

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA

SECRETARIA: PROTECCIÓN

PROCEDIMIENTO: RECURSO DE PROTECCIÓN

RECURRENTE: VÍCTOR HUGO VENEGAS GIACOMOZZI

CÉDULA DE IDENTIDAD: 9.453.859-9

DOMICILIO: OSCAR HOTT 1311 BELLAVISTA, OSORNO.

PATROCINANTE: EDUARDO PICAND ALBÓNICO

RUT: 13.434.274-9

EMAIL: EPICAND@PICANDYRIOS.CL

DOMICILIO: AVENIDA ALONSO SE CÓRDOVA N° 5320, OFICINA 1901, LAS CONDES

RECURRIDO: SCOTIABANK CHILE S. A.

RUT: 97.018.000-1

REPRESENTANTE LEGAL: FRANCISCO JAVIER SARDÓN DE TABOADA

RUT: SE IGNORA

DOMICILIO: MORANDÉ N° 226, COMUNA DE SANTIAGO

EN LO PRINCIPAL: Recurre de Protección; PRIMER OTROSI: Acompaña documento; SEGUNDO OTROSI: Orden de no innovar; TERCER OTROSI: Se tenga presente.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA

Víctor Hugo Venegas Giacomozzi, profesor universitario, cédula de identidad N° 9.453.859-9, domiciliado en Óscar Hott N° 1311, Bellavista, Osorno, a VS. Iltma., con respeto digo:

Conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, vengo en interponer fundado recurso de protección de garantías Constitucionales en contra del **Banco SCOTIABANK Chile S.A.**, Rol Único Tributario N° 97.018.000-1, representado legalmente por don Francisco Javier Sardón De Taboada, por las actuaciones ilegales y arbitrarias cometidas por el Banco antes aludido en contra de mi representado, en atención a las consideraciones que a continuación paso a exponer:

I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Soy Académico/Investigador asociado al Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Los Lagos, Institución donde trabajo hace 23 años.
2. He sido cliente del Banco recurrido -después de sus sucesivas transformaciones y fusiones (Banco BHIF-Banco BBVA-Banco Scotiabank Azul) por más de 23 años, en calidad de cuentacorrentista. Durante todos estos años, he dado oportuno e íntegro cumplimiento a todas mis obligaciones pecuniarias con la recurrida, sin que haya registrado moras de larga data o incumplimientos relevantes en el marco de nuestra relación contractual.
3. Hoy en día mantengo diversos productos bancarios contratados con el Banco recurrido, a saber: 1 crédito hipotecario que pago por 15 años y me faltan 10 años por pagar; 2 créditos de consumo pequeños, uno de los cuales terminaré de pagar prontamente; 2 tarjetas de crédito y 1 línea de crédito que uso habitualmente. Vivo de mi sueldo y no he dejado de cumplir jamás mis obligaciones con el Banco recurrido.

4. El presente recurso está vinculado con la negativa del Banco recurrido de realizar la devolución del dinero sustraído fraudulentamente el día 19 de diciembre de 2019, desde los productos bancarios que he contratado con el Banco Scotiabank (cuenta corriente y dos tarjetas de crédito), sustracción que se produjo por parte de terceros defraudadores en el contexto del proceso de fusión entre BBVA (hoy, Scotiabank Azul) y Scotiabank Chile (“Scotiabank”).
5. La referida fusión tiene su origen en el hecho esencial informado por BBVA a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, con fecha 02 de agosto de 2018, en que el Banco recurrido comunica a la autoridad que por Junta Extraordinaria de Accionistas se aprobó la fusión por incorporación de BBVA en Scotiabank. Por lo demás, fue un hecho ampliamente cubierto por todos los medios de comunicación social.
6. En este contexto, aprovechando el proceso de migración de los clientes de BBVA (a Scotiabank Azul), terceros cuya identidad se desconoce, **defraudaron al Banco**, obteniendo a mi nombre un *crédito de consumo on line* por la suma de **17.028.000¹**, retirando, además, desde dos (2) tarjetas de crédito asociadas a mi nombre y utilizando para ello el portal web del Banco, la suma total de **\$5.655.500**.

Con ello se generó un pasivo total en mi patrimonio por **\$22.683.500 pesos**.

7. El Banco recurrido, de forma ilegal y arbitraria, **PUSO DE CARGO DE MI PATRIMONIO, COMO UN PASIVO**, la obligación de solventar los dineros por los que fue defraudado el mismo Banco por el actuar de terceros. Hasta la fecha, el Banco recurrido se niega a eliminar ese pasivo

¹ En la Hoja de Resumen del crédito de consumo *on line* tomado por los terceros defraudadores, el Banco recurrido advierte que el monto total que terminaría pagando casi el doble (**\$31.522.576**). La advertencia dice textualmente, según se lee en el documento respectivo acompañado en el primer otrosí (documento N° 6): “*El Producto o servicio financiero de que da cuenta esta Hoja Resumen, requiere del consumidor contratante VENEGAS GIACOMOZZI VICTOR HUGO patrimonio o ingresos futuros suficientes para pagar su costo total de \$ 31.522.576, cuya cuota mensual es de \$463.393 durante todo el periodo del crédito*”.

de mi patrimonio, no obstante **RECONOCER EL FRAUDE**; peor aún, pretende incluso generar ganancias para el mismo Banco por el actuar fraudulento del tercero, devengando intereses a su favor y cobrando su pago al suscrito.

8. En estas circunstancias, el actual del Banco se erige en los hechos como un auténtico acto ilegal y arbitrario, de aquellos proscritos por nuestro ordenamiento constitucional, puesto que al no asumir el perjuicio económico y trasladar a mi cuenta corriente los efectos del fraude bancario, afecta directamente mi patrimonio, vulnerando con ello el artículo 19 números 1º, 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

II.- LOS HECHOS

A. Hechos que dieron lugar al fraude bancario.

1. En el contexto de la pública y notoria fusión entre las entidades bancarias BBVA y Scotiabank, fui contactado en la tarde del día jueves 19 de diciembre por un ejecutivo del Banco, informándome que a propósito del proceso de migración de clientes producto de la fusión, debía realizar una actualización de mis claves de ingreso a la página web del Banco, para lo cual se me envió a mi teléfono celular y correo electrónico (información personal que ellos ya tenían en su poder) dos claves de seguridad. Una vez que ingresé a la página web del Banco, tuve que digitar mi número de cédula de identidad más las dos claves que me fueron enviadas, generándose con ello, una nueva clave única de ingreso que me notificaron al celular.
2. El mismo día jueves 19 de diciembre de 2019, llega un correo electrónico desde el Banco a mi casilla en que se expresa: “*Estimado (a) Cliente: Te informamos que tu activación en Scotiabank Azul Pass fue exitosa, ahora podrás **realizar transferencias y pagar sin tu tarjeta de coordenadas**, en menos tiempo y con mayor seguridad”.*

3. El día lunes 23 de diciembre de 2019, a las 08:12 horas, ingresa a mi casilla electrónica otro correo del Banco informándome lo siguiente: *“Estimado Cliente: Junto con saludar y de acuerdo a lo instruido por Ud. en relación al crédito de consumo solicitado por Internet, el cual ya fue abonado a su cuenta...”*. Todo esto se acredita a través de los documentos acompañados bajo los números 4° a 9° del primer otrosí.

