

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

EL ERROR EN LA EJECUCION DEL CONTRATO DE DEPOSITO BANCARIO DE DINERO

MEMORIA DE PRUEBA

**Sergio Manuel Ignacio Caro Esparza
Valdivia Chile 2003**

HERRERA, RAVERA & ABOGADOS ASOCIADOS

José Domingo Herrera Rivanera
Ernesto Ravera Herrera
Hernán Herrera Quintana

Moneda 973, Of. 634
Fonos: 6711943-6714840-6954582
Santiago - Chile

Santiago, 25 de Marzo de 2003.

**Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile
Presente.**

De mi consideración:

Por la presente me permito informar a usted el trabajo de memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, realizado por el alumno Sergio **Manuel Ignacio Caro Esparza** y que aborda el tema del **ERROR EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO**.

El alumno aborda el trabajo con un estilo directo y un lenguaje apropiado, analizando, con espíritu crítico, la escasa importancia que la doctrina nacional le ha dado al tema desarrollado.

De igual modo, el señor Caro analiza el vacío que presenta nuestra legislación general y especial, respecto del error operativo en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero.

Sin perjuicio de existir pequeños defectos en la compaginación de la memoria, estos pasan casi inadvertidos para aquel que se compenetra en su sustancia.

Finalmente, debo destacar la tenacidad con que el memorista cumplió su cometido, dentro de un contexto de escasa o, tal vez, inexistente bibliografía nacional y absoluto hermetismo de las Instituciones Sanearías y Organismos encargados de su Control.

Por todo lo expuesto estimo que la memoria informada debe ser evaluada con nota 6.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad de saludarlo con los sentimientos de mi más alta consideración y estima.

Ernesto Ravera Herrera
Profesor de Derecho Económico
Universidad Austral de Chile

**MEMORIA DE PRUEBA
EL ERROR EN LA EJECUCION DEL CONTRATO DE DEPOSITO
BANCARIO DE DINERO**

INDICE

Introducción	1
Capítulo 1	5
1.1 Concepto	5
1.2 Monopolio de la actividad bancaria	12
1.3 Constitución de la empresa bancaria	13
1.4 Operaciones bancarias. Aspectos generales	18
Capítulo 2. El contrato de depósito civil y bancario.Introducción.	21
2.1 El contrato de depósito civil y comercial	21
2.1.1 Concepto	21
2.1.2 Características	22
2.1.3 Clasificación del depósito civil	25
2.1.4 Depósito irregular y su relación con el contrato de mutuo	29
2.1.5 Efectos del contrato de depósito civil	32
2.2 El contrato de depósito bancario de dinero	34
2.2.1 Concepto	34
2.2.2 Características	39
2.2.3 Sujetos del contrato. Las partes	44
2.2.4 Objeto del contrato. El dinero	44
2.2.5 Efectos del contrato de depósito bancario	46
Capítulo 3. Los contratos preparatorios al depósito bancario	50
3.1 Concepto de cuenta bancaria	50
3.2 Clasificación	52
3.3 Características	52
Capítulo 4. El error en el depósito bancario de dinero	61
4.1 Concepto	62
4.2 Características	63
4.3 Relación con el error como vicio del consentimiento	65
4.4 El artículo 2216 del Código Civil	69

Capítulo 5. Partes intervinientes en la figura de error en el depósito bancario	75
5.1 El Banco y sus dependientes	75
5.1.1 Procedimientos de captaciones, depósitos en caja y tesorería	82
5.1.2 Uso de medios tecnológicos	93
5.1.3 Artículo 31 Ley General de Bancos	100
5.2 El titular de la cuenta bancaria	107
5.3 El depositante o su mandatario	109
5.4 Los terceros	112
Capítulo 6. Formas de error en el depósito bancario de dinero	116
6.1 El depósito en cuenta diversa	116
6.2 El depósito por cantidad diferente	117
Capítulo 7. Efectos del depósito bancario efectuado con error	119
7.1 Transferencia del dominio de los fondos depositados con error	119
7.2 El retiro de fondos	120
7.2.1 Distinción según el tipo de cuenta bancaria. Importancia	121
7.2.2 Cuenta corriente bancaria	121
7.2.3 Cuenta a la vista y cuenta de ahorro	125
7.3 Existencia de enriquecimiento sin causa	127
7.4 Existencia de perjuicio pecuniario	128
7.5 Alcances éticos	129
Capítulo 8. Responsabilidad civil surgida del error en el depósito bancario	131
8.1 Enriquecimientos sin causa y acción in rem verso	137
8.2 El pago de lo no debido	137
8.3 Mutuo forzado o preacordado	140
8.4 Conclusiones	142
8.5 Alcances procesales	143
Capítulo 9. Responsabilidad Penal surgida del error en el depósito bancario	146
9.1 Concepto de delito económico	146
9.2 Bien jurídico protegido. Fe pública. Derecho de propiedad	140

9.3 El delito de apropiación indebida	154
9.4 El delito de hurto de hallazgo	163
9.5 Conclusiones	167
Capítulo 10. Vacío legal existente en la solución del problema planteado	169
10.1 Normas legales bancarias	170
10.2 Normas administrativas bancarias	173
10.3 Normas penales	174
Capítulo 11. Soluciones al problema	177
11.1 Legislativas	177
11.2 Contractuales	180

INTRODUCCION

El crecimiento de la economía en nuestro país, que se ha manifestado como fenómeno sostenido, desde la segunda mitad de la década del 80, implicó el desarrollo de diversas áreas de la producción nacional, lo que a su vez trajo como consecuencia la consolidación y creación de entidades financieras, deseosas de captar en algún porcentaje el dinero en circulación dentro del sistema.

De éste modo, luego de la dictación de las normas bancarias correspondientes, que establecen un marco regulatorio moderno y vigilado por la autoridad estatal, donde especial referencia merece la Ley General de Bancos, comienza a ser auspicioso y a transformarse en una atractiva alternativa de inversión el destinar recursos en la formación de sociedades anónimas bancarias con un giro único, enfocado a ésta actividad, en la que sobresale la intermediación de dinero y valores.

Actualmente, en Chile, se ha facilitado el acceso de las personas a los servicios bancarios y es posible encontrar una completa nómina de productos bancarios ofrecidos a los clientes propio de cada empresa bancaria, tendientes a satisfacer sus más variadas necesidades financieras.

Ello ha aumentado en consecuencia, el número de operaciones de dinero realizadas en las oficinas de cada una de éstas instituciones,

las que se han visto enfrentadas a la necesidad de superar su plataforma tecnológica, para dar abasto suficiente a tal demanda pública.

Dentro de éstas operaciones destaca el contrato de depósito bancario de dinero, por su importancia sistémica y cuantitativa, ya que opera como medio idóneo de recepción de dineros, constituyendola principal operación bancaria pasiva, la que, en el contexto expuesto de multiplicidad de operaciones, ha dado lugar al surgimiento de errores en el ejecución de ésta operación, ya sea directamente en la recepción de fondos a un cuenta o en el uso de medios tecnológicos que son utilizados en ésta función recaudadora de dinero.

Los efectos y consecuencias de tales situaciones de error, que incluso pueden abarcar un porción importante del capital de una persona natural o jurídica, no pueden ser indiferente para el Derecho como ciencia jurídica, llamada a regular las situaciones anormales de convivencia, en pro de la paz social, y donde reinan instituciones milenarias que se ven atropelladas en la figura del error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, tales como el derecho de propiedad, la seguridad jurídica, el principio de buena fé y el reproche del enriquecimiento sin causa, por señalar algunos.

En consecuencia, y considerando que a pesar de todos los resguardos tecnológicos existentes, toda actividad en este sentido es realizada por personas, esto es, individuos susceptibles de caer en error, y en definitiva depositar los dineros en una cuenta bancaria diversa de aquella en la que se pretende o bien por una cantidad diferente, ya sea inferior o superior a la pretendida, ello con importantes efectos patrimoniales, siendo necesario buscar la forma de resolver esta problemática en el derecho vigente en nuestro país, lo que constituye el principal objetivo de éste estudio.

La explicación a éste trabajo radica en dar una solución adecuada y jurídica a una situación de injusticia, que se podría acotar en estas preguntas: "¿ Es legítimo que un sujeto, titular de cuenta bancaria, que ve ingresar a su propia cuenta una cantidad de dinero, de la que desconoce su procedencia e incluso la que no esperaba, adquiera en dominio dichos fondos ingresados, en circunstancia, que con posterioridad, se comprueba que tal traspaso a su cuenta se debió o fue atribuible a un error de la institución bancaria o de un tercero? ¿ Que acciones tiene el legítimo dueño de esos fondos para exigir su devolución? ¿ Esta regulada la figura de error bancario en la legislación que rige y controla a éste tipo de instituciones financieras? ¿Como se regula tal situación en nuestro Derecho?

Estas son algunas de las dudas que éste estudio pretende aclarar, con éste objeto se realizará, en primer lugar, un estudio de la institución bancaria, desde su formación, para estudiar a continuación el contrato de depósito, y alcances respecto al contrato de depósito bancario de dinero, posteriormente analizaremos el fenómeno propiamente constitutivo del error bancario efectuando una clasificación y descripción de los hechos que lo constituyen, para terminar estudiando sus efectos e implicancias tanto en nuestro Derecho Económico, Civil, así como en el Derecho Penal. Esta última rama del Derecho será incluida en el análisis, por cuanto se detecta en la figura de error que existe, como se explicará, apropiación de dinero ajeno, lo que eventualmente podría dar lugar a la configuración de un ilícito criminal, respecto a lo cual se pretende dar luces en éste estudio.

CAPITULO 1. El Banco.

1.1 Concepto.

El concepto de banco está recogido expresamente dentro de la legislación económica chilena, encontrándose en el Artículo 40 de Ley General de Bancos, D.F.L. N° 3 de fecha 26 de Noviembre de 1997, que señala que: "Banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar esos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita."⁰

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas entidades denominadas "bancos", según el texto transcrito del Art. 40 de la LGB, el legislador ha precisado que deben adoptar la forma jurídica de sociedades anónimas, que tendrán un carácter de especialidad en relación al estatuto jurídico que los regirá, con preeminencia sobre el

⁰ Artículo 40 Ley General de Bancos (en adelante LGB).

estatuto general dado por su carácter de sociedad anónima, esto es, la Ley 18.046, que se refiere precisamente y pormenorizadamente a este tipo de sociedades.

Como lo señala la definición legal, las instituciones económicas que han de desarrollar la actividad bancaria requerirán de una autorización del poder público en la forma prescrita por la ley y además deberán sujetarse a la misma normativa, ésta sujeción es estricta. De esto, se puede concluir que nos encontramos ante una actividad económica ampliamente regulada por el legislador, tanto en la forma de acceso de la misma, como en cuanto a su desarrollo, en la cual la técnica de regulación del orden público económico se pone de manifiesto, sin cercenar de ningún modo ni hacer imposible la libertad económica consagrada en la Constitución Política de la República, en su Artículo 19 N° 21, inciso primero.

En el concepto legal de banco, se indica además que estas entidades están descritas en virtud del objeto de su quehacer o bien por el objeto social o giro, reconociéndose la más antigua y clásica función de la actividad bancaria, que es la intermediación de dinero, esto es, en términos simples; captar dinero del público, en especial de ahorristas, para entregarlos o colocarlos entre aquellos sujetos económicos que necesitan obtener poder adquisitivo en forma anticipada para financiar sus proyectos. En este concepto la actividad

recaudadora de éstos fondos se vislumbra como fundamental y base para el funcionamiento del sistema, por lo que el depósito bancario de dinero adquiere un perfil relevante dentro de la actividad bancaria clásica, como medio idóneo de recaudación de dineros desde ahorristas, para traspasarlos a sujetos económicos necesitados de capital para desarrollar proyectos de diversa índole.

Sin embargo, hoy en día la actividad bancaria no se agota en una mera función o acción de intermediación financiera. Se compone de operaciones diversas en al área de mercados de inversiones financieras, servicios financieros a los distintos agentes económicos, ya sea empresas o economías domésticas, distinguiéndose dentro de las empresas bancarias una especialización, por la cual se puede diferenciar entre banca de empresas o banca de personas, cada una tendiente a satisfacer las necesidades propias y específicas de estos segmentos diferenciados.

El legislador no se ha mantenido ajeno a ésta realidad y al momento de entregar el concepto del artículo 40 de la LGB, se preocupa de establecer que éstas sociedad anónimas especiales y de giro exclusivo pueden desarrollar toda otra operación que la ley le permita. Estas operaciones se encuentran enumeradas taxativamente en el artículo 69 de la LGB, y este estudio se centrará posteriormente en el numeral 1º, donde se reconoce como operación bancaria la

recepción de depósitos y la celebración del contrato de cuenta corriente bancaria.

Por otra parte, en la doctrina nacional y siguiendo a en éste punto a don Luis Morand Valdivieso, concuerdo con éste autor, en el sentido que la actual Ley General de Bancos da una definición de banco más completa que la anterior.¹

A su vez, otro autor nacional, don Wilfredo Yáñez González, entrega un concepto de banco comercial, utilizando terminología idéntica a la que encontramos en el artículo 40 de la LGB, de ésta forma éste autor acota el concepto legal a una especie de banco, el banco comercial y, además, define la sociedad o compañía financiera, como "aquella entidad cuyo único y específico objeto social es actuar como agente intermediario de fondos y realizar las operaciones que les autoriza la Ley General de Bancos"², el autor ha querido de ésta forma describir a otros agentes que coadyuvan al cumplimiento de los fines de intermediación y servicios financieros, como son las sociedades o compañías financieras.

