelar o restituir. El riesgo, entonces, que debe asumir el usuario se limita a la negligencia grave en el empleo de sus identificaciones bancarias o tarjetas y, desde luego, respecto de su dolo. No existe, en definitiva, un equilibrio en el vínculo, hay asimetría y es así como debe ser entendido el espíritu de la moción legislativa. En este sentido, la infracción al deber de seguridad se presume, aunque nada impida que el banco pueda impugnar, como vimos, negligencia grave o dolo en el cliente, toda vez que su responsabilidad no debe ser entendida como absoluta. Más allá, el proyecto no excluye la posibilidad que el daño moral

pueda ser demandado. Aquello implica que no se pierda la pertinencia en cuanto a lo que postulamos más atrás en cuanto al criterio unitarista con el cual puede ser enfocada la responsabilidad. En definitiva, el problema sigue estando presente, en cuanto a la sustanciación del aspecto extrapatrimonial del agravio padecido.

Revisemos, pues, a continuación, aspectos relativos al tratamiento del daño moral desde un análisis motivado en la extensión de las normas del consumo al estatuto Pyme.

D. La cuestión de los daños:

Especial atención a la reparación del daño moral

Satisfechos los criterios de responsabilidad, según hemos analizado, corresponden al banco reparar, conforme al estatuto de consumo, los daños que ha causado. Tendrá especial relevancia la reparación del daño moral y pensamos que, conforme lo analizado, dos extremos problemáticos pueden presentarse.

En primer lugar, está el alcance de la regla del art. 1558 del *Código Civil*, tratándose de la responsabilidad por daños al consumidor. Más allá de que se ha postulado que el régimen es unitario, lo cierto es que la cuestión de la previsibilidad de los daños sigue latente en las decisiones de los tribunales, en relación con las normas del consumidor⁴⁷. Como señalan Juan Contardo y Hernán Cortéz, fallos han rechazado la demanda por daño moral, al considerar que el contrato incumplido no protegía intereses extrapatrimoniales o, bien, que este tenía un carácter puramente económico⁴⁸.

Aunque no hemos encontrado fallos que, en materia de fraude bancario, rechacen por este motivo la demanda del consumidor, el problema puede, perfectamente, presentarse. Si bien es cierto la regla, como hemos analizado, es coherente con un régimen de responsabilidad contractual, en términos de limitación de la reparación del daño moral⁴⁹, pensamos que tanto por el régimen unitario al que hemos aludido como por la diferencia en el equilibrio contractual entre las partes, la previsibilidad debe ser morigerada. En efecto, las normas que regulan la reparación de daños en la Ley

⁴⁷ DE LA MAZA y MONTES (2020), p. 19 ss., han demostrado que un camino de aproximación es la identificación de un interés extrapatrimonial cubierto por el contrato, en el caso de indemnizaciones por daño moral. Para la concetualización del daño moral como lesión a un interés, remitimos a nuestro trabajo AEDO (2006), p. 238 ss. y 432 ss. Para el concepto del daño, véanse DIEZ (1998), pp. 17-25 y 81-88. Este autor ya distinguía entre las tesis naturalísticas y las normativas. En particular, tratándose del daño moral, ha sido tratado exhaustivamente el concepto en DOMÍNGUEZ (2000), pp. 43-85 y, luego en BARRIENTOS (2007), pp. 37-50.

⁴⁸ CONTARDO y CORTÉZ (2019), p. 43.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ (2000), p. 355; BARROS (2020), p. 337.

n.º 19496, sobre protección de los consumidores, abonan la procedencia de la indemnización de perjuicios. En principio, porque el art. 3, letra e) dispone que la víctima tiene derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento (no de infracción) de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Por tanto, en lo relativo al daño moral, entendido como la lesión de los intereses extrapatrimoniales de la víctima, no resulta aplicable de forma automática el art. 1558 del *Código Civil*, toda vez que el art. 3º de la Ley n.º 19496 consagra siempre en favor de la víctima la reparación del daño y ello, por cuanto parece evidente que la norma del *Código Civil* solo puede aplicarse con propiedad si las partes están en condiciones de pactar cuáles son los intereses en juego⁵⁰.