4. En efecto, los hechos dan cuenta de una serie de maniobras realizadas por personas desconocidas el 19 y 20 de diciembre de 2019, quienes **defraudaron al Banco Scotiabank**, al realizar las siguientes acciones delictivas a través de la página web de dicha Institución bancaria:
 - a) Obtuvieron a nombre de mi representado un crédito de consumo *on-line* por la suma de **\$17.028.000**, de fecha 20 de diciembre de 2019;
 - b) Extrajeron desde la tarjeta de crédito Mastercard N° 5494512029930563, la suma de **\$2.682.000** (avance registrado por efectos contables el 20 de diciembre de 2019 pero retirado el día anterior). Esta es la tarjeta de crédito utilizada habitualmente por mi representado; y
 - c) Extrajeron desde la tarjeta de crédito Mastercard Black N° 5536562100018994, la suma de **\$2.973.500** (avance registrado por efectos contables el 20 de diciembre de 2019 pero retirado el día anterior).

El monto total defraudado es de \$22.683.500 pesos.

5. Hago presente que la Tarjeta de Crédito Mastercard N° 5494512029930563, es la que habitualmente uso en mis transacciones; en cambio, la tarjeta Mastercard BLACK N°5536562100018994, no estaba operativa y jamás la activé después que me la entregaron. El uso del dinero de ambas tarjetas fue posible únicamente gracias a la vulneración que los terceros defraudadores hicieron de la página web del Banco a causa de las bajas medidas de seguridad establecidas por aquél.

6. Podrá observar esta Ilustrísima Corte dos elementos fundamentales: el Banco recurrido procede a autorizar transferencias desde mi cuenta

corriente sin usar tarjeta de coordenadas y, lo más grave, otorga un millonario crédito de consumo el día 19 de diciembre de 2019 (fechado 20 de diciembre de 2019, junto a todos sus documentos anexos), con cargo a mi patrimonio, **notificándome de ello al correo electrónico 4 días después, sin un ejecutivo a cargo; sin preguntarme; sin verificar mi identidad ni solicitar una copia de mi cédula de identidad a efectos de cotejar la firma del documento suscrito fraudulentamente por terceros; entre otras tantas irregularidades.** Posteriormente, el jueves 26 de diciembre de 2019, a las 08:08 horas, llega a mi correo electrónico una copia del pagaré suscrito por el Banco en mi representación.

7. Podrá apreciar VS. Ilustrísima, a través de un simple ejercicio de comparación, lo burda que es la firma ilegible que estamparon en el contrato de crédito y que el Banco recurrido muy sospechosamente (hay que decirlo así con todas sus letras) me envió 4 días después de haber abonado el dinero del mismo, y más sospechoso aún es que aparezca registrado con fecha 20 de diciembre de 2019, esto es, un día después de la defraudación. Acompaño en el primer otrosí (documentos N° 1 y 2) copia del mandato judicial que he firmado ante Notario Público y de mi cédula de identidad, donde aparece cuál es mi firma. Un simple ejercicio de comparación de mi firma con la estampada burdamente en el contrato de crédito, dará cuenta que derechamente me falsificaron mi firma. Ahora bien, lo realmente grave aquí es que el Banco recurrido, quien **tiene registrada mi firma**, no haya realizado el más mínimo ejercicio o esfuerzo de comprar si la firma que estaban estampando los supuestos defraudadores en el contrato de crédito se correspondía con mi firma registrada en el Banco y que el mismo recurrido verifica a diario cuando, por ejemplo, debe autorizar el pago de algún cheque girado por el suscrito. Esto muestra nuevamente y con mucha claridad y fuerza que ha sido la negligencia absoluta y grave del Banco, injustificable desde todo punto de vista, la que permitió a los terceros defraudar al Banco recurrido en la liberación y abono de fondos de dinero del crédito pre-aprobado (que yo jamás solicité de modo alguna al recurrido ni antes ni durante ni después del fraude) a mi cuenta corriente.

8. Volviendo al jueves 19 de diciembre de 2019, luego de que el Banco autorizara el crédito de consumo que jamás solicité en mi cuenta corriente (en la cartola de la cuenta corriente aparece abonado con fecha 20 de diciembre de 2019, junto a todos sus documentos anexos), se realizaron inmediatamente, de manera sucesiva y utilizando para ello mis productos bancarios disponibles desde la plataforma web del Banco recurrido, un total de **7 compras millonarias a través se internet y un total de 8 transferencias bancarias** desde mi cuenta corriente a diversas cuentas vistas del Banco Estado, sin que ello, sin embargo, levantara alarma alguna en el Banco recurrido no obstante ser evidentemente sospechosas.
9. Las 7 compras o pagos millonarios realizados el 19 de diciembre de 2019, desde mi cuenta corriente, inmediatamente después de que el banco me abonara el dinero del crédito de consumo que jamás solicité, y justo antes de realizar las también fraudulentas transferencias bancarias a las que aludiré en el punto anterior, fueron las siguientes y por un **monto total de \$18.771.995:**

Fecha	Detalle	Monto
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE PORT	\$5.191.000
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE PORT	\$2.219.000
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE PORT	\$3.316.000
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE PORT	\$1.178.000
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE SERV	\$2.017.523
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE SERV	\$2.700.472
19-12-2019	PAGO POR SWEB DE PORT	\$2.150.000

10. Las 8 transferencias electrónicas que se realizaron el jueves 19 de diciembre de 2019, desde mi cuenta corriente a diferentes cuentas vistas del Banco Estado, se llevaron a cabo sospechosamente **en menos de 29 minutos** y por un **monto total de \$1.806.000:**

Fecha Trx	Hora Trx	Monto	Rut Destino	Nombre Destino	Cuenta Destino	Banco Destino
19-12-2019	16:04:25	201.000	9.000.129-9	Zahira Margarita	9000129	Estado
19-12-2019	16:15:05	201.000	17.884.407-5	Cristian Fuentealba Ibañez	17884407	Estado
19-12-2019	16:19:04	201.000	10.451.568-1	Carlos Enrique Lara Arias	10451568	Estado
19-12-2019	16:21:57	201.000	18.546.955-7	Matías Espinoza Ramírez	18546955	Estado
19-12-2019	16:25:17	201.000	17.934.461-0	Víctor Molina	17934461	Estado
19-12-2019	16:27:14	201.000	20.420.863-8	Denilson Tapia Rivas	20420863	Estado
19-12-2019	16:29:51	300.000	19.259.513-4	Diego Matías Galleguillos Mora	19259513	Estado
19-12-2019	16:33:38	300.000	20.535.400-K	Bastían Andrés Valenzuela Gonza	20535400	012 Estado

11. Las copras, pagos y transferencias bancarias fraudulentas aludidas precedentemente, se encuentran debidamente acreditadas a través de los documentos acompañados en el primer otrosí bajo el número 13.

12. Ahora bien, es posible advertir VS. Ilustrísima, que las 7 compras o pagos millonarios se realizaron inmediatamente después que el Banco recurrido abonara en mi cuenta corriente el dinero del crédito fraudulentamente obtenido por terceros, e inmediatamente antes de realizar las 8 transferencias bancarias al Banco Estado, lo que obliga a concluir que todas las operaciones bancarias eran maquinadas por las mismas personas.

13.El monto total de dinero con el cual los terceros defraudaron al Banco recurrido a través de compras, pagos y transferencias bancarias realizadas el 19 de diciembre de 2020, asciende a la suma de **\$20.577.995**. No obstante lo anterior, el monto total del pasivo que se generó el Banco a su favor por el monto total del crédito de consumo más el dinero utilizado de las dos tarjetas de crédito es de **\$22.683.500 pesos**.

14.A mayor abundamiento, es preciso indicar que los terceros defraudadores ocuparon no sólo la totalidad del dinero abonado a mi cuenta corriente por el Banco recurrido a través del crédito de consumo otorgado sin mi consentimiento, sino que también, al agotarse el abono del crédito, procedieron a vaciar los cupos de dinero disponibles en las dos tarjetas de crédito que tengo contratadas con la referida institución bancaria y que individualicé precedentemente.