Función económica y social.

La naturaleza jurídica de un banco, conforme lo señalado con anterioridad, es la de una persona jurídica de derecho privado con

¹ Morand Valdivieso, Luis. "*Legislación bancaria*". 1931. 4ª Edición. Editorial jurídica de Chile.(2002) Pág. 31. en relación al antiguo concepto del Art. 69 de la misma ley.

² Yáñez González, Wilfredo. "*Régimen jurídico de las operaciones de crédito de dinero*". Editorial Metropolitana Ediciones. Santiago, Chile. 1997. Pág. 7.

fines de lucro, como lo son las sociedades anónimas, por tanto, en un primer momento es lógico concluir que prevalece el interés privado en su constitución, desarrollo, funcionamiento y objetivos de la actividad bancaria. Sin embargo, la importancia económica y social de la función ejecutada por los bancos y demás compañías financieras, va claramente más allá del ánimo de lucro que persigue cada uno de los accionistas.

Este aspecto ha sido recalcado por don Wilfredo Yañez González, quien nos explica que la función que realizan los bancos y compañías financieras, es una que va más allá el interés privado de buscar rentabilidad para sus accionistas a través del servicio de intermediación de los recursos económicos, ya que "al hacerlo cumple una función de orden social y pública, cual es la de que esos recursos sean encaminados hacia las fuentes productivas de mayor importancia para el estado, tanto en aspectos del desarrollo, cuanto en los tributarios."³

Así, a juicio de éste autor "la función económica y social que cumplen los bancos hoy en día es trascendental" ⁴y ello motiva que la autoridad intervenga ampliamente "por medio de sus organismos

³ *Id.*, Pág. 9

⁴ *Ibid.*

especializados para controlar y canalizar el otorgamiento de crédito, cautelando de esta manera los intereses de la colectividad."⁵

El grado de desarrollo de un mercado financiero y la mayor fluidez de la intermediación de fondos, pasaría, a juicio de Yañez González, a ser una especie medidor eficaz respecto del desarrollo económico de un país, ya que la práctica demuestra que las economías desarrolladas tienen un mercado de capitales más amplio, muy sofisticado, y su efecto es de retroalimentación, ya que a medida que se desarrolle un país, acompañado de un desarrollo acorde con su mercado financiero, son mejores las condiciones para que la economía continúe en su senda de crecimiento.

Lo anterior se explica según el mismo autor, porque "la intermediación de fondos realizada en forma eficiente, asegura que los recursos de ahorro de un país se van a invertir en los proyectos que sean más rentables, y por lo tanto, generen más riqueza, medida ésta como mayor actividad en el país, crecimiento en el empleo, niveles más altos de ingresos y bienestar en general, por mayor disponibilidad de bienes y servicios."⁶

Características de la actividad bancaria.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Id. Pág. 10.*

Analizando los elementos contenidos en el concepto de banco, y agregando las consideraciones respecto de la función social y económica de estas instituciones, podemos llegar a concluir ciertas características especiales de las mismas en el desarrollo de su actividad:

- La actividad bancaria se desarrolla por sociedades anónimas que en su constitución, organización y funcionamiento deben sujetarse a lo dispuesto en la ley.
- Estas sociedades anónimas son de giro exclusivo. La actividad bancaria, por su propia naturaleza cumple una función económica y social, y en ésta virtud, se encuentran sometidas las entidades que la desarrollan a un control amplio y permanente por parte de órganos estatales especializados, tales como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y el Banco Central, preferentemente.
- La actividad bancaria, radica en la confianza pública o fe pública. Por ello, se ha señalado que "un elemento intangible que hace posible la actividad bancaria de intermediación de dinero, es sin lugar a duda la confianza que la comunidad deposita en éste tipo de empresas, de las cuales se espera una conducta ética en sus relaciones de negocio con lo agentes económicos, prudencia en el resguardo de los intereses de sus depositantes y la eficiencia en el servicio profesional que

prestan"⁷, se manifestaría esta característica en la protección a la liquidez y solvencia del banco, clasificación de gestión y solvencia, secreto bancario o confidencialidad de las operaciones y garantía estatal de los depósitos, sólo por señalar algunos ejemplos.

1.2 Monopolio de la actividad bancaria.

La actividad bancaria o giro bancario sólo puede ser ejercida únicamente por una sociedad anónima de giro exclusivo, que hubiere sido constituida conforme a la ley y autorizada a desarrollar el giro bancario. El artículo 39 de la LGB regula expresamente la exclusividad del giro bancario en términos excluyentes, negando la posibilidad de desarrollar la actividad bancaria y aún más estableciendo incluso una figura delictual en contra de las personas naturales o jurídicas que infringen éstas disposiciones.

La importancia de este monopolio o exclusividad en el giro radica en que, para ejercer la actividad de captación habitual de dinero, ya sea en depósito, mutuo u otra forma, dedicarse a la correduría de dinero o de créditos representados por valores mobiliarios o efectos de comercio, o bien el simple hecho de llamarse o publicitarse en el mercado como banco; en todos éstos casos, y por la cuestión de fe

⁷ Astudillo Astudillo, Manuel. "*Curso de Derecho Económico, Legislación Bancaria*". 1999. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Santiago, Chile.

publica que involucra la conducta de éstas empresas, el legislador estima que sólo y únicamente aquellas personas jurídicas que hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos de constitución serán las autorizadas para el ejercicio de las operaciones bancarias. Ello parece de toda lógica, ya que al existir intermediación o entrega de dinero, efectos de comercio u otros valores mobiliarios, el riesgo de fraude se debe reducir al máximo, para no afectar ésta confianza, pilar de la actividad, y también para prevenir que ejerza la actividad una entidad con falta de preparación adecuada en la implementación de mecanismos con los que se garantice la conservación e integridad de los fondos depositados.

1.3 Constitución de la empresa bancaria.

En conformidad a las disposiciones de la LGB y como ya se ha explicado, las empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo. El procedimiento se encuentra normado en éste cuerpo legal, en su Título II, denominado "Constitución de empresas bancarias", que comprende los artículos 27 al artículo 39, inclusive.

El procedimiento de constitución se tramita ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) y lo conforman diversas instancias las que se desarrollan de la manera siguiente:

En principio para dar nacimiento a una empresa bancaria, se debe presentar un documento de solicitud denominado *prospecto*, donde se definan los rasgos fundamentales de la empresa proyectada. Este documento se presenta ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que lo revisa, y si éste órgano da su aprobación, efectúa la inscripción y emite un *certificado de autorización provisional*. Al momento de presentar el prospecto, los accionistas fundadores de la futura sociedad bancaria, deben rendir una garantía, ascendente a un 10% del capital de la sociedad proyectada, ello conforme lo dispone el Artículo 27 de Ley General de Bancos.

Los accionistas fundadores no pueden efectuar trámite alguno ni comenzar a recibir suscripciones ni fondos de los futuros accionistas, sino ha sido entregado el certificado de autorización provisional, de ahí la importancia del mismo, ya que con ésta documentación en su poder, los accionistas fundadores pueden realizar en forma legítima, actos preparatorios de formación de la sociedad.

La Superintendencia, por su parte, debe examinar la solvencia e integridad de los accionistas fundadores. Se trata que cuenten con un patrimonio no inferior a la inversión que realizarán y que no existan reproches a su conducta, en especial financiera. El plazo para éste pronunciamiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones

Financieras es de 180 días, y el rechazo debe hacerse por resolución fundada. Si es un banco extranjero quien desea formar un banco, es exigencia, además que deba existir en su país de origen una supervisión adecuada y el banco debe haber obtenido autorización de la autoridad competente. Si se trata de una sociedad de otra naturaleza se exige que en su país de origen se apliquen las normas de Basilea y que exista la posibilidad de auditar la información que deberá presentar periódicamente. Lo que la Ley General de Bancos denomina "Normas de Basilea" son en realidad recomendaciones que ha formulado un comité formado por los bancos centrales de los países más importantes del mundo, que funciona en Suiza, ciudad de Basilea, bajo el amparo del Banco de Pagos Internacionales. Su naturaleza jurídica no corresponde a normas de carácter obligatorio o imperativo, sino de reglas de buen ordenamiento que los países son libres de adoptar o no, o hacerlo incluyendo modificaciones que se ajusten a sus propios sistemas.

La redacción de los estatutos, es el siguiente paso en la formación de una sociedad bancaria, tales estatutos son de gran importancia ya que contienen las normas que regirán en detalle a la futura sociedad y en los que se expresa, fundamentalmente, la forma en que se reunirá el capital, el domicilio de la sociedad, su modo de administración, el plazo de duración, si lo tuviere, etc. Debemos

recordar en éste punto que el artículo 41 de la Ley General de Bancos declara expresamente que los bancos se rigen, en subsidio de las normas propias de dicha ley, por las normas que rigen las sociedades anónimas abiertas, contenidas en la Ley 18.046.

El estatuto una vez redactado, debe ser reducido a escritura pública en una notaría, y en esa escritura es indispensable insertar el certificado de autorización provisional. Sin dicho requisito, cumplido a más tardar diez meses después del otorgamiento del certificado, el notario no puede autorizar la escritura, la intención del legislador es establecer un control para que no se formen bancos cuyo prospecto no haya sido recibido por la Superintendencia y el documento de autorización provisoria se encuentre, además, en vigencia.

Con copia de los estatutos se solicita a la Superintendencia la dictación de una nueva *resolución que apruebe la existencia de la sociedad y los estatutos*, esta resolución da nacimiento formalmente a la nueva sociedad bancaria y la doctrina la denomina *resolución aprobatoria o de existencia*.

A continuación se expedirá por la Superintendencia del ramo un certificado de haberse dictado la resolución aprobatoria, que contenga un extracto de los estatutos. Este documento se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio social, y se publica en el Diario Oficial,

dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la resolución de existencia.

Cumplidos estos trámites la sociedad anónima bancaria se reputa existente y, en consecuencia, puede reunirse su Directorio y actuar su gerente, pero aún técnicamente no es banco, pues requiere previamente una autorización especial de la Superintendencia para funcionar, la que no se otorga mientras no demuestra la nueva sociedad estar preparada para ello.

El capital debe estar suscrito en forma íntegra al momento de otorgarse la escritura social y debe estar pagado en el mínimo correspondiente. La ley establece además, como exigencia de viabilidad, que los accionistas fundadores acompañen, junto con el prospecto, un plan de desarrollo de negocios para los primeros tres años de funcionamiento de la empresa bancaria en formación. Antes de conceder la autorización para funcionar, la Superintendencia, además de examinar los recursos profesionales y tecnológicos y los procedimientos y controles de la nueva empresa, analizará el plan de desarrollo presentado. Para ello cuenta con noventa días y con treinta días adicionales para conceder la autorización de funcionamiento, a referirnos sobre éste punto volveremos cuando nos refiramos a los recursos profesionales y tecnológicos propios de un banco.

La sociedad para funcionar debe, además, haber efectuado los trámites pertinentes ante las autoridades municipales, de Impuestos Internos, etc., tener un local adecuado y sus libros de contabilidad abiertos y timbrados.

Con éstos requisitos cumplidos, recién se le otorga la autorización de funcionamiento con lo cual puede entrar a captar fondos del público y prestarlos, lo que, según se vió, constituye la función fundamental de los bancos. El certificado de autorización para funcionar se anota en el Registro de Comercio, al margen de la inscripción social, para un mejor orden.⁸

Es importante recalcar que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras⁹ es el organismo encargado de examinar la existencia de recursos profesionales y tecnológicos, procedimientos y controles de la nueva empresa, para asegurar que ésta desarrolle sus actividades con el menor riesgo posible para aquellas personas que requieran los servicios bancarios de la empresa en formación, de éste modo nos encontramos con un medio de prevención a la existencia de errores en la ejecución de operaciones bancarias, tales como el depósito de dinero en cuenta bancaria.

1.4 Las operaciones bancarias. Aspectos generales.

⁸Ver Morand Valdivieso, Luis. *Id. Pág. 13, 14 y15.*

⁹ En adelante SBIF.

La operaciones bancarias son todas aquellas gestiones que la ley autoriza expresamente a realizar a una empresa bancaria dentro del ejercicio de su actividad, estando constituidas fundamentalmente por aquellas descritas en el Título VIII "Operaciones de los Bancos", Art. 69 de la LGB, que, a la luz de la definición de banco del Art. 40 de la LGB, se desprende que estas empresas solo pueden realizar las operaciones que la ley les autoriza.

Claramente la función fundamental según se ha señalado al estudiar la función económica y social de una institución bancaria es la de intermediación de dinero. Sin embargo nuestra legislación reconoce, además de la fundamental, una multiplicidad de operaciones susceptibles de efectuar por un banco, las que se encuentran desarrolladas en los numerales contenidos dentro del Art. 69 de la LGB.

En la doctrina nacional, el profesor Morand Valdivieso, reconoce como operación esencial del banco "que no opera con sus solos dineros propios, sino que presta el dinero que capta a su vez del público "¹⁰, de ésta forma se podrían distinguir, según éste autor, las operaciones pasivas y activas, como las fundamentales en el ejercicio de la actividad bancaria. Se define la *operación pasiva* como "recibir dinero en

¹⁰ Morand Valdivieso, Luis. *Id.*, p. 31

depósito o en cuenta corriente "¹¹ y a la *operación activa* como "dar ese dinero en préstamo, sea en forma de mutuo, de descuento de documentos o en cualquier otra forma"¹².