En segundo lugar, tratándose del eventual daño moral derivado del incumplimiento del deber de seguridad por fraudes bancarios, es el alcance que la partida indemnizatoria debe tener, tratándose de la protección que la Ley n.º 20416 otorga a la Pymes, según hemos analizado. Sobre el daño moral la cuestión es relevante, porque, articulándose la empresa como una persona jurídica, inmediatamente debe reflexionarse sobre la procedencia de la reparación del daño moral, tratándose de esta clase de sujetos⁵¹. Más allá de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la admisibilidad del daño moral, tratándose de personas jurídicas, en materia de consumo, este problema debería llevarnos a reflexionar sobre dos extremos. Por un lado, en cuanto a la función satisfactiva de la indemnización por daño moral. En la medida que esta no es reparatoria o resarcitoria, parece difícil pensar que una persona jurídica pueda obtener goces que tiendan a paliar las condiciones desventajosas de un daño extrapatrimonial. Por otro, no cabe duda que las cuestiones relativas al concepto no pueden ser escindidas del juicio probatorio y de la valoración del daño⁵². En tanto se admita un concepto subjetivo de la lesión asociado a la experiencia humana (y en especial a la capacidad de sentir dolor), la exigencia probatoria del daño moral será rebajada o inexistente⁵³. Y, en la medida que el concepto se amplía o se objetiva, según hemos analizado, los estándares probatorios necesariamente deberían

⁵⁰ Véase, en este sentido, CONTARDO (2017), pp. 667-668, quien agrega que no puede esperarse que, en una relación de consumo, que importa, en la mayoría de los casos un contrato de adhesión, el consumidor pueda agregar al contrato la protección de intereses extrapatrimoniales.

⁵¹ Para el debate general, véase AEDO (2019), p. 149 ss.

⁵² Sobre el debate, en el que no podemos detenernos, véase el análisis que en su momento hicimos de las cuestiones probatorias en AEDO (2006), p. 496 ss.

⁵³ Como ocurre en muchos casos en que la jurisprudencia desprende la existencia del daño moral, simplemente desde el incumplimiento de las obligaciones del proveedor. Véase CONTARDO y CORTÉZ (2019), p. 21 ss.

ser más exigentes, redundando todo ello, por último, en la cuantificación y en los criterios que el sentenciador tiene o tendría para fallar⁵⁴.

IV. CONCLUSIÓN

A partir de una contingencia como la descrita, es posible desprender diversos puntos de interés. Hemos intentado presentarlos en esta contribución. Primero, la relación que vincula al banco con sus clientes es de consumo. La asimetría se visualiza en razón de la seguridad en el diseño de portales virtuales que la entidad bancaria debe ofrecer y gestionar en favor de sus clientes para la realización de operaciones dinerarias. Segundo, un acto de fraude bancario es revelador del incumplimiento del deber de seguridad contraído por la entidad, fundamentado positivamente en la ejecución de las obligaciones contractuales al alero de la buena fe, como de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley n.º 19496. Tercero, la responsabilidad del banco no es absoluta, por cuanto si bien el *Boletín* n.º 11.708-03 establece la obligación de cancelar o de restituir fondos, en los términos que hemos revisado, aquello no impide que no pueda descargar su responsabilidad patrimonial reuniendo antecedentes que demuestren negligencia grave o dolo del usuario. Cuarto, el daño moral no es abordado por el citado *Boletín*, de aquí que su pretensión resarcitoria deba ajustarse a los esquemas que para este fin organiza el derecho común. En este punto, proponemos una lectura unitaria de los regímenes destinados al efecto, ejercicio que nuestra jurisprudencia ha aceptado en otras materias. Quinto, el estatuto del consumo resulta de igual forma aplicable a las personas jurídicas que integran la categoría Pyme, las que, desde luego, pueden revestir la calidad de clientes bancarios y eventualmente ser afectadas por el fraude. Valen aquí las reflexiones en torno a la naturaleza y entidad del daño moral, lo que en definitiva conduce a reconocer que dichos afectados pueden o no postular a una indemnización satisfactiva respecto del indicado agravio.