15.Este es VS. Ilustrísima el estado en que quedó mi patrimonio el día 19 de diciembre de 2019, a las 17:00 horas: la generación de un pasivo millonario en favor del Banco recurrido, quien se niega arbitraria e ilegalmente a restituir los fondos de dinero o a eliminar el aludido pasivo bancario con el cual los terceros defraudaron al Banco recurrido y que asciende a la suma de **\$22.683.500 pesos**, suma de dinero que el Banco recurrido se niega a devolver o eliminar, en su caso, pretendiendo transferir al suscrito el riesgo y efectos del delito del cual fue víctima y que se cometió exclusivamente por la falta de atención en sus mecanismos de resguardo y protección bancaria asociados a su portal web.

B. Identificación inmediata de los actos delictuales que dieron lugar al fraude, y su denuncia a la autoridad.

16.El mismo jueves 19 de diciembre de 2020, a las 16:32 minutos, aproximadamente, y únicamente DESPUÉS de que se hubieren consumado todas las transacciones fraudulentas en contra del Banco

(aprobación de un crédito de consumo a mi cuenta corriente; 7 compras o pagos millonarios; 8 transferencias bancarias al Banco Estado), lo que puede cotejarse fácilmente al ver la cartola bancaria que acompañó en el primer otrosí y el horario en que se realizaron las transacciones según informa el propio Banco (documentos 13 y 21), recibí un llamado telefónico a mi celular de parte de un ejecutivo bancario del Banco Scotiabank, indicándome textualmente lo siguiente: “...Sr. Venegas: hemos detectado en su cuenta corriente bancaria movimientos fraudulentos/maliciosos; usted debe bloquear inmediatamente su cuenta y productos bancarios y trasladarse a Carabineros de Chile con el objeto de formular una denuncia penal a efectos de que el Banco inicie una investigación administrativa”.

17. Inmediatamente después de cortar la llamada con el aludido ejecutivo bancario, abrí mi correo electrónico y había recibido un total de 8 notificaciones del Banco informándome de la realización exitosa de sucesivas transferencias bancarias a cuentas vistas del Banco Estado.
18. Procedí sin demora a cumplir las instrucciones del ejecutivo bancario, llamando desde mi celular al “**Fono Emergencia**” con el cual cuenta el Banco recurrido, ordenando el bloqueo inmediato de mi cuenta corriente y tarjetas de crédito.
19. Acto seguido (19 de diciembre a las 17:00 horas, aproximadamente), concurrí a la Primera Comisaría de Osorno con el objeto de formular denuncia penal en contra de quienes resultaran responsables. El día siguiente (viernes 20 de diciembre), concurrí a la Fiscalía Local de Osorno con el objeto de ponerme a disposición del fiscal de la causa y retirar una copia del parte policial a efectos de presentarlo en el Banco.
20. Encontrándome en el Banco recurrido, fui atendido por el ejecutivo Sr. **Jaime Martínez**, y su jefe Sr. **Jaime Bravo**, quienes más allá de la pésima atención brindada, me pidieron que completara diversos formularios para que operara la investigación interna y se activara el seguro bancario contra fraudes que tenía contratado con el mismo Banco, todo lo cual hice el mismo día. El Sr. Martínez ha mantenido esta misma actitud de indiferencia y displicencia hasta el día de hoy, negándose a

informar el estado de avance de la investigación que solicité. Luego fui atendido por el analista Sr. **Luis Salazar**, quien mantuvo la misma postura ante mi caso.

21.El Banco recurrido dio inicio así a una investigación interna a propósito de la solicitud que formulé N° 1637546, de 20 de diciembre de 2019.

22.Como podrá advertir VS. Ilustrísima, inmediatamente después de enterarme de la realización de las transacciones fraudulentas, realicé personalmente todas las actuaciones para alertar al Banco y denunciar inmediatamente el fraude a través precisamente de la plataforma oficial del Banco y por medio de los instrumentos de protección que aporta la institución bancaria a los clientes para el desarrollo de sus operaciones electrónicas (Causa N° 5160/2017, Corte de Apelaciones de San Miguel).

23.Ante la displicencia de los agentes del Banco recurrido en orden a informarme siquiera del inicio de una investigación administrativa para esclarecer los hechos, concurrí al **SERNAC** a efectos de formular una denuncia formal en contra del Banco recurrido. Fue únicamente gracias a esta gestión que Scotiabank, respondiendo a dicha institución estatal, emite el 03 de febrero de 2020, una carta indicando dirigida a SERNAC, informando que el plazo de las investigaciones era de 60 días, plazo que se cumpliría el 23 de febrero pasado. No obstante lo anterior, cumplido el plazo, el Banco no informó sino hasta el 18 de marzo de 2020, el rechazo de la solicitud de restitución de activos o eliminación de pasivo que había formulado.

24.La Fiscalía Local de Osorno investiga estos hechos delictivos (uso fraudulento de tarjetas de crédito y productos bancarios) bajo el **RUC 1901377041-K**. Fiscal Jefe María de Miguel Jara. La causa se encuentra desformalizada y con instrucción particular remitida a la Policía de Investigaciones de Chile (Jefe BRIDEC de Osorno), a través de Oficio 00747-20, de 20 de enero de 2020. Se adjunta documento en el primer otrosí (documento 11). He acompañado todos los antecedentes que tengo en mi poder a la fiscal del caso.

C. Responsabilidad exclusiva del Banco recurrido.

25. Jamás he delegado o compartido a tercera persona el uso de mis claves secretas que pudiera transmitir a mi representado el riesgo del delito cometido en contra del Banco (Causa N° 1908/2019, Corte de Apelaciones de Valdivia).
26. Jamás he autorizado las compras y pagos millonarios (7) ni las transferencias bancarias realizadas el 19 de diciembre de 2019 en favor de personas que no conozco y son completamente desconocidas para mi; jamás utilicé el mecanismo de autorización de transacciones a través de la tarjeta de coordenadas entregado por el banco recurrido; tampoco realicé transacciones que pudieran ejecutarse sin la tarjeta de coordenadas.
27. Los eventos que originaron las transferencias cuestionadas han tenido como único origen el incumplimiento de las obligaciones de resguardo y seguridad que recaen en el Banco Scotiabak, al no adoptar las medidas de resguardo para detectar e impedir los fraudes cibernéticos (SCS, Rol 23.188-2019).
28. En este orden de consideraciones, se debe tener presente que la variedad de las formas en las que se vulneran los sistemas de seguridad y la dificultad probatoria inmediata obligan a realizar un juicio acerca de indicios sobre la ocurrencia de los hechos y confrontar aquellos con las normas que determinan las obligaciones de seguridad de las instituciones bancarias. Así, para el caso de transferencias electrónicas, el Capítulo 1-7, punto 4.2, de la *Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos, actual Comisión para el Mercado Financiero*, indica que: “*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. Estos sistemas o mecanismos deberán permitir tener una vista integral y oportuna de las operaciones del cliente, del no cliente (por ejemplo, en los intentos de acceso), de los puntos de acceso (por ejemplo, direcciones IP, Cajero Automático u otros), hacer el seguimiento y correlacionar eventos y/o fraudes a objeto de detectar otros fraudes, puntos en que estos se cometen, modus operandi, y puntos de compromisos, entre otros.”.