Nos centraremos precisamente en la operación bancaria pasiva, que parece más fundamental en la ejecución del giro bancario, el depósito bancario, y el contrato de cuenta bancaria como contrato preparatorio del anterior, ambos reconocidos expresamente en la LGB como operaciones de los bancos.

El art. 69 de la LGB señala que:

" Los Bancos podrán efectuar las siguientes operaciones:

1) Recibir depósitos y celebrar contratos de cuenta corriente bancaria."

Esta norma solo efectúa una mención general del depósito, contrato que es estudiado tanto por el derecho bancario, civil y comercial, como se estudiará en los capítulos siguientes.

¹¹ Morand Valdivieso, Luis. *Ibid.*

CAPITULO 2. El contrato de depósito civil, mercantil y bancario.

Introducción.

Para conocer de un modo más acabado la naturaleza jurídica y los elementos propios del contrato de depósito bancario de dinero, donde pretendemos situar el tema central de éste estudio, es necesario estudiar el contrato de depósito en sus aspectos civiles y comerciales, obteniendo claridad sobre el marco regulatorio dentro la legislación común de ésta institución.

2.1 El contrato de depósito civil y comercial.

2.1.1 Concepto.

Etimológicamente la voz "depósito" viene de la expresión "depositum", que significa: "abandonar una cosa en manos de otro", esta acepción deja claro la esencia de esta figura, cual es, la guarda o custodia de una cosa en manos de un tercero.¹³

El contrato de depósito civil se encuentra definido en términos generales en el artículo 2211 del Código Civil como "el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. En éste punto nuestro código siguió al francés, que dispone: "el depósito en general, es un acto por el cual se

¹² Morand Valdivieso, Luis. *Ibid.*

¹³ Orrego Pastén, Jimena y Twymna Casaux, Janine. " El depósito bancario". 1995. Memoria de Prueba, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Pág. 1.

recibe la cosa de otro con cargo de guardarla y restituirla en especie"¹⁴, con la salvedad de que este último habla de "acto", expresión más amplia que la nuestra, por cuanto incluye formas no contractuales de depósito.

De la definición de nuestro Código Civil obtenemos los elementos de la esencia del contrato, en primer lugar, que se confíe una cosa a alguien y, en segundo lugar, que la cosa sea corporal, lo que nos llevará a concluir que no pueden darse en depósito cosas incorporales, como los derechos. Asimismo, queda establecido como de la esencia del contrato que el depositario deba guardar la cosa depositada y restituirla en especie, sin embargo, este elemento puede faltar como sucede en el llamado "depósito irregular", y especialmente en la mayoría de los depósitos bancarios. El Código de Comercio no contempla una norma especial al respecto.

2.1.2 Características.

Las principales características del depósito civil en cuanto contrato y referencialmente propias del depósito mercantil, son las siguientes:

1. Respecto a la forma en que se perfecciona, nos encontramos ante un *contrato real*, el artículo 2212 del Código Civil lo establece

¹⁴ Orrego Pastén, Jimena y Twymna Casaux, Janine. *Ibid.*

expresamente al disponer que "se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario".

El artículo 2213 del Código Civil hace aplicables las reglas generales respecto de la entrega de la cosa, señalando que ésta puede hacerse de cualquier modo que confiera la tenencia de la cosa, es decir real o simbólicamente, ya que incluso la misma norma autoriza expresamente una forma de entrega simbólica, cual es la *traditio brevi manu*.

El depósito mercantil es consensual, pues el Art. 807 del código de Comercio señala que "se constituye de la misma forma que la comisión", y las reglas relativas a este último contrato no establecen formalidad alguna para su perfección.

2. En cuanto a las obligaciones que genera para las partes, el depósito civil es un *contrato unilateral*, más propiamente, lo que en la doctrina se llama un contrato sinalagmático imperfecto. Al perfeccionarse el contrato, solo se obliga el depositario, sin embargo, a posteriori, puede resultar obligado también el depositante, sea a pagar las expensas de conservación, sea a indemnizar al depositario los perjuicios que le haya causado el depósito, según lo establece expresamente el Art. 2235 del Código Civil.

El depósito comercial es sin embargo un contrato naturalmente bilateral en virtud de lo señalado en el artículo 808 del Código de

Comercio que establece que "los derechos y obligaciones del depositante y depositario de mercaderías son los mismos que otorga e impone este Código a los comitentes y comisionistas", y el Art. 809 del mismo cuerpo legal otorga al depositario el derecho a exigir una retribución por sus servicios, reiterando la norma contenida en el Art. 239 relativa a la Comisión, y de éste modo, impone naturalmente la obligación de pagarla al depositante, entre otras.

3. En cuanto a la utilidad que reporta a cada una de las partes contratantes, el depósito propiamente tal es un *contrato gratuito*, por cuanto sólo tiene por objeto la utilidad del depositante, sufriendo el depositario el gravamen. De esta forma, en caso de pactarse remuneración para el depositario, éste contrato, según lo dispuesto en el Art. 2219 del Código Civil, degenera en arrendamiento de servicios. Sin embargo ésta misma disposición señala que: "si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicios, y el que presta el servicio es responsable hasta culpa leve; pero bajo todo otro respecto está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal". Así, se ha concluido que si se estipula remuneración el depositario estará sujeto a las normas del arrendamiento de servicios sólo respecto a su responsabilidad, y que, en cuanto a la conservación y restitución de la cosa permanece sujeto a las reglas del depósito.

La regla en materia de depósito mercantil es justamente la inversa, el depósito comercial es esencialmente oneroso, de allí que el Art. 809 del Código de Comercio establezca que el depositario tiene derecho a exigir una retribución por sus servicios, y que ésta será fijada por el uso de cada plaza en defecto de estipulación. Esta misma naturaleza tiene el depósito bancario, dada tanto por la norma general señalada, como por su propia regulación y características, que importan que naturalmente redunde en beneficio del banco.

4. Es un *contrato principal*, por cuanto subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.

5. En cuanto a su regulación, es un *contrato nominado o típico*, pues se encuentra detalladamente normado por el legislador en los artículos 2211 y siguientes del Código Civil.

6. Respecto a su ejecución, es un *contrato de tracto sucesivo*, de este modo, está destinado a producir efectos en el tiempo, a prolongarse en él. Este carácter se cumple por muy breve que sea el lapso respectivo.

2.1.3 Clasificación del depósito civil.

Dentro de las clasificaciones posibles de efectuar respecto al contrato de depósito, la de mayor incidencia respecto del tema en estudio es aquella que distingue entre depósito propiamente tal y el secuestro. A su vez el primero puede ser voluntario o necesario.

Dentro de otro punto de vista el propiamente tal puede ser regular o irregular.

El *depósito propiamente tal*.

Se encuentra definido en el Art. 2215 del Código Civil como "un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante". En cuanto a sus características principales, estas son análogas a las del depósito civil en general, por lo que nos remitimos a lo expuesto.

El contrato de *depósito propiamente tal* a su vez es puede ser *voluntario* o *necesario*.

El *depósito voluntario* es el depósito propiamente dicho, esto es, se asimila en doctrina al depósito propiamente tal que define el Art. 2215 del Código Civil ya transcrito.

El *depósito necesario* es el depósito propiamente tal, cuando en éste la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, sino que es dictada o impuesta por las circunstancias. El Código Civil lo define en el Art. 2236 al disponer que: "El depósito propiamente dicho se llama *necesario*, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina o saqueo u otra calamidad semejante."

De este modo se colige que respecto de ciertas circunstancias que se podrían denominar desgraciadas, y que son determinantes en obligar al depositante a confiar el depósito a quien buenamente quiera hacerse cargo del mismo.

Estas circunstancias desgraciadas influyen decisivamente en los efectos del contrato, respecto a la prueba y a la responsabilidad de las partes.

El secuestro

El *secuestro* es una especie de depósito que consiste en dejar en poder de un tercero, la tenencia de una cosa que dos o más personas disputan, mientras se resuelven definitivamente acerca de sus respectivos derechos. El secuestro es, de éste modo, una medida conservativa o precautoria respecto de la cosa disputada. A su vez puede ser convencional, cuando se constituye por un acuerdo de voluntad de las personas que se disputan el objeto litigioso, o bien ser judicial cuando se constituye por decreto judicial.

Depósito regular e irregular.

El depósito *regular*, es aquel depósito en que el depositario se obliga a restituir la misma cosa, especie o cuerpo cierto que le ha sido entregada por el depositante. De este modo nacen respecto del depositario dos obligaciones, la de guardar la cosa con al debida fidelidad, lo resulta lógico, ya que debe ser devuelta la misma cosa y

esto no sucedería si ésta se deteriora gravemente o desaparece, y, por otro lado, la obligación de restituirla a requerimiento del depositante, restitución que debe hacerse en especie en idéntica individualidad, con todos sus accesorios, transmitiéndose a los herederos del depositario.

El depósito irregular, es "aquel en que el depositario, en lugar de la misma cosa que ha recibido, se obliga a restituir otras del mismo género y calidad."

Lo que se debe entregar por parte del depositario no es ya una especie o cuerpo cierto, sino que una cosa de un género determinado. De este modo, se concluye que el depositario al ser entregada la cosa se hace dueña de la misma, constituyendo el depósito irregular el título translativo de dominio. De éste modo se ha concluido que los depósitos de dinero que se hacen en bancos e instituciones de ahorro son de esta especie, y así, esta forma de depósito, que conforme a la ley se trataría de una excepción, es la forma más ordinaria y común que adopta este contrato.

A propósito del depósito de dinero, el Art. 2221 nos señala que "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 a restituir otro tanto de la misma moneda." De esta manera, todo depósito efectuado de ésta forma (sin encontrarse en arca bajo llave,

ni contar con otro tipo de precauciones que impidan sacarlo de un arca o cofre), se presumirá por ley entregado en dominio, siendo depósito irregular. El depositario recibe un bien fungible, que es el dinero, y según el Art. 2221 puede "emplearlo", así se encuentra facultado para dar uso al dinero conforme a su propia naturaleza, y el uso se traduciría en el uso civil de esta especie fungible, por lo que conllevaría la facultad de disposición y nadie que no es dueño puede disponer de un bien, por lo que concluimos que el depositario se hace dueño de los dineros depositados conforme la hipótesis del Art. 2221 del Código Civil, debiendo restituir otras especies del mismo género y calidad, es decir dinero en una cantidad equivalente y con idéntico valor o poder liberatorio para éste depositario.

2.1.4 Depósito irregular y su relación con el contrato de mutuo.

Concepto.

Nuestro Código Civil, en el Art. 2196, señala al mutuo o préstamo de consumo como "aquel contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

Objeto.

El mutuo tiene por objeto, necesariamente, cosas fungibles, y por tanto, sólo puede tratarse de muebles. Entre las cosas fungibles destaca el dinero, pues es el mutuo que tiene este objeto el que tiene

mayor aplicación en la práctica y el que despierta mayor interés jurídico. Doctrinariamente las semejanzas y diferencias entre mutuo y depósito son claras, más en los hechos, especialmente cuando tiene por objeto dinero, dichas figuras se asemejan al punto que resulta complejo calificarlas. De lo anterior se desprende la relevancia de esta figura en el estudio de los depósitos bancarios de dinero.

Elementos y características.

No obstante la semejanza fáctica que en ocasiones y circunstancias pueden presentar el contrato de mutuo con el depósito, del estudio de sus características se desprenden sus diferencias. Indicaremos las siguientes:

1. El mutuo es un contrato real, se perfecciona por la entrega de la cosa que efectúa en mutuante al mutuario.
2. Es un contrato unilateral, genera obligaciones para una sola de las partes, quien se obliga básicamente a restituir en los términos convenidos. En esta parte el mutuo no se separa substancialmente del depósito, el que por regla general también es unilateral, sin perjuicio de que algunos depósitos bancarios no tengan este carácter.
3. Es un contrato oneroso. Hay que aclarar que en cuanto se refiera de cosas distintas del dinero, el contrato es naturalmente gratuito. Pero cuando el mutuo tiene por objeto dinero se diferencia con mayor claridad del depósito pues es naturalmente oneroso. de acuerdo al

Código de Comercio, Art. 708, "la gratuidad no se presume en los préstamos mercantiles, y éstos ganarán intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario", ahora, según lo prescrito por el Art. 12 de la ley 18.010 aplicable a todas las operaciones de crédito de dinero, entre las cuales se encuentra el mutuo, éstas devengan intereses corrientes, salvo disposiciones de ley o pacto en contrario.

4. Es título translativo de dominio, el mutuario siempre se hace dueño de la cosa que recibe, cualquiera sea su naturaleza, en cambio el depósito, constituye título translativo de dominio sólo cuando tiene por objeto dinero que no se entrega en arca cerrada. Para efectos de nuestro estudio esta distinción no tiene relevancia, pues prácticamente la totalidad de los depósitos bancarios son irregulares en los términos del Art. 2221 del Código Civil.

Efectos.

Los efectos del mutuo civil de cosas fungibles distintas del dinero no son distintos de los que genera el depósito de las mismas especies, pues en ambos casos se reduce a la obligación de restituir.

