Depósito irregular, fungibilidad y seguridad

"...Todas estas aristas específicas de diligencia exigida a la entidad bancaria se resumen en el moderno principio de 'la seguridad desde el diseño', 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..."

Jueves, 04 de julio de 2019 a las 10:49

Pamela Mendoza

Renzo Munita

Comente | Imprimir

Pamela Mendoza y Renzo Munita

A través de estas líneas perseguimos referirnos a una reciente sentencia de la Corte Suprema, de 29 de mayo de 2019, Rol 29892-2018, caratulada P. B. F. con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile. El fallo se pronuncia respecto de una indeseable situación, lamentablemente bastante habitual, que nuestro máximo tribunal resuelve razonablemente y en buen derecho.

La génesis del contencioso se identifica con un recurso de protección deducido por un cuentacorrentista, fundado en la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta de la recurrida, identificada con el rechazo al requerimiento de restitución de la suma de $750 mil sustraída por terceros contra la voluntad del afectado, vía transferencia electrónica. Del recurso de protección conoció la Corte de Apelaciones de Iquique (Rol: 392-2018) y, aun cuando en nuestro entender resulte evidente la vulneración al derecho de propiedad del afectado (art. 19 n° 24 de la CPE), el tribunal de alzada estimó, que "resulta improcedente esta acción cautelar, pues la naturaleza de las cuestiones debatidas exigen un proceso controversial que permita una prueba adecuada, que resulta ser incompatible con la rapidez y falta de formalismo propia de esta acción, no pudiendo esta constituir un sustituto procesal de un juicio de lato conocimiento que implique acciones del tipo restitutorias, razón por la cual el presente recurso no podrá prosperar (…)" (considerando cuarto). El motivo antes descrito perjudica doblemente al recurrente, pues no obstante haber sido víctima de la distracción dineraria, a la cual no podía hacer frente o al menos estaba en condiciones técnicamente desmejoradas para hacerlo en comparación con el recurrido, se le conmina a sustanciar un juicio de lato conocimiento con el propósito de obtener, eventualmente, una sentencia condenatoria que le haga posible recuperar aquellos fondos.

Para nosotros 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. Afirmar lo contrario nos parece que significa la preterición de argumentos sustantivos de envergadura en el cometido de revertir la decisión antes mencionada y que en justicia fueron considerados por la Corte Suprema.

El primero de ellos se refiere a la naturaleza del contrato sobre el que se traba la litis. Cabe recordar, y de hecho la sentencia lo hace, que para establecer la identidad jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria habrá que visualizar el de depósito, vínculo definido en el artículo 2211 CC, y que se encuentra recogido en el artículo 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 CC en relación con el art. 2228 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 traslaticio de dominio; algo similar sucede con el cuasi usufructuario. El depósito, es entonces, de naturaleza irregular.

El punto en mención se aprecia refrendado por el indicado artículo 40, en el cual el legislador indica expresamente 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 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 perece, 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).

El tercer argumento dice relación con la posición que ocupa el banco en el contrato en cuestión. Es posible apreciar la asimetría que impregna el contrato de cuenta corriente, la cual conduce a considerar que el cliente es la parte más débil del vínculo en principio protegido por el estatuto favorable al consumidor. Sin embargo, como se ha apreciado, entendemos que no es necesario recurrir a dicho estatuto especial, pudiendo resolverse con los principios y normas positivas del derecho común, tal y como se falló en el caso en comento. En dicho contexto, el banco no puede liberarse de su obligación de restituir el dinero, cuya custodia debe ofrecer (aunque no deba reintegrar exactamente el mismo que le ha sido confiado), atribuyéndole al cuentacorrentista negligencia en su manejo de claves o en la implementación de algún antivirus. Pesa sobre la entidad financiera un deber de garante, de seguridad de los efectos dinerarios, de sus propios efectos dinerarios, con cargo los cuales debe hacer efectiva su obligación de restitución en atención a su calidad de depositario (sobre esta idea, véase columna de Julio Álvear en este mismo medio).

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" (Barrio, *Ciberderecho*, pp. 90-91), 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 desatenderse.

* *Pamela Mendoza Alonzo es Directora de la Escuela de Derecho de la Universidad de la Frontera y Renzo Munita Marambio es investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo.*

Análisis jurídico

La nulidad del reconocimiento como acción de filiación
María Sara Rodríguez
"...Interesa observar, por un lado, que los plazos para impugnar se cuentan desde que se supo del hecho y se pudo hacer valer la acción; es decir, desde que se tiene conocimiento y capacidad. Por otro lado, entre los varios legitimados para impugnar una filiación determinada por reconocimiento no está el que voluntariamente hizo el reconocimiento..."

Comente

Dulce y agraz
Pablo Fuenzalida
"...El fragor de la contienda electoral es atractivo durante el período de campaña, pero altamente ineficiente en el desenvolvimiento cotidiano (...) Es de esperar que el Colegio de Abogados esté a la altura de estos desafíos, para lo cual pareciera necesario, antes de dar paso a una agenda de trabajo de consenso, primero, recomponer el tejido social al interior del nuevo Consejo General..."

Comente

Cuando los tribunales pueden orientar soluciones: las consecuencias de los casos 27/F
Luis Cordero
"...La invitación de las decisiones de la Corte Suprema es a deliberar sobre las reglas de indemnización que nuestro sistema institucional debería tener para víctimas de catástrofes. Es en el ámbito de la compensación por medio de fondos públicos y no en las acciones judiciales de responsabilidad del Estado en donde deberíamos discutir una sensata forma de indemnizar a las víctimas..."

Comente

Los jueces frente al desarrollo
José Miguel Aldunate
"...Queriendo participar más activamente en el desarrollo, más y más jueces desdibujan la línea entre la política y la actividad jurisdiccional. Pocos, como el juez (Carlos) Rosenkrantz, se dan cuenta que ello implica abandonar la custodia de las reglas y, con ello, tanto el ideal del juez independiente e imparcial, como la condición fundamental que hace posible el desarrollo..."

Comente

Interés superior del niño en las decisiones de cuidado personal
Marcela Acuña San Martín
"...Puede fácilmente comprenderse que las cláusulas generales normalmente afectan de modo negativo el ISN, porque lo encapsulan en una solución única que olvida la individualidad propia de cada niño, con lo cual, finalmente, este deja de ser tratado como una persona y pasa a ser nuevamente un objeto de tutela..."

Comente

Ver más