29. Asentado lo anterior, se debe precisar que, en el caso de autos, es posible avizorar que el banco fue objeto de dos fraudes, a saber:

- a) El primer fraude, se relaciona con el otorgamiento de un crédito de consumo, que fue otorgado sin verificar de modo alguno la identidad y firma de la persona requirente. Esto es absolutamente relevante pues resulta evidente que **mi firma no se corresponde de modo alguna con la estampada en el contrato de crédito** que dio origen al abono de dinero que el banco entregó al suscrito, sin autorización, y que fue sustraído por terceras personas. Si el banco recurrido tiene por política entregar este tipo de créditos por vía on-line, a cualquier hora del día y sin verificar la identidad o firma de la persona con la cual contrata, debe asumir los riesgos que aquello entraña, debiendo destacar que no existe documento o antecedente alguno que de cuenta que yo haya solicitado o requerido dicho crédito al banco.
- b) El segundo fraude, abonados en mi cuenta corriente los dineros correspondientes al referido crédito, casi de manera inmediata se realizaron una serie de compras y pagos millonarios (7) y transferencias bancarias a cuentas vista del Banco Estado (8), que implicaron el giro total de los dineros entregados en virtud del crédito, como asimismo la utilización de montos vinculados a dos tarjetas de crédito que mantengo con el Banco recurrido. Es evidente, que tal situación debió activar las alertas de seguridad, máxime si estas operaciones se realizaban sucesivamente.

30. Cabe destacar que el Banco recurrido, en su carta de respuesta de 18 de marzo de 2020, se limita exclusivamente a sostener que existió una negligencia de mi representado, sin acompañar copia de los antecedentes del caso o investigación realizada por casi tres meses, sin demostrar de modo alguno que efectivamente haya adoptado todos aquellos resguardos que, en su calidad de institución bancaria, estaba obligada a activar.

31. En las condiciones descritas, el pasivo generado en el patrimonio del mí representado se ha producido exclusivamente por el aprovechamiento que han hecho terceras personas de las debilidades del resguardo de la información adoptadas por el Banco, y en ningún caso por descuido de mí representado en el uso de sus productos bancarios. Los peligros que rodean las actividades bancarias desarrolladas a través de la red traen aparejados peligros concretos y se ven materializados en un sinnúmero de delitos. Sin las medidas de seguridad necesarias que por ley debe adoptar la institución bancaria, nuestros datos personales y bancarios son susceptibles a ser interceptados o robados y ser utilizados sin nuestro consentimiento. Algunos de estos peligros son los virus informáticos, *Phishing*, *Pharming*, *Malware*, *Ransomware*, entre otros, a los cuales precisamente el Banco recurrido alude en su carta de respuesta, negándose a restituir el dinero sustraído o a eliminar el pasivo generado a su favor luego de las maniobras fraudulentas de las que el propio Banco fue víctima.

32. Tanto es así, que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ya con fecha 07 de junio de 2016, emitió la Carta Circular Bancos N° 1 Sociedades de Apoyo al Giro N° 1, enfatizando la necesidad de tomar medidas de control en materia de Ciberseguridad. Señala dicha Carta Circular que *“...Por ese motivo, es muy importante que las entidades lleven a cabo una evaluación permanente considerando, como mínimo, el cumplimiento de los siguientes requisitos: b) Que las empresas realicen una evaluación periódica de sus controles, considerando aspectos de identificación de los riesgos vinculados al uso de tecnologías de información, así como la suficiencia y efectividad de las medidas de protección y detección, y su capacidad de respuesta y recuperación ante la materialización de este tipo de amenazas.”*

33. La recurrida tampoco ha podido acreditar que en el espacio de ejecución de tales transacciones adoptó todas las providencias que permitieran establecer que las mismas respondían a un patrón de conducta del suscrito al tratarse de *transacciones regulares*. Esto es de la mayor relevancia pues, tal como señalé al inicio de este escrito, **soy cliente del Banco hace más de 23 años** y obviamente no soy un cliente desconocido para la institución bancaria. 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, como se señaló, no ha sido determinada por el Banco.
34. Asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que al no asumir el perjuicio económico trasladando los efectos del fraude bancario a mi representado, afecta directamente su patrimonio, vulnerando así el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.
35. El fraude de terceros en contra del Banco recurrido no se materializó por la digitación de claves, sino por el contrario, éste se fraguó valiéndose de virus o malware. Este hecho ha sido reconocido por el propio Banco recurrido, quien reconoce como propio el correo electrónico; sin embargo, violentando la teoría de los actos propios, el Banco recurrido atribuye el fraude a la existencia de virus en mi computador, lo que no resiste lógica alguna, pues en su carta de respuesta de 18 de marzo de 2020, indica lo siguiente: *“Adicionalmente, se presume la existencia de un Malware (virus) en su computador que permite que en cada ingreso a las páginas de un Banco, el virus lo detecte, obteniendo datos de sus productos, y/o permitiendo efectuar algunas operaciones, por lo cual, recomendamos formatear su equipo y actualizar de forma periódica el antivirus de su computador, con el fin de evitar este tipo de situaciones”*.
36. El Banco Recurrido desestimó cualquier medida de seguridad antes de cerciorarse de la identidad del cliente que supuestamente estaba requiriendo el crédito de consumo: ¿Hubo alguna llamada previa del

ejecutivo del Banco para confirmar la contratación de un crédito?. Ninguna, Ilustrísima Corte; ¿hubo alguna limitación de montos a transferir frente a transacciones millonarias efectuadas inmediatamente después de abonado el dinero del crédito?. Nada cercano, Ilustrísima Corte; ¿Antes de abonar el dinero del crédito en la cuenta corriente, el Banco recurrido verificó mi firma registrada en el Banco para cotejarla con aquella estampada supuestamente por los terceros defraudadores al momento de requerir el crédito?, la respuesta es negativa Ilustrísima Corte. Todos estos antecedentes muestran categóricamente cómo el Banco Recurrido bajó sus niveles de seguridad coadyuvando a la producción del fraude informático en su contra.

37. Habrá que advertir, además, que la maquinación fraudulenta se efectuó con el uso de aparatos propios del Banco, que son entregados al cliente para permitirle la operación de su cuenta corriente mediante medios informáticos, por lo que la correcta operación y seguridad en los mismos le resulta imputable a la recurrida, y resulta responsable de su vulneración.

38. En casos idénticos a los de autos (SCS, de fecha 29 de mayo de 2019, recaída sobre el Rol de Ingreso N° 29.892- 2018) la Excma. Corte Suprema, ha sido clara en señalar que la vulneración en los soportes informáticos es responsabilidad de la institución bancaria respectiva. En su jurisprudencia más reciente, revocando lo resuelto por la Illtma. Corte de Apelaciones de Iquique, rechazó las argumentaciones de BBVA (hoy, Scotiabank Azul) en torno a que:

“...no es posible solicitar devolución de fondos porque se realizaron a través de la aplicación de BBVAPASS”; “la materia en controversia excede el ámbito del recurso porque la supuesta vulnerabilidad sólo se puede comprobar en definitiva en un procedimiento ordinario que permita resolver con propiedad acerca de las pretensiones de las partes”; “no es posible restituir dineros cuando estos han sido transferidos a terceros sin vulneración de las medidas de seguridad del Banco y con claves secretas cuya custodia le corresponde a la recurrente”. “Séptimo: De este modo, aun cuando el fraude informático se haya ejecutado

*mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídica sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través de la cuenta bancaria del actor, circunstancia que fuerza a concluir que **EN DEFINITIVA EL ÚNICO Y EXCLUSIVO AFECTADO POR EL ENGAÑO REFERIDO ES EL BANCO RECURRIDO**, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo. Octavo: Que, asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que **AL NO ASUMIR EL PERJUICIO ECONÓMICO TRASLADANDO LOS EFECTOS DEL FRAUDE BANCARIO AL ACTOR**, afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política”.*