Los efectos del mutuo de dinero son diferentes de los del depósito, ya que, si bien la obligación principal que nace del contrato es la misma de restitución, los términos de ella son distintos, según la ley 18.010 que les es aplicable. En este contrato de mutuo debe restituirse, salvo estipulación en contrario, la cantidad recibida más

intereses corrientes, y no puede exigirse dicha restitución sino después de 10 días contados desde la entrega, todo ello conforme con los artículos 12 y 13 de la referida ley.

De la semejanza entre el mutuo y el depósito cuando tiene por objeto dinero, y de los diferentes efectos que producen, se desprende la importancia que tiene la relación de ambas figuras, pues resulta indispensable tener clara la naturaleza de una situación determinada para precisar las normas aplicables.

En palabras del profesor Ramón Meza Barros y para aclarar este punto; "La diferencia teóricamente estriba en que el préstamo supone un plazo pendiente en el cual no puede demandarse la restitución, en tanto que en el depósito debe efectuarse la restitución cuando en depositante lo requiera.

Pero esta diferencia es meramente accidental y desaparece cuando se ha establecido que el depositante no podrá exigir la restitución sino al cabo de cierto plazo, como sucede con los depósitos de ahorro." ¹⁵

2.1.5 Efectos del contrato de depósito civil.

Para finalizar la revisión del depósito civil, y con el solo efecto de entregar una visión general sobre el tema, sin pretender un estudio

¹⁵ Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las Obligaciones* Tomo II, Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. (1997).

pormenorizado, enumeraremos los principales efectos respecto de las partes contratantes, tema al que volveremos al estudiar los efectos propios del depósito bancario.

Obligaciones del depositario.

1. Obligación de guardar la cosa.
2. Obligación de emplear en la custodia el debido cuidado o diligencia.
3. Obligación de no usar de la cosa sin el consentimiento del depositante. Debemos en éste punto, tener en consideración el depósito irregular de dinero, situación legalmente excepcional, pero fácticamente general, regida por el Art. 2221 del Código Civil, donde, conforme lo dispuesto por esta norma, es posible usar de la cosa aún sin consentimiento del depositante.
4. Obligación de respetar los sellos y cerraduras del bulto que contiene el depósito.
5. Obligación de no violar el secreto de un depósito de confianza.
6. Obligación de restituir el depósito.

Obligaciones del depositante.

1. Obligación de disponer de la cosa. El depositario puede solicitar al depositante que disponga de la cosa, cuando por ejemplo, conforme lo expone el Art. 2227 del Código Civil, se cumpla el plazo estipulado para la duración del depósito, o bien, en caso de padecer error el depositario en el caso señalado en el Art. 2216 del Código Civil, que

será estudiado más adelante en relación al depósito bancario de dinero.

2. Obligación de indemnizar al depositario. Nace esta obligación de reparar los gastos de conservación, como los perjuicios que ha producido el depósito al depositario cuando la cosa haya encontrado en su poder, todo ello en virtud de lo dispuesto en el Art. 2235 del Código Civil. Para seguridad del depositario acreedor, el legislador ha establecido un derecho legal de retención en su favor en el Art. 2234 del mismo cuerpo legal.

2.2 El contrato de depósito bancario de dinero.

Sin lugar a dudas los depósitos constituyen en la actualidad la más importante operación pasiva realizada por una empresa bancaria.

2.2.1 Concepto.

En términos generales podemos definir el contrato de depósito bancario como "aquel en virtud del cual una persona entrega a un banco una cantidad determinada de dinero, títulos representativos de dinero o valores, para que le restituya una suma equivalente en el plazo y forma estipulada, con o sin intereses y reajustes."¹⁶

Mercantilidad del depósito bancario.

¹⁶ Orrego Pastén, Jimena y Twyman Cazaux, Janine.Id., Pág. 38.

Es necesario hacer una referencia este punto. Claro está que el depósito bancario será siempre mercantil respecto de la perspectiva del banco. Ello por cuanto el Art. 3º, Nº 11 del Código de Comercio, al señalar que:

“Son actos de comercio, ya sea de parte de ambos contratantes, ya sea de parte de uno de ellos:

11. Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje.”

Nos dice expresamente que son mercantiles las operaciones de banco. Además la LGB al disponer en el Art. 27 inciso primero que: “Las empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la presente ley”, relacionado con el inciso final del Art. 1º de la ley 18.046 que dice que “la sociedad anónima es siempre mercantil, aún cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil.”, no hace más que conformar la mercantilidad de las operaciones bancarias, dentro de las cuales el depósito bancario de dinero es una de las más importante.

Respecto del cocontratante del banco, se discute en jurisprudencia si es mercantil para ambas partes, alcanzando la mercantilidad del banco a la otra parte del contrato, ello según la *Teoría del acto de comercio propiamente tal*, o bien, que respecto del

cliente puede ser civil o comercial de acuerdo con la *teoría de lo accesorio*.¹⁷

Respecto del tema específico tratado en este estudio, esto es, el error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, nos acercaremos a soluciones que se encuentran en la línea de la segunda posición, que hace posible la aplicación del derecho común en la regulación de este contrato, ya que en el derecho civil es donde encontraremos soluciones más adecuadas al problema propuesto, según se verá.

Clasificación

El depósito bancario de dinero, admite diversas clasificaciones las que en muchos casos se relacionan con el tipo de cuenta bancario de que se trata o bien, atendiendo a la exigibilidad que el depósito implica o de acuerdo a alguna función específica que el derecho le reconozca.

1. Atendiendo a la existencia de una cuenta bancaria:

- *Depósitos simples*: son aquellos que no se registran en una cuenta corriente, vista, o de ahorro, sino en un certificado en el

¹⁷ Orrego Pastén, Jimena y Twyman Cazaux, Janine. *Id.*, Pág. 44 y siguientes explican ambas teorías.

que se deja constancia de la fecha y cuantía del depósito y que se restituye en un sólo acto.

- *Depósito en cuenta corriente bancaria:* son aquellos que se registran en una cuenta corriente, pues constituyen una serie ininterrumpida de operaciones, bien para incrementar los fondos inicialmente constituidos, ya para disminuirlos, obteniéndose un saldo a favor o en contra del cliente. Las cuentas corrientes bancarias se encuentran reguladas por el D.F.L. 707 del 7 de octubre de 1982, y, a su vez, la SBIF lo regula en el Capítulo 2-2, de la recopilación de Instrucciones dictadas por éste organismo estableciendo el marco regulatorio administrativo, respecto a las cuentas corrientes bancarias y cheques.
- *Depósito en cuenta vista:* son aquellos que se efectúan en una cuenta vista, entendiéndose por tal, aquellas cuentas en moneda nacional que no devengan reajustes, unipersonales o pluripersonales y a nombre de personas naturales o jurídicas, que se encuentran regulados por el Capítulo 2-6 de la recopilación de Instrucciones de la SBIF dentro del Título II, en su numeral 2.4.
- *Depósitos en cuentas de ahorro:* son aquellos que se registran en una cuenta de ahorro, entendiéndose por tal, aquella que se realizan con un fin de inversión, que devengan intereses y que en contra de su saldo no pueden librarse cheques. Se encuentra

regulada dentro de la recopilación de Instrucciones de la SBIF en el Capítulo 2-4, específicamente, en el Título VI de esta norma administrativa.

2. Atendiendo a la exigibilidad:

- *Depósito a la vista:* son aquellos cuya restitución puede exigirse de inmediato, desde el momento de su constitución.

También, parte de la doctrina los ha definido como aquellos que son exigibles a la empresa bancaria a la sola presentación del documento respectivo, o en plazos no superiores a 30 días¹⁸.

- *Depósitos a plazos:* son aquellos en los cuales se ha previsto un plazo a cuyo vencimiento puede ser demandada la restitución por su titular.

Ladrón de Guevara Abarca, en este punto, cita nuevamente a Frías Morán, ampliando este concepto de depósito de dinero a plazo, señalando que "son aquellos que no son exigibles a la empresa bancaria antes de dicho plazo de 30 días"¹⁹.

- *Depósito con preaviso:* son aquellos en los cuales no existe un plazo predeterminado para la restitución, pero sí el establecimiento de un aviso con un cierto número de días,

¹⁸ Ladrón de Guevara Abarca, Roberto Manuel. "Contrato de depósito bancario de dinero". 1992. Memoria de prueba Universidad Central. Santiago de Chile. Página 71, citando a E. Frías Morán "Operaciones de los Bancos Comerciales". 1942. Memoria de prueba.

¹⁹ Ladrón de Guevara Abarca, Roberto Manuel, *Ibid*.

semanas o meses de anticipación a la fecha de su retiro, de manera tal que el banco ignora por cuanto tiempo va a estar en su poder el dinero, pero lo conocerá cuando el cliente notifique su decisión de retirarlo.

3. Atendiendo a su función específica:

Esta clasificación obedece a razones particulares no tradicionales, pero no por eso menos importantes, los principales son:

- *Depósitos en garantía:* tienen por finalidad cubrir una obligación principal cuyo cumplimiento está pendiente por parte del deudor.
- *Depósito de pago por consignación:* son aquellos que reciben los bancos, en los casos que procede esta forma de extinguir las obligaciones en virtud de una autorización expresa por la ley.
- *Depósitos judiciales:* son aquellos que por diversas causas se ordenan dentro de un proceso.

2.2.2 Características del depósito bancario

Las principales características del depósito bancario que podemos mencionar dentro de este estudio, van asociadas a un aspecto relevante de la propia naturaleza de este contrato. De este modo, podemos obtener como características del depósito bancario las siguientes:

1. En cuanto a la forma en que se perfecciona.

La mayoría de los tipos de depósitos bancarios son contratos reales ya que se perfeccionan con la entrega que se hace de los dineros a la entidad bancaria. No obstante lo anterior, existen depósitos bancarios que para su perfeccionamiento no requieren la entrega de la cosa y que se entienden perfectos por el sólo acuerdo de las partes, como por ejemplo, el depósito en cuenta corriente bancaria.

2. En cuanto a las obligaciones que nacen del contrato.

La regla general es que los depósitos bancarios generen obligaciones para una sola de las partes, el banco, que fundamentalmente asume la de restituir el dinero en la época estipulada. Excepcionalmente, existen figuras que tienen características de bilateralidad desde su génesis y otros que son mas bien contratos sinalagmáticos imperfectos, como por ejemplo, el servicio de caja de seguridad y el depósito de ahorro.

3. En cuanto a las utilidades que el contrato genera.

Constituye un contrato oneroso puesto que reporta utilidad para ambas partes. El cliente del banco obtiene, por ejemplo, la custodia, la guarda, el pago de intereses, bonificaciones, etc. Por el depósito de sus dineros en el banco, y la empresa bancaria, a su vez, adquiere la posibilidad de utilizar estos dineros en las operaciones propias de su giro.

4. En cuanto a la equivalencia de las prestaciones.

Ya que los beneficios que las partes obtienen, son mirados por ellas como equivalentes, reviste la característica de conmutatividad.

5. En cuanto a la modalidad.

Si bien predominan los contratos de depósito bancario de dinero puros y simples, existen a su vez, depósitos a plazo, que por sus especiales características (vinculadas con el contrato de mutuo" está sujeto a un plazo para la restitución, y algunos de ahorro sujetos a condición (depósito de ahorro en el banco del estado).

6. En cuanto a la época de ejecución.

La mayoría de los depósitos bancarios son de tracto sucesivo por cuanto el contrato genera para el banco obligaciones con carácter de permanente sin perjuicio de que entre las obligaciones que adquiere el banco se cuenten normalmente algunas cuya ejecución se difiere para una época posterior, como por ejemplo, la de restitución.

7. Constituye título translaticio de dominio.

Por regla general, las cosas depositadas son fungibles, el banco se hace dueño de ellas y debe restituir otra cantidad equivalente. Como excepción se establecen los depósitos efectuados en cajas de seguridad cuyos contratos no constituyen títulos translaticios de dominio, ello por cuanto el banco se encuentra obligado a restituir

exactamente los mismos dineros y/u objetos depositados en la bóveda.

8. En cuanto a la dependencia respecto de otro contrato u obligación.

La mayoría de las figuras de depósito bancario de dinero son contratos principales puesto que no necesitan de otro contrato, al cual accedan, para subsistir. Una excepción estaría constituida por el contrato que da origen a la boleta bancaria en garantía, que tal como su nombre lo indica, requiere de la existencia de una obligación principal a la cual caucionar.

9. Contrato Intuitio Personae.

Podemos afirmar que los depósitos bancarios tienen esta característica al ser celebrados en consideración a las calidades personales de quienes contratan. Esto se encuentra demostrado por la gran cantidad de información financiera que la banca maneja y los innumerables documentos de solvencia e integridad, tanto moral como económica, que se exige al cliente para contratar la apertura de cuenta bancaria contrato preparatorio al depósito bancario de dinero.

Por otra parte, la elección del banco por el cliente también, constituye un acto de confianza.

Como consecuencia de este carácter, los contratos bancarios se extinguen normalmente de forma unilateral por parte del banco o el

cliente, la que obedece, en la gran mayoría de los casos a que se modifican, desaparecen o se desmejoran las condiciones que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato.

9. Contrato de adhesión.

Los depósitos bancarios por estar destinados a captar un gran número de clientes corresponde a formas organizadas y en serie que resultan de la existencia de las "Condiciones Generales de Contratación", que son cláusulas, establecidas por la entidad bancaria, de acuerdo a la ley o por propia iniciativa, y contenidas generalmente en contratos tipos.