BIBLIOGRAFÍA

AEDO BARRENA, Cristián (2006). *Responsabilidad extracontractual*, Santiago: Librotecnia.

⁵⁴ Como ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de enero de 2015, rol 1147-14 y la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 19 de marzo de 2014, rol 5844-13. Sobre esta cuestión, muy claramente, DE LA MAZA Y MONTES (2020), p. 9 ss.

- AEDO BARRENA, Cristián (2014). “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2.
- AEDO BARRENA, Cristián (2018). “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral”, en Álvaro VIDAL OLIVARES (dir.) y Gonzalo SEVERIN FUSTER (ed.). *Estudios de derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristián (2018). *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*, Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristián (2019). “El concepto de daño moral. Zonas problemáticas”, en Carlos CÉSPEDES MUÑOZ (coord.). *Estudios de Derecho Privado en Memoria del profesor Nelson Vera Moraga*, Santiago: Thomson Reuters.
- ALPA, Guido, Mario BESSONE, Enzo ROPPO (1982). *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli: Jovene Editore.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2019). “El banco y nuestras cuentas corrientes”. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/18/El-banco-y-nuestras-cuentas-corrientes.aspx [fecha de consulta: abril de 2020].
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2017). *Tarjetas de crédito y responsabilidad de los bancos*, Santiago: DER.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2007). *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca: Ratio Legis.
- BARRIOS ANDRÉS, Moisés (2018). *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de internet*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007). “La diferencia entre ‘estar obligado’ y «ser responsable» en el derecho de los contratos”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago: LexisNexis.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERNAD MAINAR, Rafael (2019). *La Contratación Civil, una fiel expresión de la patrimonialidad del Derecho Civil*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- BIANCA, Massimo (2018). *Diritto Civile, tomo v: La responsabilità, ristampa*, 2ª ed., Milano: Giuffrè.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago: AbeledoPerrot, p. 87.
- BURROWS, Andrew (2019). *Remedies for torts, breach of contract, and equitable wrongs*, 4ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- CARTWRIGHT, John (2019). *Introducción al derecho inglés de los contratos*, traducción Juan Pablo Murga Fernández, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2017). “Las limitaciones al daño en consumidores: entre la punición y la aplicación de la regla de causalidad en desmedro de la previsibilidad del daño”, en Hernán CORRAL TALCIANI y Pablo MANTEROLA DOMÍNGUEZ (eds.). *Estudios de Derecho Civil XII*, Santiago: Thomson Reuters.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio y Hernán CORTÉZ LÓPEZ (2019). *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias*, Santiago: Der Ediciones.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1996). “La responsabilidad civil de los empresarios constructores y arquitectos por ruina o construcción defectuosa de edificios”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, n.º 1, Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999) “Responsabilidad civil extracontractual en la construcción”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 223, Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán ((2019). “Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario”. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907624&Path=/0D/D9/ [fecha de consulta: abril de 2020].
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Álvaro VIDAL OLIVARES (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Nicolás MONTES SERRANO (2020). “El daño moral en el contrato de cuenta corriente: un intento de sistematización de la opinión de los tribunales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 27, Coquimbo.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1964). “El contenido de la relación obligatoria”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 17.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, tomo 1: Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Madrid: Thomson Reuters.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (1998). *El daño extracontractual. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (2003). “Víctimas directas y rebote en la responsabilidad por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: del problema de la competencia a las distorsiones sustanciales”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 214, Concepción.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FLEMING, John G. (1987). *The Law of Torts*, 7ª ed., Sidney: The Law Book Company.
- GÓMEZ CALLE, Esther (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ISLER SOTO, Erika (2019). *Derecho de consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- JANSEN, Nils (2003). “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, en *Indret*, n.º 2.

- LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma (2018). *Seguridad y responsabilidad en la internet de las cosas*, Madrid: Bosch.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- MENDOZA, Pamela y Renzo MUNITA (2019). "Deposito irregular, fungibilidad y seguridad". Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/07/04/Deposito-irregular-fungibilidad-y-seguridad.aspx[fecha de consulta: abril de 2020].
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2015) "La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias", en Esther GÓMEZ CALLE y Yadira ALARCÓN PALACIO (eds. académicas), *Estudios de Derecho Civil de José María Miquel González*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Autónoma de Madrid, Grupo Ibáñez, vol. I.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2019). "Daños derivados del bullying: consideraciones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de establecimientos privados de enseñanza y su estándar de diligencia exigible", en *Estudios de Derecho Civil XIV - Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo*, Santiago: Thomson Reuters.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2018). "El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo", en ELLA MISMA (coord.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado.
- OXMAN, Nicolás (2013): "Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del "phishing" y el "pharming", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLI, Valparaíso.
- PAPAYANNIS, Diego (2012). "Derechos y deberes de indemnidad", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35.
- PINO EMHART, Alberto (2011). "Justicia distributiva, responsabilidad civil y terremotos", en *Derecho y Justicia*, n.º 123.
- RISOLIA, Marco Aurelio (1958). *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2017). "Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual", en Adrián SCHOPF OLEA y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004). *Las reformas introducidas por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004 a la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: LexisNexis.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018). "La buena fe contractual como norma jurídica", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31. Santiago.
- SCHULZE, Reiner (2017). *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo*, traducción de Andrés Sánchez Ramírez, Santiago: Olejnik.

- TAISNE, Jean Jacques (2019). “La forcé obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations”, en Joaquín ATAZ LÓPEZ y Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ (coords.). *Estudios sobre la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- TAPIA MALIS, Liat (2015). “La buena fe como mecanismo integrador eficiente”, en Álvaro VIDAL OLIVARES *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago: Thomson Reuters.
- TOMARELLI, Feliciano (2019). “Responsabilidad Civil por fraude bancario”, ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Universidad Adolfo Ibáñez y realizadas en Viña del Mar, entre los días 3-5 de octubre 2019.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2004). “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en *Revista de derecho patrimonial*, n.º 13.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011). “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, Enrique BARROS BOURIE y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.): *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro e Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (2014). “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 20, n.º 1. Talca.
- WAHL SILVA, Jorge (2006). “Responsabilidad civil de los profesionales de la construcción y promotores inmobiliarios en Chile”, *Revista Anales de Derecho UC, Temas de responsabilidad civil*, vol. 1, n.º 7, Santiago.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2019). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5ª ed., Madrid: Dykinson.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y Roberto PIROZZI (2016). *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Jurisprudencia citada

- Excma. Corte Suprema de 19 de marzo de 2014, rol 5844-13, Cordero Velásquez, María Luis con Red de Televisión Chilevisión S.A. (MJJ37160).
- Excma. Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol 29635-2018.
- Excma. Corte Suprema, 29 de mayo de 2019, rol 29892-2018. Beltrami con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.
- Excma. Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol n.º 32.864-2018. Guerra Vergara Establecimientos Educativos Antilhue E.I.R.L. con Banco Santander Chile S.A.
- Excma. Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol 31.744-2018. Leiva Cortes con Banco Santander Chile S.A.

- Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de enero de 2015, rol n.º 1147-14, Navafor Limitada con Riquelme Burdiles, Roberto (MJJ40547).
- Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de marzo de 1999, en *Gaceta Jurídica* n.º 225.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de marzo de 2000, en *Gaceta Jurídica* n.º 237.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 16 de abril de 2007, en Microjuris, MJJ9637, rol 2943-2006)
- Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 26 de octubre de 2011, publicada en Microjuris, MJJ30090, rol 126-2011.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de julio de 2013, rol 97-2013. Huenchulaf con Banco Estado de Chile.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de marzo de 2014, rol 143-2013. Banco de Créditos e Inversiones BCI Nova con Gómez Rosenthal.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de marzo de 2019, rol Corte n.º 2032-2018. Figueroa Godoy con Banco Santander Chile.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de abril de 2019, rol 27-2019. Oyarzun Loayza con Banco de Chile.
- Bolton Vs Stone (1951) AC 850.