III.- DERECHO

1. Para que proceda la presente acción constitucional es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: i) la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, ii) que dicho acto viole, perturbe o amenace garantías que la Constitución asegura a todas las personas, y, finalmente, iii) que quien lo interpone se encuentre ejerciendo legítimamente un derecho indubitado, esto es, que sea quien se encuentra legitimado activamente para su ejercicio.
2. La acción constitucional de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ha sido establecida a favor de quien, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

3. Fundo la presente acción constitucional en la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta desplegada por la recurrida, en cuanto a la negativa de restituir los fondos que le fueron fraudulentamente retirados desde su cuenta corriente y tarjetas de crédito (o bien eliminar el pasivo correspondiente generado a favor del Banco), cuestionando la decisión de la institución bancaria, comunicada por correo electrónico enviado el 18 de marzo de 2020, a las 14:09 horas, en virtud de la cual se le informa que *“En lo que respecta a la revisión efectuada por el Banco, se detectó que las transacciones fueron realizadas a través de Internet. Para la realización de las transacciones objetadas, necesariamente se debe ingresar con su usuario (Rut), la clave personal de ingreso a su sesión y, además, su clave Keypass, información cuya custodia y uso, son de responsabilidad exclusiva del cliente. Realizada la investigación pertinente, se concluyó que no existió una vulneración a los sistemas de seguridad del Banco, pues las transacciones fueron validadas con la información antes referida. Presumimos en consecuencia, la existencia de un Malware (virus) en sus dispositivos electrónicos que hubieran podido provocar la captura de sus credenciales de seguridad para acceder a los servicios del Banco, lo que habría permitido a los supuestos terceros efectuar las operaciones objetadas”*.
4. La acción de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, mediante un procedimiento extraordinario, rápido y concentrado, cuando por causa de una acción ilegal o arbitraria, se ha amenazado, perturbado o vulnerado alguna de las garantías indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, lo que supone la existencia de una vía de hecho o de un acto ilegal que de manera evidente vulnere derechos indubitados del afectado.
5. En la especie, los dineros sustraídos desde la cuenta corriente de que se trata (aun cuando hayan sido abonados a propósito de un acto fraudulento de suscripción del contrato de crédito) se encontraban en depósito en poder del banco, que es quien, en principio, debe soportar la pérdida que se produzca como consecuencia de un fraude. Lo anterior cede solamente si aparece claro que la cuenta correntista ha sido quien facilitó el fraude, al caer en algún engaño, entregando a terceros sus claves, pero eso en este

caso no puede aseverarse, si el banco no explica cómo pudieron efectuarse la pluralidad de transferencias, ni se ha referido a si las cuentas de destino eran o no de aquellas registradas por el cliente, como operación habitual; máxime si dichas transferencias, según consta de la cartola histórica acompañada por el recurrente y correo electrónico de 18 de marzo de 2020, emitida por el banco recurrido, ocurrieron todas seguidamente de forma continua.

6. El Banco recurrido, al desestimar mi reclamo y negar con ello la restitución de los dineros girados desde su cuenta corriente y tarjetas de crédito (o eliminar el correspondiente pasivo generado en favor del Banco), ha trasladado ilegal y arbitrariamente el riesgo del fraude al actor, cometiendo con ello un acto de **auto tutela** que perturba la garantía constitucional del derecho de propiedad, contemplado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.
7. La acción es interpuesta dentro del plazo de 30 días contados desde el acto arbitrario o ilegal que se acusa. En efecto, el recurso se dirige contra la **carta de respuesta enviada por el Banco recurrido con fecha 18 de marzo de 2020**, que le comunicó al recurrente que no era posible acoger su solicitud consistente en la restitución de las sumas de dineros sustraídas.
8. **Afectación grave al derecho de propiedad.** A propósito de los recursos de protección interpuestos en contra de instituciones bancarias que se niegan ilegal y arbitrariamente a responder frente a los clientes por los perjuicios sufridos a causa de fraudes bancarios, se ha resuelto que el derecho fundamental de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución) sería el principal afectado. En lo específicamente referido a la vulneración de este derecho, se ha fallado que esta ocurre:
 - a) Al no asumir el banco recurrido el perjuicio económico sufrido, trasladando los efectos del fraude bancario al actor, lo que afecta directamente su patrimonio (Causa N° 12093-2019, CS);
 - b) Que las conductas de cobro desplegadas por el banco recurrido en tanto importan su renuencia respecto de los fondos de la tarjeta de

crédito contratada por la recurrente también infringen su derecho de propiedad (Causa n° 79735/2018, Corte de Apelaciones de Santiago);
y

- c) Que con la negativa de restitución del dinero se vulnera el derecho de propiedad de la recurrente sobre los bienes muebles entregados al banco para su custodia y resguardo (Causa n° 714/2019, Corte de Apelaciones de la Serena).

Como señala la doctrina, en materia de acción de protección las expresiones “actos” y “omisiones” ofensivos deben interpretarse en el sentido más amplio posible, sin hacer distinción entre acto y hecho, desde que el “acto” comprende también los hechos de cualquier persona, incluyendo los del Estado². Y aunque provenga generalmente de un hecho o un acto positivo, nada obsta a que sea una omisión la que ocasione la amenaza perturbación o privación; la omisión implica un no hacer, una inactividad ilegal o arbitraria por parte de quien se encuentra en la obligación de actuar³.

9. **Existencia de un derecho indubitado.** El Banco Recurrido, sin mediar mi consentimiento, generó créditos a su favor con cargo a mi patrimonio, tanto al otorgar el 19 de diciembre de 2019 a un tercero defraudador un crédito de consumo online bajo la titularidad de mi representado, como al permitirle a terceros acceder a mis tarjetas de crédito sin mi autorización. Este acto conculca las garantías fundamentales de mi representado, por cuanto el patrimonio no solo se ve afectado por la disminución arbitraria e ilegal de un activo, sino que además, por la generación arbitraria e ilegal de un pasivo.

10. **Existencia de derechos fundamentales transgredidos.** El Banco Recurrido, se niega a eliminar de mi patrimonio los créditos a su favor, o bien, ingresar créditos equivalentes al pasivo generado. Esta omisión,

² PINOCHET CANTWELL, Francisco. Recurso de protección. Editorial El Jurista, 2016, p. 125

³ Ibid.

arbitraria e ilegal, de la que da cuenta el correo electrónico de fecha 18 de marzo de 2020, conculca mis garantías fundamentales. En efecto, la omisión del Banco en orden a suprimir su crédito contra mi patrimonio, o bien, ingresar a mi patrimonio activos equivalentes al pasivo generado, privan, perturban y amenazan el legítimo ejercicio de los derechos garantizados por la Carta Política a mi representado.

11. **Los actos del Banco recurrido están afectando mi integridad psíquica, garantizada por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.** Como se ha pronunciado invariablemente la jurisprudencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional y que ha sido seguida por esta Iltma. Corte, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Carta Fundamental, que tiene una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado; constituyen mandatos expresos que obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo⁴. Como bien señala don José Luis Cea Egaña, la afirmación del Poder Constituyente de asegurar la integridad física y psíquica de la persona, un ser complejo, implica no inferir sufrimientos en la psique; lo cual tiene secuelas somáticas⁵. Se conculca así, a mi respecto, esta garantía constitucional al saber que desde el 19 de diciembre de 2010, me he convertido en un sujeto insolvente y con una deuda millonaria que jamás he contraído y que sobrepasa con creces el activo de mi patrimonio. En este sentido, afirma Enrique Evans de la Cuadra que: *“El derecho a la vida implica, además, el derecho a las integridades física y psíquica (inc. 1°, parte de final de este número) y ellas no pueden ser atropelladas por el legislador*

⁴ Sentencias del Excelentísimo Tribunal Constitucional N°s 1185, C. 11 y 12; 2410, C. 12; 2747, C. 11; 2801, C. 11; 2860, C. 13, y; 2887, C. 18. Y reiterada por la Sentencia de 7 de diciembre de 2017 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, recaída sobre el Rol de Ingreso N° 72.905-2017.