En estos contratos se manifiestan las dos principales características de contratación adhesiva: 1º la presencia de una sola persona por una parte y la de una pluralidad de personas por otra, con las cuales la primera contrata separadamente, pero de una sola manera, y 2º la posición jurídica dominante de la parte que unilateralmente impone sus condiciones. En otros términos "una de las partes formula las condiciones del contrato y la otra se limita a prestar su aprobación o adhesión a dichas condiciones en bloque."²⁰

En consecuencia, los terceros que contratan con los bancos se limitan a expresar su aceptación o rechazo a las condiciones generales, sin posibilidad de discutir las.

2.2.3 Sujetos del contrato. Las partes.

El banco.

El concepto de banco fue estudiado en su oportunidad, señalándose que se encontraba definido en el Art. 40 de la LGB. Respecto a su constitución y naturaleza jurídica, estos aspectos se encuentran abordados en los Art. 27 y siguientes de este mismo cuerpo legal, los que ya fueron explicados en su oportunidad.

El cliente.

Usualmente el cliente es la contraparte del banco en el contrato de depósito bancario, y se entiende por tal aquella persona natural o jurídica que cumpliendo con los requisitos exigidos tanto por el banco, como por las normas administrativas²¹ (Instrucciones de la SBIF) que establecen los requisitos especiales para contratar la apertura de una cuenta bancaria, hace uso de esa cuenta para la guarda de dineros, que entrega al banco en depósito irregular, con cargo de restitución.

2.2.4 Objeto del contrato. El dinero.

En sentido abstracto y general entenderemos el dinero como un conjunto de especies monetarias, es decir por moneda en su sentido jurídico.

²⁰ Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones.* Tomo I. Octava Edición. Editorial Jurídica de Chile. (1994), Pág. 19.

²¹ Para apertura de Cuenta Corriente ver, Capítulo 2-2, Título II, 1. Cuenta de Ahorro, Capítulo 2-4, Título 3. Cuenta de Depósito a la Vista, Capítulo 2-6, Título 2.2.

En sentido abstracto de general, la moneda se caracteriza por ser un instrumento de adquisición de las demás cosas, y su calidad más esencial es ser común en cuanto al uso de tal instrumento.

De este modo ha sido definido por la doctrina "en sentido concreto, positivo y legal, que hoy se considera el único sentido de "moneda propiamente dicha", moneda es el instrumento común de valor adquisitivo de precios reconocidos como moneda por el Estado que la crea e impone".²²

Específicamente el tipo de moneda relevante en este punto es la denominada *moneda papel o papel moneda*. En teoría, se trata de los billetes emitidos como moneda por el Estado o por instituciones en nombre o con autorización del Estado; el papel moneda normal y teóricamente, debe ser convertible (cambiable) en oro, pues no siendo de valor objetivo y propio supone un respaldo o reservas de oro (o en plata) en poder del Estado y apreciable por su fácil transporte.

El Estado concede al papel moneda o billetes "curso legal", o sea, circulación basada en la ley, que impone la obligación de aceptar los pagos en papel moneda (aunque limitadamente) suponiendo siempre la capacidad de convertir el papel en oro; otras veces el Estado impone "el curso forzado", circulación obligada, limitada y sin recurso de convertir los billetes en oro.

Así, el papel moneda tiene un valor más bien subjetivo y convencional, que objetivo y real.

En nuestro país, el papel moneda adquiere formas de billetes de banco de valor variado, de curso legal, emitidos por el Banco Central de Chile, y estas especies monetarias serán el objeto del depósito bancario de dinero.

2.2.5 Efectos del contrato de depósito bancario.

Los efectos del depósito en general, están constituidos por los derechos y obligaciones que la celebración de este contrato genera para las partes que lo suscriben.

Se han distinguido principalmente tres efectos jurídicos que caracterizan a este tipo de contrato:

1. *Transferencia del dominio de los dineros depositados a favor del banco.*
2. *El banco se hace dueño de los fondos depositados y tiene la libre disponibilidad al respecto de dichos fondos, con las limitaciones legales que existan.*
3. *La facultad del depositante de exigir la devolución de sus fondos en cualquier momento, incluso para algunos existiendo un plazo de por medio.*

²² Vázquez Méndez, Guillermo. "Nuevo Tratado del Cheque. Legislación, doctrina y

A continuación estudiaremos los derechos y obligaciones que básicamente genera el contrato de depósito bancario de dinero, tanto para *el banco depositario* como para *el cliente depositante*.

Obligaciones del banco.

1. Recepción del dinero en depósito.

Constituye una de las operaciones características de los bancos, consagrándose en la LGB en sus Art. 83 N° 1, 13 y 14. Los bancos realizan un llamado general para recibir dineros o títulos representativos de éste al público, los que se efectúan a través de convenciones que presentan todas las características de un contrato de adhesión. En estricto rigor, la recepción de los fondos por parte de los bancos, en la generalidad de los casos, es presupuesto de existencia del contrato mismo puesto que este se perfecciona por la entrega que de los dineros hace el cliente al banco.

2. Restitución del dinero depositado.

Esta obligación presenta diversos aspectos que a continuación analizaremos:

- *El objeto a restituir:* El banco debe restituir una cantidad de dinero equivalente a la recibida más, según el caso y la naturaleza del depósito de que se trate, reajustes e intereses.

jurisprudencia. "1993. La Ley Ediciones Jurídicas. Santiago, Chile. Pág 208.

- *A quien hay que efectuar la devolución:* De acuerdo con las reglas generales que rigen las normas del pago, el banco debe efectuar la restitución al titular del depósito o a su legítimo representante.

- *Lugar en que debe efectuarse la restitución:* La costumbre mercantil señala que el depósito debe restituirse en la sede de la institución bancaria. Los bancos suelen tener varias sucursales y en la legislación comparada se ha planteado el problema del derecho que tiene el depositante para cobrar el depósito en una sucursal distinta a la que depósito.²³ En la actualidad por la introducción de técnicas de informática que hacen posible la recepción de información simultánea en más de una red conectada a un sistema centralizado que permite el control de una determinada cuenta de depósito, el problema planteado no debería producirse, pudiendo en consecuencia, el depositante efectuar abonos, retiros y cerrar el depósito en cualquier sucursal de la institución bancaria.

3. *Pago de intereses:* El pago de intereses viene a constituir otra prestación a que el banco se obliga cuando así se ha pactado.

4. *Servicio de caja a favor del depositante:* Es decir, el deber que tiene el banco, respecto de los depósitos más relevantes, de dar curso a las

²³ Orrego Pastén, Jimena y Twyman Cazaux, Janine. *Id.*, Pág. 65.

órdenes de pago y acreditar las remesas de cualquier tipo que da el cliente, para lo cual debe mantener en sus sucursales los formularios tipos para el ejercicio de esta facultad.

5. *El secreto bancario*: Constituye el deber de reserva y discreción que se le impone al banco en virtud del secreto profesional que lo obliga, con ciertas excepciones legales que no es nuestro tema abordar.

Obligaciones del cliente.

Generalmente los depósitos bancarios constituyen contratos unilaterales que generan obligaciones solo para el banco, salvo excepciones que los categorizar como contratos sinalagmáticos imperfectos, como por ejemplo el depósito bancario en cajas de seguridad, cuando el objeto depositado produce daño al banco, naciendo la obligación del cliente de indemnizar este daño.

Sin embargo, se encuentra lejos de ser un contrato que no reporta utilidad para la empresa bancaria, y por tratarse el contrato de depósito de dinero de una especie de depósito irregular, el banco recibe el dinero entregado en virtud del contrato, en propiedad o dominio, lo que lo habilita para disponer de el según su voluntad en la ejecución de su giro.

CAPITULO 3. Los contratos preparatorios al depósito bancario de dinero.

En la gran mayoría de los contratos de depósito bancario, a esta operación antecede la *apertura de una cuenta bancaria*. De esta forma el depósito no se comprende como un contrato aislado, sino que dentro de un contexto determinado por una convención previa, en la cual, el banco se compromete a recibir dineros, a prestar servicios de caja, información sobre saldos, transacciones, etc., y estas obligaciones de la empresa bancaria, nacen en virtud del depósito de fondos presente o futuro en arcas bancarias por parte del cliente.

3.1 Concepto de cuenta bancaria.

La *cuenta bancaria* es un contrato generalmente bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes, constituido legalmente como banco, recibe en propiedad cantidades de dinero obligándose a entregar, a un cliente contratante o a su legítimo representante legal o convencional, las cantidades de dinero que el segundo hubiere depositado en arcas del primero, hasta la concurrencia de los valores depositados. A cada cuenta se asigna un número de serie propio que permite identificarla y diferenciarla de otras.

En otras palabras, personas naturales o jurídicas con voluntad de ahorro, para efectos de orden en sus pagos utilizando los servicios de caja del banco, o bien con la intención de diferir sus inversiones para una época futura, mantienen una cantidad de dinero u otros valores en poder de una empresa bancaria, la que se obliga a restituir estas especies al requerimiento del depositante, conforme lo pactado al momento de la apertura.

Algunos de los elementos utilizados se encuentran recogidos en normas que pretenden conceptualizar diferentes especies de cuentas bancarias.

Así, a propósito del contrato de cuenta corriente, el Art. 1º del DFL N° 707 Ley de sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que regula el tema, prescribe que “La cuenta corriente bancaria es un contrato en virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.” Esta definición legal de cuenta corriente bancaria comprende los elementos; contrato, existencia de una empresa bancaria como parte, el objeto recae sobre cantidades de dinero y por último, de gran relevancia para nuestro objeto de estudio, existencia de un contrato de depósito, lo que se observa al hablar el legislador de “dinero depositado”, lo que implica la existencia de este tipo de contrato, pero,

siempre, se considera el contrato de depósito en una etapa de ejecución del de cuenta corriente que le precede en el tiempo.

3.2 Clasificación.

Existen diversos tipos de cuentas bancarias, cada una adaptada a las necesidades específicas del co-contratante respecto al banco.

A continuación enunciamos a modo de clasificación, las cuentas bancarias de mayor importancia práctica y de más amplia regulación dentro de nuestra legislación y normativa administrativa bancaria, las que son:

- *Cuenta corriente bancaria.*
- *Cuenta de ahorro* - *a la vista*
 - *a plazo* - *giro incondicional*
 - *giro diferido*
- *Cuenta de depósito a la vista.*

Así tenemos que destacan, la cuenta corriente bancaria, la cuenta de ahorro y la cuenta de depósito a la vista. A su vez, dentro de las cuentas de ahorro encontramos las cuentas de ahorro a la vista y a plazo, y dentro de estas últimas distinguimos las a plazo con giro incondicional y las a plazo con giro diferido.

3.3 Características.

Estudiaremos por razones de extensión, solo las características principales de estas cuentas bancarias, según orden de exposición en el título anterior, indicando las principales normas regulatorias.

Cuenta corriente.

El contrato de cuenta corriente está normado tanto por la ley, como por las Instrucciones emanadas de la SBIF. En efecto el DFL N° 707 de 17 de Octubre de 1982 y el Capítulo 2-2 de la recopilación de Instrucciones de la SBIF, establecen el marco legal al contrato.

La SBIF de todos modos deja abierta la posibilidad a cada institución bancaria para establecer condiciones generales de contratación en esta materia, siempre que respeten el marco impuesto.

El Art. 1 del DFL 707 ya transcrito, define el contrato y señala sus elementos esenciales.

Las principales características de la cuenta corriente bancaria son:

- Es un contrato, en que una de las partes contratantes es un banco, ello determina la sujeción a las normas señaladas, y no al Título IX del Libro II del Código de Comercio.
- En la regulación administrativa, al señalar las exigencias mínimas para la apertura de este tipo de cuentas, la SBIF establece rigurosos

requisitos de resguardo para la institución bancaria tales como controles de identidad (Presentación de documentos como Cedula de Identidad y Rol Único Tributario), fotografías, Impresión digital, registro de firma, antecedentes sobre actividad y desarrollada y solvencia, suscribir un documento de condiciones generales establecidas por el banco, etc ²³

- Surge la figura del Cheque, de amplia relevancia legal, como el elemento idóneo de ejecución del contrato. Se encuentra definido en el Art. 10 del DFL 707, como “una orden escrita y girada contra un banco para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente.” Conforme a este concepto legal, podemos concluir que el Cheque es la contrapartida del depósito bancario, ya que al establecer el legislador que es una orden de pago que recae sobre un banco respecto de “el todo o parte de los fondos que el librados pueda disponer en cuenta corriente”, supone que debe existir una cantidad de dinero, por parte del librador, en poder de la institución bancaria, el que necesariamente ha debido llegar a poder de este banco a través de depósitos en cuenta corriente.

- Respecto del particular pueden ser abiertas tanto por personas naturales como jurídicas y ser unipersonales, bipersonales o multipersonales, con la limitación establecida por la SBIF respecto a

²³ Instrucciones SBIF, Capítulo 2-2, Título II.1, Exigencias mínimas para la apertura

que “ la sucesión hereditaria no es persona jurídica, razón por la cual no se abren cuentas corrientes bancarias a nombre de las sucesiones, sino de los herederos.”²⁴

Cuentas de ahorro.

El termino “Ahorrar” se define por el Diccionario de la Real Academia como “guardar parte de los que se gana”, y básicamente está sería la función que cumple este tipo de cuentas, vale decir, un fin de guarda, de moneda y valores previamente confiados en depósito.

Según lo ya expuesto, se distinguen diversas especies de cuentas de ahorro, ya sea a la vista, a plazo, de ahorro para la vivienda²⁵ , con o sin libreta. Nosotros en virtud del sentido de este estudio, nos centraremos en las características de solo algunas de ellas.

