

RECURSO DE APELACIÓN

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

ROLANDO SALVADOR ROJAS MATUS, abogado por la recurrente, en autos sobre recurso de protección de garantías constitucionales, caratulados **“MUÑOZ/SCOTIABANK-CHILE S.A.”**, Rol Ingreso Corte N°**27961-2020**, a V.S. Iltrma., con respeto digo:

Que por este acto y encontrándome dentro del término legal, conforme lo dispone el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, vengo en interponer recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 06-11-2020, mediante la cual S.S.I. rechazó el Recurso de Protección interpuesto, a fin de que los presentes autos sean elevados ante la Excelentísima Corte Suprema, quien conociendo de éstos, proceda a revocarla, y en su lugar, declare que se acoge el recurso interpuesto, en atención a los antecedentes y fundamentos ya expuestos y acompañados en estos autos y a los fundamentos que a continuación se exponen:

FALLO IMPUGNADO

Señala la sentencia impugnada, que sólo basta para rechazar el la acción interpuesta, el hecho de que el recurso de protección no es la vía idónea para ventilar un asunto derivado de fraude bancario informático, señalando:

“Quinto: Así las cosas, aparece que el asunto propuesto a través de esta acción constitucional rebasa sus límites y propósitos, dado que supone dirimir si las operaciones fueron ejecutadas por el recurrente; si en el caso concurre un supuesto de responsabilidad de la entidad financiera, verificando si en los hechos se verificaron giros bancarios en fraude a la titular; o si las operaciones pudieron llevarse a cabo mediante la vulneración de los sistemas de seguridad del banco recurrido, para cuyos fines este procedimiento tutelar no resulta idóneo, más aun si el banco manifiesta que revisados sus sistemas, la actora se identificó correctamente de cara a las transacciones objetadas, por cuanto todas las operaciones fueron realizadas ingresándose los datos y claves privadas y confidenciales del cliente, a través del sistema de “identificación digital, que incorporando sus credenciales o claves, lo acreditaron como titular de sus productos bancarios.”

En definitiva, en criterio del tribunal, debe rechazarse el recurso por no cumplir los requisitos de forma para su procedencia, así, basta que una institución bancaria señale que no es su responsabilidad el fraude sufrido por sus propios clientes para así evitar cumplir con su diligencia se proveer servicios financieros seguros, excluyendo una vía rápida de protección y cautela como lo es el recurso de protección.

ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

La presente controversia se origina en un fraude bancario informático sufrido por mi representada, el cual fue acreditado fehacientemente y no controvertido por la recurrida. Así, con fecha 05-12-2019, a mi representada la contactó una ejecutiva del Banco Scotiabank, con el objeto de confirmar una transferencia por la suma de \$2.959.000.-, la cual mi representada negó tajantemente, ya que es imposible que contara con esa cantidad de dinero en su cuenta corriente.

Mi representada solicitó información inmediata y se le señaló que se habían realizado avances en dinero desde sus tarjetas de crédito, los cuales jamás realizó. Ante esto, la ejecutiva le informa que debe acercarse a su sucursal para proceder a realizar los trámites por fraude. La suma defraudada se desglosa de la siguiente manera: 1) \$603.000.- Avance desde tarjeta de crédito MasterCard, 2) \$ 665.000.- Avance desde tarjeta de crédito Visa. 3) \$398.152.- Desde la Línea de Crédito. 4) \$ 57.848.- Desde la cuenta corriente. Dando un Total sustraído por \$1.724.000.- Asimismo, se realizó con misma fecha una transferencia de terceros a la cuenta de mi representada por \$1.235.000.-, para luego realizar la transferencia total a otro tercero desconocido por \$2.959.000.- Movimientos desconocidos derivados de un fraude informático de terceros sobre los sistemas de cyberseguridad del banco recurrido.

Luego de dejar las denuncias y acompañar todos los antecedentes necesarios al banco, y después de más de 3 meses de reclamos en la institución bancaria, finalmente, con fecha 25 de marzo de 2020, la ejecutiva antes señalada le envía correo electrónico a su jefatura con copia a mi representada donde consta fehacientemente lo expuesto, recibiendo respuesta y rechazo de sus solicitudes de reembolso.