⁵ CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Segunda Edición Actualizada, Ediciones UC, Santiago, 2012, p. 102.

*ni por autoridad o persona algunas. El ser humano en sociedad tiene el derecho de nacer, el derecho de vivir, y el derecho de hacerlo en la plenitud de sus facultades físicas e intelectuales”*⁶ De esta manera, el actuar arbitrario e ilegal del Banco Recurrido, afecta mi psique como parte de mi dignidad natural. Además, la actuación del Banco recurrido priva, perturba y amenaza mi garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19 N° 24 de la CPR. 32. Al respecto, como señala don José Luis Cea Egaña, la amplitud del derecho de propiedad protegido en el numeral 24°, abarca la propiedad de derechos incorporales o créditos, pues en la Carta Fundamental se garantiza la propiedad en sus diversas especies y respecto de toda clase de bienes, corporales o incorporales, sin excluir a ninguno de ellos de la garantía constitucional⁷. Evidentemente, cualquier afectación al patrimonio, ya sea en sus activos (dinero o créditos a favor) o en sus pasivos (créditos en contra), afecta el derecho de propiedad. Precisamente, al generar el Banco Recurrido —sin mi consentimiento— un pasivo en mi patrimonio, producto del trasladar a su persona los efectos del fraude de que el mismo Banco fue víctima, conculca esta garantía fundamental por expreso mandato del Constituyente.

12. La **Excma. Corte Suprema** ha dicho reiteradamente conociendo de apelaciones interpuestas respecto de recursos de protección que en los casos en que los bancos víctimas de fraudes traspasan los efectos del fraude al patrimonio de sus cuentahabientes cometen una violación al derecho de propiedad. Esta doctrina es abundante, unívoca e invariable⁸.

⁶ (EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los derechos constitucionales. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 100.

⁷ CEA EGAÑA, José Luis. Op. cit., p. 566

⁸ A la ya referida sentencia de fecha 29 de mayo de 2019 de la Corte Suprema, se suman otras de la Máxima Magistratura judicial, como aquella de fecha 20 de junio, recaída sobre el Rol de Ingreso N° 2.196-2018, que revocando la decisión de la Itma. Corte de Apelaciones de Arica, rechazó toda argumentación del banco recurrido (en esos autos, Banco Itaú), en torno a que: “no tiene certeza de lo verdaderamente ocurrido, por cuanto de los antecedentes que maneja y de acuerdo a su propia investigación interna, fueron válidamente transferidos”; y que “si la responsabilidad recae sobre terceros ajenos, entonces no existe responsabilidad del banco, pues las transacciones reclamadas se hicieron bajo el uso de las claves icode otorgadas al recurrente, las que quedan absolutamente en la esfera de su cuidado y uso diligente”. Argumentaciones todas que, como se dijo, fueron descartadas absolutamente por la Excelentísima Corte Suprema.

13. Íntimamente vinculado con la garantía constitucional anterior, la actuación del Banco recurrido perturba, o a lo menos, amenaza la garantía constitucional del derecho a la propiedad de mi representado, consagrada en el artículo 19 N° 23 de la CPR.
14. Finalmente, al traspasar a mi patrimonio los efectos del fraude de que fue víctima, el Banco Recurrido perturba o, a lo menos, amenaza, el derecho constitucional de propiedad, por cuanto el informe de estas deudas (créditos) a su favor, lo vuelven un deudor insolvente; al superar en su patrimonio ampliamente los pasivos a los activos. Con ello, entonces, he dejado de ser sujeto de crédito para adquirir bienes y servicios en el mercado; que es lo que la doctrina constitucionalista identifica con el derecho a la propiedad, que es el presupuesto jurídico del derecho de propiedad.
15. De lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende claramente que se cumplen los presupuestos fácticos y normativos para acceder a la tutela constitucional solicitada. En efecto, es posible concluir que: (i) El Banco fue víctima de un fraude informático generado por la intromisión de un virus (malware) en soportes informáticos; (ii) El Banco Recurrido bajó sus niveles de seguridad permitiendo la realización de transacciones sin la tarjeta de coordenadas.

IV.- JURISPRUDENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA

(Ver: Rol 31.744-2018; Rol 32.864-2018; Rol 18.156-2019, Rol 23.188-2019; Rol 19.556-2020; Rol N° 11.192-2020, entre otros).

1.- SCS Rol 2.196-2018, de 20 de junio de 2018.

La sentencia que sin lugar a dudas ha marcado un precedente en materia de fraudes bancarios fue la dictada por la Excma. Corte Suprema, con fecha **20 junio de 2018**, en autos **Rol 2.196/2018**, que conoció de un recurso de

protección, caratulado “*Bottai con Campomanes*”, en la que establece perentoriamente tanto la responsabilidad de los bancos en materia de fraudes electrónicos como la naturaleza jurídica de los dineros que los cuentacorrentistas entregan a dichas instituciones. En efecto, dicha sentencia, en lo que importa a la argumentación vertida en el presente recurso, dispone lo siguiente:

“CUARTO: Que en este orden de ideas, es menester citar el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N°707 de 7 de octubre de 1982 que señala: “la cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que se hubieren depositado en ella o del crédito que se haya estipulado. De dicho enunciado se desprende que constituye un elemento esencial en el referido contrato la entrega de ciertas cantidades de dinero al banco, bajo la modalidad de la figura del depósito, resultando ilustrativa al efecto la definición contenida en el artículo 2211 del Código Civil que señala: “contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”. En el presente caso al recaer el depósito en una suma de dinero que no está destinada a mantenerse en arca cerrada, se presumirá que se permite emplearlo, quedando obligado el depositario a restituir igual cantidad en la misma moneda. Este es el denominado en doctrina como depósito irregular, regido por las reglas generales del depósito propiamente dicho, con las salvedades asociadas a que la cosa depositada se recibe en género “ dinero o cosa fungible “ y debe ser restituida en un monto equivalente y no en especie, como es que, a menos que se acuerde lo contrario, el depositario puede servirse de la cosa que le ha sido entregada, adquiriendo, a cambio, el deber de enterarla en otro tanto cuando le sea requerida, en consecuencia, se hace dueño de la cosa que recibe, siendo este contrato de depósito un título traslativo de dominio y no de mera tenencia como ocurre en el depósito ordinario. El Código Civil no dice expresamente que ello sea así, no obstante no puede ser otra la conclusión desde el momento que el depositario no está obligado a restituir la misma cosa que ha recibido y puede servirse de ésta.

QUINTO: Que dicho lo anterior, indudablemente la obligación esencial del banco es la restitución de las sumas depositadas, esto es la misma cantidad de dinero que ha recibido, aunque no se trate de las mismas monedas y billetes,

por cuanto se trata de un depósito de cosas fungibles, cuya propiedad, como antes se ha señalado, adquiere éste.

SEXTO: Que así entonces, ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas no resulta posible sostener que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, como ocurre en autos, 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.

OCTAVO: Que asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que al no asumir el perjuicio económico trasladando los efectos del fraude bancario al actor, afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política.”

2.- SCS Rol 23.188-2019, de 19 de noviembre de 2019.