Cuenta de ahorro a la vista.

- Son en moneda nacional y no devengan reajustes ni intereses. También pueden ser en moneda extranjera.
- Pueden ser unipersonales o bipersonales y a nombre de personas naturales o jurídicas.

de cuentas corrientes.

²⁴ Circular 3.122/1.395, 08-05-01, SBIF. Instrucciones, Capítulo 2-2, II.1.6.

²⁵ La Cuenta de Ahorro para la Vivienda, se encuentra regida por el D.S. Nº 44 de 1988 y sus modificaciones, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el Capítulo III.E.3 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

- Las instituciones financieras pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas.

Cuentas de ahorro a plazo.

Cuentas de ahorro a plazo con giro incondicional

- Son en moneda nacional, no reajustables o reajustables por la variación de la unidad de fomento u otro sistema de reajustabilidad autorizado por el Banco Central de Chile. Abiertas en bancos, podrán ser en moneda extranjera.
- Pueden ser unipersonales o pluripersonales y a nombre de personas naturales o jurídicas.
- El titular puede realizar hasta cuatro giros en cada período de doce meses, sin perder el derecho a reajuste y hasta seis giros en el mismo período, sin perder derecho a intereses.
- El reajuste se puede abonar trimestralmente o anualmente y los intereses se abonan cada doce meses.
- Las instituciones financieras pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas.
- Los bancos no podrán hacer cargos a estas cuentas de ahorro a plazo relativos a cobro de cheques u otros conceptos relacionados con cuentas corrientes.

Cuentas de ahorro a plazo con giro diferido.

Las cuentas de ahorro a plazo con giro diferido tiene las particularidades que se indican a continuación:

- Son en moneda nacional, no reajustables o reajustables por la variación de la unidad de fomento u otro sistema de reajustabilidad autorizado por el Banco Central de Chile. Abiertas en bancos, podrán ser en moneda extranjera.
- Pueden ser unipersonales o pluripersonales y a nombre de personas naturales o jurídicas.
- El titular puede realizar hasta seis giros en cada período de doce meses, sin perder el derecho a reajustes.
- El reajuste se abona trimestralmente a estas cuentas, en tanto que los intereses sólo se acreditan cada doce meses.
- El ahorrante puede girar de estas cuentas solamente con aviso previo a la entidad depositaria, mediante la presentación de una solicitud con una anticipación mínima de treinta días corridos.
- Las entidades depositarias, no obstante lo señalado en el punto anterior, pueden permitir a los titulares que sean personas naturales, giros a la vista hasta por el equivalente a treinta unidades de fomento, en cada oportunidad, siempre que cada uno de ellos se efectúe en días distintos.
- Las instituciones financieras pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas.

Cuentas de ahorro con o sin libreta.

Cuentas de ahorro con libreta.

Este tipo de cuentas de ahorro es aquel en que deben registrarse en una libreta todos los movimientos habidos en la cuenta y, en general, para girar es requisito presentar la libreta, pudiendo permitirse también que se haga por medio de dispositivos electrónicos, siempre que los giros efectuados por esos medios sean registrados posteriormente en la libreta.

Cuentas de ahorro sin libreta.

En general ésta clase de cuentas tienen las mismas características de las que operan con libreta, salvo en las modalidades de depósitos y giros y en lo relativo a la información que debe proporcionarse a los titulares, sin perjuicio de las diferencias que se pueden establecer en cuanto a las tasas de interés que se paguen o a las comisiones que se cobren según la modalidad. Los giros, en esta clase de cuentas, deben efectuarse preferentemente mediante el uso de dispositivos electrónicos autosuficientes, salvo que el titular no pueda efectuar la operación deseada mediante dichos dispositivos, caso en el cual se girará por caja mediante una papeleta de giro y tomando las medidas de resguardo necesarias para comprobar la identidad del girador.

Respecto a las formalidades de los depósitos en cuentas de ahorro, podrán efectuarse por ventanilla, mediante comprobantes de depósito o a través de cajeros automáticos u otros dispositivos electrónicos.

Al tratarse de cuentas de ahorro con libreta, los depósitos deben quedar registrados en la respectiva libreta. Sin embargo podrán aceptarse depósitos sin la presentación de la libreta, pero en tal caso la institución financiera deberá registrar esas transacciones posteriormente.

Cuentas de depósito a la vista.

En general, se aplica a ellas la misma normativa que a las cuentas de ahorro a la vista, con las siguientes características básicas:

- Son en moneda nacional y no devengan reajustes, pudiendo eso sí, convenirse el pago de intereses. Los bancos podrán mantenerlas en moneda extranjera, las que no devengarán intereses ni reajustes.
- Pueden ser unipersonales o pluripersonales y a nombre de personas naturales o jurídicas.
- Las instituciones financieras pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas.
- Los titulares de cuentas generalmente reciben una tarjeta de acceso al sistema automatizado, si la cuenta se encuentra adscrita a tal

sistema. Se debe seguir un procedimiento en caso de extravío de la tarjeta.

CAPITULO 4. El error en el depósito bancario de dinero.

El error , tratado en Derecho Civil, dentro de la Teoría del Acto Jurídico como vicio de la voluntad se ha definido por Carlos Ducci Claro como “un concepto equivocado o un juicio falso”.²⁶ La doctrina nacional lo ha definido tradicionalmente como “la ignorancia o falso concepto que se tiene de una cosa, de una hecho, de una persona o de la ley. El tratadista italiano Stolfi, precisando el concepto, indica que ‘el error es la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por equivocación, es decir, por no haber valorado correctamente la influencia de dichas circunstancias’ ”.²⁷

Lo que es necesario precisar en estos conceptos es la diferencia entre la idea de *equivocación, yerro o error*, por un lado y el de *ignorancia*, por otro, ya que son ideas claramente diversas, como se desprende de la definición de Stolfi. Así, para todos los efectos jurídicos se consideran términos equivalentes, provengan de la ignorancia, o bien de la equivocación, en todo caso el error debe

²⁶ Ducci Claro, Carlos .*Derecho Civil, Parte General*. 1980. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile (1988). Pág 239.

²⁷ Varas Braun, Juan Andrés.“Los vicios de la voluntad y la lesión. Apuntes”.1996. Instituto de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Pág. 2, citando a Stolfi.

recaer en hechos presentes que formen parte de la realidad a la que se enfrenta el agente, y no es relevante respecto de hechos futuros.

Al estudiar el concepto de error en la ejecución del contrato de depósito de dinero, nos encontraremos usualmente con el elemento *equivocación* por parte de partes que intervienen, ya sea el banco o sus funcionarios, o bien el depositante, e incluso nos adentraremos en hipótesis de *dolo o mala fe* de ciertos actores.

4.1 Concepto.

Por error en el depósito bancario de dinero entendemos aquel falso concepto que lleva a equivocación sobre la identidad de una cuenta bancaria o de su titular, o bien, sobre la cantidad de dinero que se pretende depositar en la misma, de manera tal que el depósito se efectúa en una cuenta diferente a la pretendida o bien se registra por una cantidad distinta a la depositada, ya sea mayor o menor.

Comúnmente encontraremos que, si bien en el contrato de depósito interviene un banco y un cliente, la mayor responsabilidad que acarrea esta situación de error recaerá en la empresa bancaria, ya que sobre ella pesa el imperativo de fe pública, el establecimiento de controles internos y externos a la empresa, ya sean contables como administrativos, así la capacitación de los funcionarios que intervienen

en la operaciones de caja en general y de depósito en particular, que desde luego deben tener los conocimientos idóneos para desempeñar correctamente sus funciones.

4.2 Características.

- Existe un falso concepto que lleva a equivocación. Se piensa y actúa de manera tal que se cree por parte del depositante que los fondos que entrega al banco ingresarán por la cantidad precisa que se estipula, y en la cuenta bancaria indicada. Y, por otra parte, el banco deposita el dinero en otra cuenta o por una cantidad diferente, generalmente por deficiencias en la actuación de sus funcionarios. Aquí descansa el falso concepto de la realidad, pues el cliente, usualmente amparado por la fe publica en el sistema bancario, no se representa esta posibilidad de error.

- Puede recaer:

- Sobre la *identidad de la cuenta bancaria*, como si se tiene la intención de depositar en la número 12345-00 y en realidad se deposita en la número 12245-00. En este punto es necesario recordar que, aunque no existe normativa que establezca esta exigencia, las empresas bancarias asignan a cada cuenta un número de serie, precisamente para identificarlas unas de otras y así

diferenciarlas al ejecutar operaciones. A su vez, en consecuencia, se depositarán los fondos a otro *titular*, es decir, en vez de depositarse los dineros a las persona de XXX se depositarán a YYY, con los efectos patrimoniales correspondientes para cada uno de los involucrados.

- También el depósito, que inicialmente se efectúa por una suma de dinero, puede quedar registrado por una cantidad diferente, esto por ejemplo, cuando se pretende depositar una cantidad de dinero de \$100.000.- (cien mil pesos) y figura registrada la operación en los medios tecnológicos por la suma de \$1.000.000.- (un millón de pesos), lo que acarrea consecuencias patrimoniales importantes.

Para comprender la facilidad con que el banco a través de sus funcionarios puede incurrir en esta especie de errores, basta con apreciar en el ejemplo propuesto, que la diferencia nominal de \$900.000.- (novecientos mil pesos) entre ambas cantidades se alcanza a través de una diferencia de un solo dígito de transcripción, agregando un "0" (cero) después de la cifra primitiva por parte del funcionario respectivo.

- Usualmente, el error va acompañado de negligencia, por parte de alguno de los sujetos involucrados en la figura, lo que deriva en responsabilidad. Es desde el punto de vista técnico un error operativo, en caso de nacer esta responsabilidad del banco.

4.3 Relación con el error como vicio del consentimiento.

A propósito del estudio del error en el depósito bancario de dinero, relacionaremos esta figura con la del error como vicio del consentimiento, con el objeto de determinar con claridad sus particularidades.

El error es estudiado por el Derecho Civil dentro de la Teoría del Acto Jurídico, ya que entre los elementos del acto jurídico junto con el objeto, la causa y las solemnidades, existe el elemento *voluntad*. Esta voluntad en los actos jurídicos bilaterales, es decir, aquellos en que existe declaración de voluntad de dos o más partes que acuerdan celebrar un contrato o convención, toma el nombre de consentimiento. Precisamente, el error es estudiado por la doctrina civilista como vicio del consentimiento o de la voluntad que afecta la validez de un acto jurídico bilateral, como por ejemplo, el contrato de depósito, o unilateral, viciando por ejemplo, la manifestación de voluntad efectuada por el testador en su testamento. Claro está, que el

depósito bancario de dinero, conforme lo ya expuesto, se trata de un acto jurídico bilateral, específicamente un contrato, convergiendo en su celebración al menos la voluntad de dos partes, por un lado el cliente o titular de la cuenta que en la generalidad de los casos efectúan los depósitos de dinero en arcas bancarias y por el otro lado la empresa bancaria, conforme lo ya estudiado.

El legislador regula el tema del error como vicio del consentimiento en forma general en los artículos 1451, 1452, 1453, 1454 y 1455 de nuestro Código Civil, donde indica las dos grandes especies de error, *error de derecho* y *error de hecho*. A su vez, distingue distintas clases de error de hecho, encontrándonos con el *error esencial*, *error sustancial* y *error accidental elevado a sustancial (en la calidad esencial)*.

Respecto del error en la ejecución del contrato de depósito de dinero y en relación a la clasificación expuesta en las normas recién señaladas del Código Civil, pareciera que se trata de un error de hecho, por lo que brevemente relacionaremos éste con la figuras descritas por el Código como tal.

Error Esencial

Lo consagra el artículo 1453 del Código Civil y se trataría de un error que impide el acuerdo o convergencia de voluntades y por ello, impide la formación del consentimiento, por lo que se lo denomina

error obstáculo. Nuestro legislador indica que se produce el error esencial en dos supuestos:

- Cuando se yerra sobre la especie o tipo de acto jurídico que se ejecuta o celebra.
- Cuando se yerra acerca de la identidad de la cosa específica de que se trata. En este caso, la hipótesis planteada por la ley en teoría parece perfectamente aplicable al error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, cuando en virtud de éste, queda registrada en el banco la operación por una cantidad de dinero diferente ya sea mayor o menor. También, pero visto como una hipótesis más lejana se puede considerar como error esencial, errar acerca de la identidad de la cuenta bancaria en la que se pretende efectuar el depósito.

Sin embargo, a pesar de la aparente similitud en las figuras planteadas, como veremos luego nuestro legislador estableció normas especiales a propósito del contrato de depósito en general que rige especialmente en estos casos en que supuestamente concurre el error esencial.

Error Sustancial

El aquel que recae sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa sobre la que versa el acto jurídico, en los términos del artículo 1454 del Código Civil. Además, y lo que resulta relevante para

nuestro estudio, se asimilan a esta clase de error ciertos errores accidentales y el *error in persona*, bajo determinadas condiciones.

El error en la persona asimilado al error sustancial, se trata de una especie de error en la que la equivocación o ignorancia recae sobre la persona con quien se contrata, cada vez que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato. El error puede recaer tanto sobre la identidad de la contraparte como sobre sus cualidades.