ACTOS ILEGALES Y ARBITRARIOS COMETIDOS

1. Conforme a los hechos expuestos en autos y al informe evacuado por el banco recurrido, ha quedado en evidencia que los hechos denunciados ocurrieron, -y sin objeción alguna sobre su existencia-, y por ende, debe asumirse que estos son ciertos, tal cual dan cuenta todos los documentos acompañados, desde la denuncia misma, la copia de los reclamos, los correos de respuesta del Banco y demás documentos que constan en la causa.

2. En este sentido, la parte recurrida ha tratado de trasladar, ilegalmente, la carga de acreditar que el fraude en las tarjetas de crédito y cuenta corriente de mi representada ocurrieron por su culpa o incluso dolosamente, supuestamente entregando sus claves y contraseñas a terceros. Lo curioso es S.S.I., que en su informe el banco reconoce expresamente que las operaciones tenían aspecto de fraude, ya que jamás mi representada en sus más de 12 años de antigüedad como cliente del banco había realizado

3. Lo cierto es S.S., que la recurrida omite un detalle importante en su informe, y este detalle es que, las transacciones que realizaba habitualmente mi representada, las hacía generalmente a través de la página web oficial del banco o a través de su teléfono celular, el

cual exige autenticación por huella digital, en consecuencia, a menos que una persona pueda sacarse y entregarle a un tercero su huella digital, la argumentación de la recurrida en este sentido es ilógica, ya que el ingreso mi representada lo confirmaba de tal forma, para luego utilizar los servicios bancarios, y asimismo, luego de ingresar a la aplicación eran utilizados los sistemas de seguridad del banco, es decir, 1) **tarjeta de coordenadas estáticas (ni siquiera contraseña digital dinámica creada en el momento)**, y 2) una **confirmación al teléfono celular de mi representada** (confirmación que jamás llegó al teléfono de la recurrente), esto es sumamente grave S.S., **ya que la recurrida señaló que los números de confirmación fueron cambiados para el fraude, y por tal motivo no llegaron a pedir la confirmación de mi representada, pero eso no es todo, los teléfonos de confirmación para transacciones únicamente por protocolo pueden cambiarse en forma presencial en sus oficinas, con cédula de identidad al día y con huella digital, lo que no ocurrió y se modificaron a pesar de ello, sin cumplirse el protocolo, lo cual consta en correo donde se consultó a la ejecutiva, con fecha 30.12.2020 y que asimismo consta en el proceso.**

4. A mayor abundamiento, los sistemas informáticos actuales de cualquier institución bancaria permiten saber **i)** en qué lugar y en qué momento se realizó una transacción, **ii)** a través de cuál dispositivo electrónico se realizó y **iii)** en qué lugares geográficos se encontraban cada uno de los dispositivos que hayan intervenido. **NADA DE ESO SE EXPLICA EN EL INFORME DE LA RECURRIDA S.S.I.**

5. Así, desde la denuncia por el fraude sufrido, los actos denunciados se resumen en los siguientes hechos:

- a) El Banco cerró la cuenta corriente de mi representada.
- b) Existe negativa del banco hasta hoy de recibir los pagos de dividendos hipotecarios contratados previamente.
- c) Existe negativa del Banco de restituir los fondos sustraídos de la cuenta corriente y anular los avances o créditos ilícitamente solicitados por terceros.
- d) El Banco recurrido generó créditos de consumo y pagarés sin consentimiento de mi representada para cobrar el monto defraudado a mi representada.
- e) En síntesis, el banco incumplió su obligación de otorgar seguridad y resguardo respecto a los productos y servicios que presta, burlándose todas sus medidas de seguridad, causa del fraude, además de transgredir las normas que regulan el contrato de depósito, que obligan a restituir igual cantidad de dinero al depositante, y con todo, pretende cobrar el fraude a la recurrente, a pesar de la negligencia en el servicio de seguridad informática bancaria prestado por la parte recurrida.