Otro fallo de gran relevancia y que se ajusta plenamente a los hechos del presente recurso de protección, es el dictado por la Excma. Corte Suprema el 19 de noviembre de 2019, en los autos Rol 23.188-2019 (apelación de recurso de protección):

TERCERO: “..., esta Corte Suprema ha señalado que, para cada caso, resulta relevante analizar si los eventos que originaron las transferencias cuestionadas han tenido como única causa, la voluntad del depositante o si, por el contrario, existen antecedentes que demuestren la ocurrencia de hechos que permitan asentar, prima facie, un incumplimiento de las obligaciones de resguardo y seguridad que recaen en la institución bancaria respectiva, al no adoptar las medidas de resguardo para detectar e impedir los fraudes cibernéticos

CUARTO: Que, en este orden de consideraciones, se debe tener presente que la variedad de las formas en las que se vulneran los sistemas de seguridad y la dificultad probatoria inmediata obligan a realizar un juicio acerca de indicios sobre la ocurrencia de los hechos y confrontar aquellos con las normas que determinan las obligaciones de seguridad de las instituciones bancarias. Así, para el caso de transferencias electrónicas, el Capítulo 1-7, punto 4.2, de la Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos, actual Comisión para el Mercado Financiero, indica que: “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. Estos sistemas o mecanismos deberán permitir tener una vista integral y oportuna de las operaciones del cliente, del no cliente (por ejemplo en los intentos de acceso), de los puntos de acceso (por ejemplo direcciones IP, Cajero Automático u otros), hacer el seguimiento y correlacionar eventos y/o fraudes a objeto de detectar otros fraudes, puntos en que estos se cometen, modus operandi, y puntos de compromisos, entre otros.”

SEXTO: Que, asentado lo anterior, se debe precisar que, en el caso de autos, es posible avizorar que el banco fue objeto de dos fraudes. El primero se relaciona con el otorgamiento de un crédito de consumo, que fue otorgado en

horas de la noche, circunstancia que por sí sola es sospechosa. Si el banco recurrido tiene por política entregar este tipo de créditos por vía on line, a cualquier hora del día, debe asumir los riesgos que aquello entraña, debiendo destacar que no acompañó antecedente alguno que permita respaldar la circunstancia de haber requerido el actor el referido crédito. Ahora bien, depositados los dineros correspondientes al referido crédito, no niega la recurrida, en un breve espacio de tiempo se realizaron una serie de transferencias que implicaron el giro total de los dineros entregados en virtud del crédito como asimismo la utilización de montos vinculados a la línea de crédito. Es evidente, que tal situación debió activar las alertas de seguridad, máxime si estas operaciones se realizaban sin claves de la tarjeta de coordenadas, en virtud de una aplicación que había sido activada sólo en horas de la tarde. Cabe destacar que la recurrida no acompañó antecedente alguno que dé cuenta de la investigación realizada en relación al caso del actor, limitándose a sostener que existió una negligencia de aquél, empero, sin demostrar que efectivamente adoptó todos aquellos resguardos que, en su calidad de institución bancaria, estaba obligada a activar. Séptimo: Que, en las condiciones descritas, el banco recurrido no ha podido excepcionarse de hacerse cargo del pasivo que generó en el patrimonio del recurrente, dado que no acreditó, estando en posición de hacerlo, que el siniestro ocurrió exclusivamente con ocasión del descuido de la actora y no por el aprovechamiento de las debilidades del resguardo de la información, como tampoco acreditó que en el espacio de ejecución de tales transacciones adoptaron todas las providencias que permitieran establecer que las mismas respondían a un patrón de conducta de su cliente al tratarse de transacciones regulares. En este contexto, se debe enfatizar que 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, como se señaló, no fue informada en detalle por el Banco recurrido.

OCTAVO: Que, asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, puesto que al no asumir el perjuicio económico trasladando los efectos del fraude bancario al actor, afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política”.

V.- JURISPRUDENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA⁹

Sentencia de 19 de junio de 2019 (Rol 1113-2019)

La sentencia de la Corte de Valdivia señaló que en este fraude informático no era posible atribuir la responsabilidad de lo ocurrido, sin más, al cuenta correntista por un supuesto mal uso de sus claves y productos asociados a ellas, pues la entidad bancaria no proporcionó ningún antecedente que permita arribar a tal conclusión y, en consecuencia, la pérdida del dinero debe asumirla el Banco, se trató de sus dineros, bienes fungibles, conforme dispone el artículo 575 del Código Civil.

El fallo agregó inmediatamente que, asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, pues no tiene justificación para no asumir el perjuicio económico de lo ocurrido, pretendiendo trasladar los efectos del fraude bancario al actor, lo que afectó directamente el

⁹ La doctrina plasmada por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol 2196-2018, ha sido recogida a nivel nacional por la inmensa mayoría de las Cortes de Apelaciones. A título meramente referencial pueden citarse: Causa n° 847/2019, Corte de Apelaciones de Arica; Causa N° 12093-2019, CS; Causa n° 867/2019, Corte de Apelaciones de la Serena; Causa n° 78030/2018, Corte de Apelaciones de Santiago.

Más elocuente aún respecto a la responsabilidad de los bancos resulta la sentencia dictada con fecha 21 de septiembre de 2017 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol Ingreso N° 44.191-2017, en donde señala: *“SEPTIMO: Que, sin embargo, tal como destaca la actora, 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. Mismo sentido en el que la autoridad fiscalizadora de dichas entidades oferentes, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha puntualizado en sus respectivas Circulares, a saber, la N°3.451 de 2008, que los bancos están obligados a garantizar la seguridad de las transacciones y transferencias electrónicas de dinero. Asimismo, deben asegurar que las operaciones de que se trata solo puedan ser realizadas por personas autorizadas para ello, debiendo recabar todas las validaciones previas que sean necesarias para resguardar la operación, manteniendo “sistemas y procedimientos” que les permitan “identificar, evaluar, monitorear y detectar” movimientos con “patrones de fraude”, de manera que puedan abortar actividades u operaciones potencialmente dolosas”.*

patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, su derecho de propiedad, razón por la que se acogió el recurso de protección.

La Excma. Corte Suprema, por su parte, confirmó la sentencia apelada (Rol 18.156-2019).

“Tercero: Que los bancos, conforme lo dispone el artículo 40 de la Ley General que los regula, son entidades que se dedican a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizan inversiones, proceden a la intermediación financiera, hacen rentar estos dineros y realizan toda otra operación que permita la ley, pudiendo celebrar con sus clientes diversos contratos a efectos de brindarle dichos servicios, dentro de los cuales está el de cuenta corriente bancaria.

Quinto: Que tal como lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema, se debe tener presente el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N°707 de 7 de octubre de 1982 que señala: “la cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que se hubieren depositado en ella o del crédito que se haya estipulado”, de lo cual se puede colegir, que es de la esencia del contrato, la entrega de ciertas cantidades de dinero al banco, bajo la modalidad de la figura del depósito. Se entiende que lo que une a las partes del contrato, es un depósito irregular, respecto del cual, la obligación que le asiste a quien recibe el depósito, es la restitución ida en un monto equivalente y no en especie, como es que, a menos que se acuerde lo contrario, el depositario puede servirse de la cosa que le ha sido entregada, adquiriendo, a cambio, el deber de enterarla en otro tanto cuando le sea requerida, en consecuencia, se hace dueño de la cosa que recibe, siendo este contrato de depósito un título traslativo de dominio y no de mera tenencia como ocurre en el depósito ordinario. El Código Civil no dice expresamente que ello sea así, no obstante no puede ser otra la conclusión desde el momento que el depositario no está obligado a restituir la misma cosa que ha recibido y puede servirse de ésta.

Sexto: Dicho lo anterior, se concluye que la obligación esencial del banco es la restitución de las sumas depositadas, se trata de la misma cantidad de dinero que recibió, aunque no sean las mismas especies, toda vez que se trata de un depósito de cosas fungibles, cuya propiedad adquiere el banco al momento que lo recibe.