Como regla general, el error en la persona no vicia el consentimiento, este principio se quiebra cuando la consideración de la persona es determinante en la celebración o ejecución del acto. Cualquier acto puede ser celebrado en consideración a la persona de la contraparte, sin embargo, probar esta circunstancia es más fácil cuando existe una presunción en tal sentido, y es aceptada doctrinal y jurisprudencialmente tal presunción denominados *intuito personae* los actos que siempre son celebrados en consideración a la persona del otro contratante. La doctrina entrega los siguientes principios generales:

- Los actos de familia se presumen celebrados en consideración a la persona, por ejemplo, el matrimonio, en que no es indiferente para cada parte la persona de su contraparte.

- En los actos patrimoniales aquellos a título gratuito se presume *intuitu personae*, respecto a los actos a título oneroso en ellos rigen la presunción contraria a excepción de aquellos actos que establecen relaciones estables entre las partes o que suponen una habilidad especial de una de ellas.
- A este respecto es necesaria indicar que el contrato de depósito bancario, conforme a lo ya señalado es un contrato *intuitu personae*, por cuanto ello se encuentra demostrado en virtud de la gran cantidad de información financiera que la banca maneja y los innumerables documentos de solvencia que la banca maneja, tanto moral como económica que exige el banco al cliente para contratar la apertura de una cuenta bancaria. Por otra parte, y desde el prisma del cliente la elección de la empresa bancaria también constituye un acto de confianza en consideración a las cualidades propias de esta empresa.

Sin embargo, la identidad personal del uno o del otro contratante no invalida el contrato de depósito, según se estudiará a continuación.

4.4. Análisis del artículo 2216 de Código Civil.

Al realizar una revisión de toda aquella normativa regulatoria que afecta a la actividad bancaria en general y al contrato de depósito bancario en particular²⁸ no existe norma especial que regule detallada

²⁸ Ley General de Bancos, Instrucciones de la SBIF, Banco Central.

y específicamente el tema del error en la ejecución del contrato de depósito bancarios de dinero.

De este modo, para lograr una solución satisfactoria en el contexto de estas hipótesis de error, es necesario volver a las normas de derecho común que rigen la materia, recordando como se ha señalado, que el contrato de depósito bancario en su naturaleza jurídica es un acto mixto, sometido a legislación común y a la comercial.²⁹

Así, si pretendemos lograr una explicación adecuada respecto de la validez de un contrato de depósito afecto a alguna clase de error de hecho, necesariamente debemos determinar el verdadero sentido y alcance del Art. 2216 del Código Civil, que incidiendo directamente en el tema, se encuentra dentro del marco regulatorio específico de todo contrato de depósito, incluido el depósito bancario de dinero, que no es más que una especie de contrato de depósito irregular.

El Art. 2216 del Código Civil nos dice que:

“El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o acerca de la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato.

El depositario, sin embargo, habiendo padecido error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa

depositada le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito.”

Error en la identidad del otro contratante.

Según se desprende del tenor literal de la norma transcrita, el error acerca de la identidad del uno o del otro contratante no invalida el contrato, así por ejemplo, si aplicamos este artículo, es plenamente válido el contrato de depósito bancario en el cual, a modo de ejemplo, en la situación que el titular de una cuenta bancaria, deposite los bienes objeto del contrato en una cuenta diversa, por falta en la actuación del banco que acepta este depósito, ingresando los fondos en forma errónea, en definitiva esta entidad bancaria estaría incurriendo en error respecto de la identidad personal del titular en cuya cuenta se cargan los fondos o en términos del Código en la “identidad personal del otro contratante”, confundiendo el real con aquel falso a cuya cuenta se cargan los bienes entregados.

Pero continuemos aplicando el texto legal del Art. 2216 del Código Civil al caso propuesto.

Si los bienes depositados son dinero, esto es, bienes fungibles que no se encuentran en la situación descrita en el Art. 2221 no encontrándose en arca cerrada bajo llave ni con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, este depósito, según lo

²⁹ Ver Capítulo 2, 2.2.1, que entrega nociones sobre la naturaleza jurídica del

estudiado sería calificado de *depósito irregular*, en consecuencia, constituirían título traslativo de dominio para el depositario, el que junto al concurrente modo de adquirir, *entrega o tradición*, hace que el banco se haga dueño del objeto entregado, más aún, también se hace dueño el titular de la cuenta en que dicho dinero de depositó, quien es también depositario par estos efectos.

Si volvemos al caso arriba propuesto, hipótesis de error en la identidad del otro contratante en que incurrió el banco, y sumamos el hecho de que este mismo contratante o el titular de la cuenta bancaria errónea han recibido en propiedad los fondos, descubrimos los efectos que esta situación acarrea, ya que el contrato de depósito bancario según lo dispuesto por el Art. 2216 será perfectamente válido, y más aún a simple vista, se adquiere al dominio del dinero depositado por aplicación del Art. 2221. Tales efectos a nuestro parecer, a todas luces parecen injustos, para el contratante que no ha incurrido en error.

Más aún, al parecer las normas generales respecto del error no se aplican en la especie, es decir, toda la normativa general que encontramos en los artículos 1452 y siguientes respecto al tema, donde se aborda el error entre los vicios del consentimiento en todo contrato, parecen haber sido desplazado y modificado por un criterio de especialidad y *pro subjecta materia* del Art. 2216, que regula el

contrato de depósito bancario.

error precisa y específicamente respecto del contrato de depósito, dentro del cual el depósito bancario no es más que solo una manifestación del depósito irregular, denominado de ésta forma únicamente en atención a la calidad de banco que detenta una de las partes que lo celebra.

Error en la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada.

Pero también el Art. 2216 del Código Civil, prescribe que “El error acerca de... la substancia, calidad o *cantidad* de la cosa depositada, no invalida el contrato.”

Al definir el error en el contrato de depósito bancario, se estableció que podía recaer tanto en identidad de personas, como en la *cantidad* de dinero depositada, así, si de depositaba en cuenta bancaria la cantidad de \$100.000.- (cien mil pesos) y en definitiva figuraba en el banco la operación registrada por \$1.000.000.-, existiría un error respecto a la cantidad, en lo que respecta a la cosa depositada. Es evidente la injusticia respecto a otorgar validez a un contrato de depósito bancario de dinero celebrado en estas circunstancias, pero como ya se ha estudiado, el Art. 2216 es de aplicación especial, pues se encuentra dentro de las normas específicas que regulan el contrato de depósito y tiene plena vigencia en nuestro Derecho. Respecto de esta causa de error, por diferencia en la cantidad depositada, puede lucrar tanto el banco (cuando figura por

cantidad menor) como el titular de la cuenta (al figurar por cantidad mayor), los que perfectamente se encuentran en la posición de hacer perseverar el contrato como plenamente válido, en virtud de la citada norma, sin embargo, parece que el juez no debe oír y en justicia sólo dar valor a argumentaciones en el sentido contrario. Podrá, en conformidad al inciso segundo del citado artículo, y en todo caso, exclusivamente el depositario, que será el banco en el caso de contrato de depósito bancario o quien reciba en definitiva los fondos en su cuenta), a su arbitrio, restituir o no el depósito, esto es, devolver la especie entregada, en las situaciones que la misma norma indica, solución que deja en indefensión al depositante u otro legítimo dueño de los fondos entregados, que está impedido de impetrar este derecho en contra de quien recibe en su cuenta por error los dineros.

A modo de conclusión, estimamos que las soluciones que nos entrega este artículo 2216 del Código Civil, son injustas para las partes, y en consideración a que no existe un marco regulatorio especial dentro de las normas bancarias, es necesario abordar el tema del error de una manera crítica, ya que la única norma de derecho común que es posible aplicar en la especie, conforme lo visto conduce a resultados poco satisfactorios.

CAPITULO 5. Partes intervinientes en la figura de error en el depósito bancario de dinero.

5.1 El Banco y sus dependientes.

Ya al comienzo de este trabajo ha sido entregado un concepto de banco y se explicó la naturaleza jurídica de este tipo de instituciones, concluyéndose, a grandes rasgos y sin ánimo de caer en redundancia, nos encontramos ante una persona jurídica constituida como sociedad anónima especial de giro exclusivo y autorizado únicamente para realizar las operaciones que expresamente le reconoce la ley, y sujeto a fiscalización administrativa. El banco por ser una persona jurídica, obrará válidamente en el ámbito jurídico representada, por sus diversos estamentos que estudiaremos a continuación.

Al describir un modelo organizacional independiente de las características que cada banco comercial posee como institución en particular, se obtiene un estructura organizacional de carácter funcional y orgánica cuyas características se encuentran en la generalidad de las empresas bancarias comerciales.

El Directorio

Está integrado normalmente por siete miembros que se eligen en sesión extraordinaria de la Junta de Accionista. Representan los intereses de los accionistas o propietarios del banco. Funciona como

un organismo colectivo superior, encargado de diseñar las políticas de la institución y de dictar las principales resoluciones y órdenes ejecutivas por las que el banco deberá regirse. Controla, entonces permanentemente la gestión de la gerencia general. El presidente del directorio que es elegido por sus miembros conduce la Junta de Accionista y al directorio y ejerce la representación institucional de banco.

Gerencia General

Es la unidad encargada de la conducción de la organización; responde ante el directorio de los resultados obtenidos mediante sus gestión, es responsable de lograr una rentabilidad que sea atractiva, mediante la implementación de las políticas emanadas del directorio, para ello debe:

- Asegurar la consecución de los resultados del corto, mediano y largo plazo desarrollando e implementando los planes de acción derivados de las políticas generales emanadas del directorio, estableciendo los objetivos anuales, asignando los recursos necesarios y controlando el seguimiento de éstos por medio de las diversas unidades organizacionales del banco.
- Lograr el desarrollo y promoción de los instrumentos, servicios financieros y políticas crediticias más adecuadas a las exigencias que demande el mercado de capitales.

- Lograr la adecuación de las políticas del banco a las nuevas necesidades y exigencias del mercado, mediante una dirección ágil acorde con los cambios coyunturales detectados.
- Asegurar la adecuada asignación de responsabilidades y recursos para la consecución de una organización eficiente.
- Asegurar un buen clima laboral que permite una alta moral de trabajo así como la integración, seguridad, estímulo, logro, satisfacción y desarrollo a niveles personal y profesional, garantizando la adecuada utilización de las más avanzadas técnicas de gestión de recursos humanos.
- Conseguir la buena imagen y aceptación pública del banco como institución dedicada al servicio y desarrollo del país, del comercio, de sus clientes y de su propio personal, con alta competencia profesional y técnica y en estricto cumplimiento de las normas legales e institucionales.
- Velar por una gestión científica de la empresa.

Asesoría Legal, Fiscalía.

Es la unidad encargada de velar por que la estructura de la institución, su organización y su funcionamiento se ajusten a la legislación vigente, prestando el apoyo legal que corresponda a cada situación, además debe velar por la ejecución de las decisiones jurídicas en pleito, negociaciones, representaciones ante organismos

públicos o privados, formalización de contratos, documentos de crédito, redacción de actas y demás exigencias legales y reglamentarias. Proporciona también, un asesoramiento y orientación permanentes a los diferentes niveles del banco en todos los asuntos jurídicos que lo requieran, informando de los aspectos legales involucrados en sus diferentes áreas de gestión, ejerciendo una labor preventiva con respecto a las obligaciones contraídas y propiciando la capacitación necesaria en normas de funcionamiento.

Comúnmente la empresa bancaria, para actuar en determinados procesos judiciales u otras actuaciones específicas, y donde se necesita gran competencia, dedicación e idoneidad, confiará a abogados externos la ejecución de las mismas, los que en estricto sentido no son dependientes del banco.

Comité de Planificación y Desarrollo

Está integrado por el Gerente General, los Gerentes de Área (Por ejemplo, División Sucursales, Créditos, Finanzas, Operaciones y Sistemas, Administración, etc.) y el fiscal, y la función que le corresponde se refiere fundamentalmente a proponer cambios de políticas y estrategias según las condiciones del mercado, las nuevas oportunidades de negocio, los cambios estructurales y las amenazas o demás condiciones externas o internas que afecten a las operaciones del banco.

También, da el marco general para la implementación del anual y demás directrices ante los cambios de coyuntura o de legislación que afecten a las operaciones del banco. También, diseña y controla el cumplimiento de las políticas de crédito y el análisis de las situaciones de riesgo, determinando los límites de autoridad y los mecanismos pertinentes referidos al otorgamiento de créditos y a la recuperación de créditos morosos significativos.

Asesoría Económica

Tiene por función asegurar el correcto conocimiento técnico del mercado de capitales de modo que permita aportar a la gerencia general una visión amplia, real y correcta de la situación de éste, mediante la búsqueda y obtención de información económica adecuada y el análisis del mercado y su transformación en informes concretos sobre las diferentes alternativas , situaciones y hechos.

Auditoria Interna

Es el organismo del banco encargado de verificar que todas las operaciones del banco estén en concordancia con las normas dictadas por la SBIF. Deberá también comprobar la veracidad y exactitud de los registros contables y procurar que éstos sean llevados de acuerdo a los principios contables generales aceptados.

Dentro de sus funciones se agrega el verificar que se cumplan las instrucciones de la Gerencia y reglamentos internos, asimismo

detectar oportunamente los problemas y proponer medidas para solucionarlos. Destaca por su importancia como se verá, dentro de Auditoria Interna, el denominado Centro o Departamento de Procesamiento de Datos, cuya función fundamental es crear, abastecer, archivar, ordenar y conservar para su uso adecuado, utilizando los necesarios soportes tecnológicos e informáticos, el conjunto de información transaccional tanto respecto a operaciones bancarias, como en lo relativo contabilidad.