NORMAS LEGALES TRANSGREDIDAS

- Los hechos expuestos son actos totalmente ilegales y arbitrarios S.S.I., ya que transgreden expresamente la normativa de la Ley 20.009 que Limita Responsabilidad de los Usuarios de Tarjetas de Crédito, que en su artículo 4 inciso quinto señala:

“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.”

Así, la recurrida no ha acompañado prueba alguna para cumplir su carga probatoria, habiéndose cumplido todos los requisitos de informar y denunciar en tiempo y forma por mi representada.

- En este sentido, el texto actual de la Ley citada, hace aplicable expresamente el fraude a través de medios electrónicos para este tipo de casos. Así, el artículo 1 inciso segundo señala:

“Asimismo, se aplicará a los fraudes en transacciones electrónicas.....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.”

No obstante tratarse de una Ley reciente, la Jurisprudencia reiterada de la Excma. Corte Suprema han establecido expresamente desde hace ya años, que la responsabilidad por los ataques de terceros a los sistemas electrónicos bancarios son de cargo de la institución emisora por no proveer los sistemas de seguridad adecuados.

- En este sentido, la recurrida ha infringido expresamente el artículo 3 letra d) de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de Los Consumidores, norma que señala:

“Artículo 3º.- Son derechos y deberes básicos del consumidor:

d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;”

En este sentido, mi representada es consumidora de servicios financieros, y la recurrida un proveedor profesional, circunstancias que le hacen aplicables plenamente la citada Ley, y el derecho a la seguridad en el consumo de servicios financieros.

- Por su parte, el artículo 2221 del Código Civil nos define lo que entendemos por depósito irregular, al señalar:

“En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda”.

El solo hecho de negarse, por parte del Banco Scotiabank, a restituir los fondos solicitados por esta recurrente lo hace incumplir de forma clara y evidente con su obligación como depositario irregular.

- A su vez la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras (hoy Comisión de Mercado Financiero), en su circular N° 3444, acápite 4.2 sobre Prevención de fraudes, establece lo siguiente:

“Los bancos deberán contar con sistemas o procedimientos que permitan identificar, evaluar, monitorear y detectar en el menor tiempo posible aquellas operaciones con patrones de fraude, de modo de marcar o abortar actividades u operaciones potencialmente fraudulentas, para lo cual deberán establecer y mantener, de acuerdo a la dinámica de los fraudes, patrones conocidos de estos y comportamientos que no estén asociados al cliente”.

En el presente caso, con la información ya relatada, queda de manifiesto que el Banco recurrido no cumplió de forma alguna con lo establecido por el regulador financiero.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONCULCADAS

Por su parte, el acto latamente descrito conculca el derecho de propiedad de mi representado garantizado en el artículo 19 N°24 de la Constitución. En efecto, el mentado artículo resguarda el derecho propiedad en sus diversas especies y sobre toda clases de bienes corporales o incorporales. Asimismo, establece que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley. Dicha disposición se encuentra en consonancia con lo estipulado en el artículo 583 del Código Civil.

JURISPRUDENCIA

La Excelentísima **Corte Suprema**, en fallo de **Causa Rol N° 29.635-2018**, señaló lo siguiente:

“De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídico sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través

de la cuenta bancaria del actor, circunstancia que fuerza a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo”.

Asimismo, la **Corte Suprema** en causa **ROL 21135-2020 de fecha 29-05-2020**, condenando a **Banco Estado** a restituir fondos sustraídos y defraudados de cuenta de cliente, ha señalado:

“Tercero: Que, como lo ha sostenido esta Corte, el contrato de cuenta corriente bancaria constituye una especie de depósito respecto de un bien eminentemente fungible, y que es de cargo del depositario el riesgo de pérdida de la cosa depositada durante la vigencia de la convención (SCS de 20/06/18, rol N° 2.196-2018); y que, para cada caso, resulta relevante analizar si los eventos que originaron las transferencias cuestionadas no han tenido como única causa la voluntad del depositante o cuentacorrentista, o han ocurrido otros que llevan a sostener que se han incumplido las obligaciones de resguardo y seguridad que recaen en la institución bancaria respectiva.”