Séptimo: Que teniendo presente lo expuesto, se puede afirmar que en este fraude informático no es posible atribuir la responsabilidad de lo ocurrido, sin más, al cuenta correntista por un supuesto mal uso de sus claves y productos asociados a ellas, pues la entidad bancaria no ha proporcionado ningún antecedente que permita arribar a tal conclusión y, en consecuencia, la pérdida del dinero debe asumirla el Banco, se trata de sus dineros, bienes fungibles, conforme dispone el artículo 575 del Código Civil.

Octavo: Que asentado lo anterior, no queda más que calificar el actuar de la recurrida como ilegal y arbitrario, pues no tiene justificación para no asumir el perjuicio económico de lo ocurrido, pretendiendo trasladar los efectos del fraude bancario al actor, lo que afecta directamente el patrimonio de éste, vulnerando así el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, su derecho de propiedad, circunstancias que permiten acoger la acción de protección”.

VI.- SOLICITUD CONCRETA

Se acoja el recurso de protección interpuesto y se ordene al banco recurrido a **ELIMINAR EL PASIVO** generado al recurrente (**\$22.683.500 pesos**), **más los intereses y reajustes devengados desde el 19 de diciembre de 2019 respecto del crédito de consumo tomado y la utilización de las dos tarjetas de crédito individualizadas**, en virtud de las transacciones que han sido objeto del presente recurso de protección, o bien adopte VS. Ilustrísima la medida que estime pertinente y adecuada para reestablecer el imperio del Derecho y con ello hacer cesar el acto ilegal y arbitrario de la recurrida, con expresa condena en costas.

POR TANTO;

RUEGO A VS ILTMA.: Se sirva tener por interpuesto el presente recurso de protección en contra del **Banco SCOTIABANK Chile S.A.**, Rol Único Tributario N° 97.018.000-1, representado legalmente por don Francisco Javier Sardón De Taboada, ya individualizado, admitirlo a tramitación y ordenar informe del Banco recurrido, para que una vez recibido dicho Informe, VS. Ilustrísima, acoja íntegramente este recurso de protección, reestableciendo el imperio del Derecho, ordenando la disposición de los fondos en la cuenta corriente de mi representado para solventar el pasivo generado, o bien, derechamente proceda a **ELIMINAR EL PASIVO generado al recurrente (\$22.683.500 pesos), más los intereses y reajustes devengados desde el 19 de diciembre de 2019 respecto del crédito de consumo tomado y la utilización de las dos tarjetas de crédito individualizadas,** en virtud de las transacciones que han sido objeto del presente recurso de protección, o bien adopte VS. Ilustrísima la medida que estime pertinente y adecuada para reestablecer el imperio del Derecho y con ello hacer cesar el acto ilegal y arbitrario de la recurrida, todo lo anterior con expresa **condena en costas.**

PRIMER OTROSÍ: Pido a SS. Iltma tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

- 1) Mandato judicial otorgado por el recurrente el día 19 de marzo de 2020, ante el Notario Público de Osorno Sr. Fernández Atuez;
- 2) Copia de la cédula de identidad del recurrente Sr. Víctor Hugo Venegas;
- 3) 39 comunicaciones electrónicas entre el Sr. Víctor Hugo Venegas y ejecutivos del Banco recurrido, realizadas a propósito de los hechos y transacciones fraudulentas expuestas en este recurso;
- 4) Contrato de crédito de consumo, de 20 de diciembre de 2019, suscrito supuestamente por el recurrente, con firma falsificada;
- 5) Cuadro de pago de cuotas del crédito de consumo;
- 6) Hoja resumen del crédito de consumo;
- 7) Seguro de desempleo asociado al crédito de consumo;
- 8) Seguro de desgravamen asociado al crédito de consumo;

- 9) Correo electrónico de 23 de diciembre de 2019 del Banco recurrente al Sr. Venegas, informado sobre el contrato de consumo y sus documentos anexos;
- 10) Pagaré firmado por el banco recurrido en representación del Sr. Venegas, en relación con el crédito de consumo;
- 11) Documentos de acreditación y aporte de antecedentes a la investigación fiscal RUC 1901377041-K, por uso fraudulento de productos bancarios, seguida en la Fiscalía Local de Osorno;
- 12) Solicitud de reclamo al SERNAC formulado por el recurrente y respuesta del Banco recurrido al SERNAC, de fecha 03 de febrero de 2020;
- 13) Un total de 08 correos electrónicos de notificación de transferencias electrónicas bancarias desde la cuenta corriente del Sr. Venegas a diferentes cuentas vistas del Banco Estado, realizadas el 19 de diciembre de 2019;
- 14) Correo electrónico del Banco recurrido de 19 de diciembre de 2019, a las 10:02 horas, confirmando el enrolamiento del cliente a la nueva plataforma de Scotiabank Azul;
- 15) Correo electrónico del Banco recurrido de 19 de diciembre de 2019, a las 09:57 horas, enviando código de verificación para enrolamiento;
- 16) Carta del recurrente Sr. Venegas a la oficina de Auditoría, Seguridad e Investigaciones del Banco; VP Fiscalía y VP Sistemas y Tecnologías del Banco, todas de 03 de febrero de 2020;
- 17) Carta del Sr. Venegas al Presidente y Director Ejecutivo del Scotiabank, en idioma inglés;
- 18) Correo electrónico del Banco recurrido al Sr. Venegas de 24 de febrero de 2020, notificándole cobranza del crédito EN MORA;
- 19) Correo electrónico de envío de denuncia a nivel central, enviado el 22 de diciembre de 2019, por el recurrente al empleado del banco recurrido Sr. Luis Salazar Escobar;
- 20) Copia de tarjetas de crédito utilizadas fraudulentamente; tarjeta de coordinadas y estado de cuenta de tarjetas de crédito Mastercard antes aludidas y utilizadas para el fraude;
- 21) Respuesta final del Banco Scotiabank de 18 de marzo de 2020, negando la solicitud de restitución de fondos o eliminación de pasivos,

formulado por el Sr. Venegas, y que marca el acto ilegal y arbitrario en virtud del cual se interpone la presente acción de protección.

Ruego a VS. Ilustrísima, se sirva tener por acompañados los documentos antes aludidos.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a SS. Itma. decretar **ordenes cautelares o innovativas** al Banco recurrido, de modo de evitar que la vulneración a las garantías constitucionales de mi representado se siga conculcando. Particularmente, se solicita que se suspenda:

- a) El cobro de los dividendos mensuales del crédito tomado fraudulentamente;
- b) El cobro de intereses en las tarjetas de crédito por el monto de los dineros sustraídos ilícitamente;
- c) El cobro judicial o extrajudicial que haya realizado el Banco respecto del dinero obtenido a causa del crédito bancario obtenido fraudulentamente o bien del dinero extraído de las tarjetas de crédito; y
- d) La abstención absoluta de publicar en el sistema financiero la deuda generada por el Banco en mi patrimonio.

Fundo la solicitud en los documentos que se acompañan en el primer otrosí (**numerales 11, 13, 18, 20 y 21**) y que dan cuenta que el Banco recurrido ha comenzado a cobrar las cuotas del crédito y, además, imponer intereses al dinero transferido desde mis tarjetas de crédito.

Ruego a VS. Ilustrísima se sirva acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: Ruego VS. Ilustrísima tener presente que en virtud al mandato judicial que acompañó en el primer otrosí, vengo en otorgar patrocinio y conferir poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión Sr. Eduardo Picand Albónico, cédula de identidad N° 13.434.274-9, domiciliado en Avenida Alonso de Córdova N° 5320, oficina 1901, comuna de Las Condes, quien podrá actuar y representarme en estos autos con todas las facultades previstas en el mandato judicial. Ruego a VS. Ilustrísima se sirva tenerlo presente.