En el mismo sentido, la **Corte Suprema** en **causa ROL 2196-2018**, condenando a **Banco Itaú** a restituir fondos sustraídos desde cuenta de cliente, ha señalado:

“Sexto: Que así entonces, ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas no resulta posible sostener que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, como ocurre en autos, corresponda a caudales específicos de éste, toda vez que los depósitos de dinero en las entidades financieras se realizan como un simple género y en caso alguno como especies o cuerpos ciertos, a lo que debe sumarse el carácter de bienes fungibles que en su esencia representan las especies monetarias empleadas para la satisfacción de lo debido, conforme dispone el artículo 575 del Código Civil, esto es, dotadas de igual poder liberatorio, y por cuya razón pueden reemplazarse unas a otras mutua o recíprocamente en la ejecución de las obligaciones sin perjuicio ni reclamo del acreedor (Carlos Ducci Claro, Derecho Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1980).

Séptimo: De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídica sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través de la cuenta bancaria del actor, circunstancia que fuerza a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo.”

Finalmente, para hacer patente que la actitud del banco recurrido es reiterada, en reciente fallo de fecha 14-08-2020, en **causa ROL 85344-2020**, la **Corte Suprema** condenó a **Banco Scotiabank** a restituir fondos desde cuenta corriente de cliente, por no acreditar que las transacciones denunciadas se realizaron desde dispositivos del cliente, sino desde la página web oficial del banco, es decir, sus sistemas de seguridad son falibles y negligentes, señalando:

“Quinto: Que, de lo expuesto, se concluye que la recurrida se limitó a señalar en su informe que las transferencias se realizaron utilizando las claves del cliente. Sin embargo, no acreditó de modo alguno que las operaciones objetadas, se hayan realizado desde el computador o algún dispositivo de uso personal de éste; por consiguiente, el banco recurrido no ha podido excepcionarse de cubrir las pérdidas sufridas por el recurrente, dado que no acreditó, estando en posición de hacerlo, que el siniestro haya ocurrido con ocasión de la sustracción de las claves por parte de terceros por una vía distinta a la obtención de las mismas a través de su página web oficial.”

Para concluir, sólo basta citar los siguientes fallos del presente año **que condenan a la recurrida Banco Scotiabank-Chile S.A., dando cuenta de su reiterada negligencia en los servicios de seguridad en las transacciones financieras que provee:**

- Corte de apelaciones de Antofagasta: Recurso Protección ROL 1010-2020
- Corte de apelaciones de Arica: Recurso Protección ROL 1091-2020
- Corte de apelaciones de Antofagasta: Recurso Protección ROL 2669 – 2020
- Corte de apelaciones de Iquique: Recurso Protección ROL 177-2020
- Corte de apelaciones de La Serena: Recurso Protección ROL 869-2020
- Corte de apelaciones de Concepción: Recurso Protección ROL 10.633-2020
- Corte de apelaciones de Santiago: Recurso Protección ROL 25798-2020
- Corte Suprema: Apelación Recurso de Protección ROL 59.554-2020
- Corte Suprema: Apelación Recurso de Protección ROL 85344-2020
- Corte Suprema: Apelación Recurso de Protección ROL 94269-2020

POR TANTO, conforme a lo expuesto y lo dispuesto por el N°6 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales y demás normas ya citadas y aplicables;

RUEGO A S.S.I., tener por interpuesto recurso de apelación en contra del fallo de fecha 06 de noviembre de 2020, declararlo admisible y ordenar se eleven los presentes autos para ante la Excm. Corte Suprema, a fin de que revoque y enmiende conforme a derecho la sentencia impugnada, acogiendo en definitiva el recurso de protección en favor de mi representada, reestableciendo el imperio del derecho y ordenando a la parte recurrida que restituya los

fondos sustraídos desde su cuenta corriente, que deje sin efecto el cierre de su cuenta bancaria y sus productos financieros, que deje sin efecto los créditos de consumo generados para cobrar el fraude y que permita el pago de los dividendos hipotecarios de mi representada, sin interés o recargo alguno, con una ejemplificadora condena en costas.



ROLANDO ROJAS MATUS
RUT: 10.567.770-7
ABOGADO