Gerencia de Comercialización

Es función básica de este organismo crear un marketing efectivo que contribuya a la evolución del banco a corto, mediano y largo plazo mediante un adecuado apoyo a las estrategias comerciales con la creación y desarrollo de instrumentos financieros rentables, de estrategias de distribución, campañas de publicidad y también, asegurar la buena imagen pública del banco, de manera que lo hagan conocido y atractivo a los diferentes niveles de influencia o interés.

Gerencia de Recursos Humanos

Esta gerencia asegura a la gerencia general los sistemas necesarios para mantener una estructura de personal eficiente y motivado, de la cual se tenga un conocimiento completo y fiel sobre su funcionamiento y estructura, más una coordinación, descripción y valoración de los puestos de trabajo. Asegura para el banco

procedimiento de selección y adaptación oportuna y adecuados para lograr la mejor adecuación de las personas a sus funciones, mediante la correcta realización de los procedimientos de reclutamiento, selección, de introducción al puesto de trabajo, de control del período de prueba y de la promoción de las personas más idóneas. Con ello se logra implementar sistemas de retribución equitativos, motivados y bien administrados, que asignen a los colaboradores una adecuada compensación económica, considerando la valoración del puesto, la calificación del desempeño, los indicadores del mercado de sueldos en general y de los demás bancos en particular.

Gerencia de Administración y Finanzas.

Tiene como finalidad asegurar el mantenimiento e incremento permanente de los volúmenes de captación, la defensa de la estructura y estabilidad financiera óptima del activo y pasivo dentro de los límites tolerables del riesgo.

Además es responsable de la perfecta prestación de servicios bancarios a clientes, del desarrollo del soporte administrativo básico y automatizado para las operaciones financieras y de una segura y eficaz previsión y administración de las máquinas, materiales e impuestos de oficina. Se divide esta unidad en las Subgerencias de Finanzas y Subgerencia de Administración.

Gerencia de Operaciones.

Es la encargada y responsable de la implementación de las políticas comerciales del banco, que aseguren una inversión segura y rentable de los recursos, una intermediación financiera ágil, óptima y rentable; por lo tanto, eficiente y eficaz. Además diseña una programación que le permita, a través de la gestión de sus unidades componentes Comercio Exterior, Colocaciones, Captaciones, Cobranzas y Cuentas Corrientes, asegurar la consecución de resultados comerciales, de rentabilidad, crecimiento, estabilidad, liquidez y buen servicio al cliente.

Corresponde a esta Gerencia de Operaciones la regulación de la actividad bancaria correspondiente a Captaciones, Depósitos, Contabilidad y Tesorería, junto a la unidad de Auditoría Interna.

5.1.1 Procedimiento de Captaciones, Depósito en Caja y Tesorería.

Para entender de manera más acabada la descripción del procedimiento de depósito, debemos circunscribir básicamente y en la generalidad de los bancos comerciales, a dos estructuras organizacionales, la de Área Captaciones y la del Área Tesorería.

Estructura Organizacional del Área Operaciones.

Dentro de ésta área, distinguimos en primer lugar, que en la cúspide de esta estructura se encuentra la Gerencia de Operaciones,

bajo esta unidad y en relación de dependencia directa, encontramos la Subgerencia de Captaciones, dependiente de ésta Subgerencia se encuentra el Departamento de Ahorro y el Departamento de Captaciones, que a su vez operan mediante Agentes Captadores.

El inicio del Procedimiento de Captaciones lo constituyen los depósitos de captación que son preparados y generados en la Unidad o Departamento de Captaciones. Los formularios de inversión son enviados al Centro de Procesamiento de Datos directamente para actualizar los archivos computacionales y obtener informes de salida que reflejen los saldos contables, el estado de cartera de inversiones y todas las salidas necesarias para la toma de decisiones. Todo este proceso es realizado en forma diaria en la medida en que se producen las operaciones. Al mismo tiempo una vez al mes (el último día hábil) el CPD emitirá informes mensuales que deben ser cuadrados con los saldos contables, para tener la certeza de que las operaciones del mes y las anteriores han sido reflejadas fielmente. Todos los informes y listados obtenidos se referirán a los distintos instrumentos en forma separada.

“El Área Captaciones realiza como principales tareas:

- Preparar los formularios que respalden las operaciones para que sigan el flujo normal de información.

- Una vez finalizado el horario de atención al público, preparar la información que reflejará las operaciones finiquitadas en la mañana y enviarlas, previa revisión, al Centro de Procesamiento de Datos para ser incorporadas a los archivos computacionales y al subsistema contable.
- Mantener un control del correlativo de los depósitos de captación y de los archivos mantenidos en el área.”³⁰

Al exponer los procedimientos referidos al sistema de depósitos estudiaremos el Proceso de Generación de Depósitos y los Procesos de Tesorería. A continuación efectuaremos una descripción de ambos procesos, a la luz de lo expuesto por el profesor Miranda Ubilla en su obra “Manual de Procedimientos Bancarios”, quien con una exposición de aspectos técnicos contables, da luces respecto al tema.

Procedimiento de Generación de Depósitos.

Así, en lo relativo al Procedimiento de Generación de Depósitos, encontramos que:

1. En primer lugar el cliente acude al banco para conocer las condiciones de la operación.
2. El agente captador atiende al cliente e informa las diversas alternativas de inversión.

³⁰ Miranda Ubilla, Hernán. *Manual de Prcedimientos Bancarios*. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Chile. 1982. Pag. 293.

3. Conviene con el cliente las condiciones del depósito.
4. Prepara en forma manuscrita el formulario de certificado de depósito en original y dos copias. Firma el documento.
5. Entrega el formulario al cliente y le solicita pase a caja a efectuar el depósito. El cliente recibe del agente captador el certificado de captación (original y dos copias) y pasa a la caja a efectuar el depósito.
6. El cajero recibe del cliente el depósito y comprueba la suma de capital indicada en el certificado. Estampa el timbre de caja en el original y las dos copias del certificado. Aquí interviene un funcionario de importancia en relación al tema del error en el depósito, el cajero dependiente de la Unidad de Tesorería, pues es relevante la información que se encuentra dentro de su esfera de manejo, tanto en lo relativo a la recepción de datos, cuanto a la emisión fidedigna a los demás funcionarios que forman parte del proceso, de modo que su error puede producir falsas representaciones en funcionarios posteriores dentro del sistema.
7. Registra el depósito recibido en la planilla borrador de caja.
8. Entrega el original del certificado al cliente y conserva las dos copias. Finalizado el horario de atención público, envía las copias 1 y 2 del certificado al Departamento de Captaciones.

9. El agente captador recibe del cajero la copia 1 del certificado y con ella revisa la correlatividad de los documentos. Así conforme a éste modelo abstracto de procedimiento, efectúa una primera revisión a la actividad desplegada por el cajero.
10. Prepara la documentación para enviarla al Departamento Procesamiento de Datos, que incluye preparar el total del control mediante sumatoria del monto de capital indicado en el certificado de depósito.
11. Prepara con copia "Resumen Diario para Centro de Procesamiento de Datos" anotado el total de control obtenido en el punto anterior el número de documentos que se envían a proceso y el número inicial y final de los documentos incluidos.
12. Envía en resumen para el Centro de Procesamiento de Datos, su copia y la documentación, registrando en cuaderno control la hora y fecha del envío. Previo al envío solicita visto bueno al jefe del departamento. Solicita al Centro de Procesamiento de Datos la devolución de la copia del "Resumen Diario para el Centro de Procesamiento de Datos" con timbre de recepción conforme de los documentos.
13. El Centro de Procesamiento de Datos recibe la documentación enviada por el agente captador y revisa con los datos en el

Resumen. En esta fase se efectúa un revisión respecto a lo obrado por el cajero y al agente captador.

14. Devuelve copia del Resumen firmada y timbrada con hora y fecha de recepción y entrega la documentación a entrada de datos, que efectúa el procesamiento de datos y obtiene informe.
15. Remite los listados obtenidos y la documentación fuente (copia 2 del Certificado de Captación) al Departamento Captaciones.
16. El Agente Captador, recibe del Centro de Procesamiento de Datos los informes y copia 2 de los certificados de depósitos..
17. Revisa los informes y la documentación recibida, especialmente verifica que los datos contenidos en los certificados de depósitos hayan sido correctamente digitados, verifica que los montos de captación hayan actualizado los saldos contables en forma correcta y comprueba que todos los certificados de depósitos hayan sido incorporados en los archivos computacionales.
18. Anota en cuaderno de control fecha y hora de recepción y tiempo de proceso. Si la actualización y digitación están correctas, prepara formulario para Unidad de Contabilidad General del banco, efectúa además la anotación en el Mayor Auxiliar de Subsistencia.
19. Archiva la copia del formulario "Resumen Diario para Unidad de Contabilidad General" por fecha y envía el original a la Unidad

de Contabilidad General. Archiva la copia número 2 del certificado de depósito por orden correlativo y archiva los informes.

Después de esta descripción abstracta respecto al proceso de generación de depósitos bancarios, debemos concluir que las unidades internas dentro de la estructura bancaria, que tiene mayor ingerencia en aspectos relacionados con el error en el depósito bancario de dinero son el Agente Captador, Cajero (Tesorería), Centro de Procesamiento de Datos y Unidad de Contabilidad General, quienes interactúan a través de un sistema de control horizontal y vertical, como se ha descrito.

Procedimiento General de Tesorería.

Conceptualmente, la unidad de Tesorería, dentro de un esquema bancario, tiene por objetivo "el resguardo y el manejo operativo y contable del dinero efectivo con que trabaja el banco."³¹

Es a través de las cajas, operadas por cajeros, que se establece en gran medida la relación con el público por medio de las actividades que implican intermediación de dinero, tanto en recepción como entrega a clientes, traspaso de éste entre cajas o cualquier actividad que signifique movimiento del mismo.

³¹ *Id. Pág 485.*

Así, dentro de los movimientos básicos que realiza Tesorería está, la recepción de dinero, sea efectivo o cheque, mediante depósitos, pago de dinero a la presentación de documentos, resguardo de dinero en bóvedas de la Tesorería, registro contable de operaciones de caja a través de borradores de caja y de resúmenes diarios, control contable y físico por medio de arqueos diarios y periódicos, la comparación del saldo general de caja con el que refleja la cuanta de caja del libro mayor general, etc.

Tesorería, dentro de la estructura bancaria, depende del Agente de Operaciones, y el Tesorero asume la conducción de los Cajeros.

El Tesorero, dentro de una Sucursal u Oficina, es el jefe de los Cajeros y depende del Agente de Operaciones, tiene a su cargo la bóveda de la Tesorería. Es responsable en general, de la atención del público, de la adecuada provisión de dinero a los cajeros, del control de sus registros a través de arqueos, de conformidad del saldo de caja con el mayor, entre otras cosas.

La función de los Cajeros, es relativa a la recepción de depósitos, sean éstos en cuanta corriente, captaciones o de abonos varios que afecten a cualquier subsistema del banco, como también el pago de cheques, giros y cargos varios. A la vez, registran los documentos que reciban, en su borrador de caja.

Esta función será realizada por los diferentes cajeros en las secciones o subsistemas que correspondan, sirviendo de enlace entre éstos y el público, en lo que a movimiento de dinero se refiere.

Existen de éste modo, cajeros encargados de la sección cuantas corrientes (pago y recepción) en captaciones (ahorro y depósitos comerciales); en cobranzas para recibir el pago de letra y abonos por concepto de comisiones, impuestos y otros gastos; en créditos (recepción de pagos y gastos relativos a éstos); y también en comercio exterior, por las operaciones de cambio, importaciones y exportaciones.

La dependencia de los cajeros se sujeta en forma directa al Tesorero. Se hace responsable de la cuadratura diaria de su borrador de caja y del arqueo correspondiente que indica su saldo de caja, y esta responsabilidad se extiende al dinero que mantiene en su poder como saldo.

Respecto de los procedimientos de Tesorería y siguiendo a don Hernán Miranda Ubilla³², distinguimos dos tipos de Procedimientos, uno, por señalarlo de alguna forma, que involucra las relaciones Cajero- Tesorero y busca materializar de modo idóneo el control directo que le corresponde al Tesorero sobre el Cajero. Y existe, a su vez, otro procedimiento relativo a las actividades propias del cajero en

³² *Id. Pag 489.*

el manejo de su caja conforme a su función y responsabilidad personal.

Descripción Procedimiento Cajero Tesorero.

El Tesorero recibe pedidos de dinero de los diversos cajeros, por conducto de formularios cargos y abonos y entrega de dinero, todos para movimiento diario, detalladamente.

Supervisa la labor de cajeros, determinando las necesidades de atención al público en las diferentes unidades y distribuye los cajeros, según sea el recargo de público de la unidad respectiva.

El Tesorero supervisa las necesidades de pago del día siguiente, en variedad y cantidad, a su vez recibe y entrega remesas al Banco Central y otros bancos.

Al fin de la jornada, recibe dinero de los cajeros y lleva a cabo los arqueos correspondientes. Realiza un arqueo propio de Tesorería que, sumado a los saldos de caja del resto de los cajeros, conforman un saldo de cuanta de caja. Ordena la confección de planilla resumen de cajas, comúnmente señalando un turno entre los cajeros para estos efectos. Firma esta planilla resumen una vez confeccionada y revisada y envía ésta a la Unidad de Contabilidad General diariamente para la confección del Libro Diario y Mayor General, en lo que se refiere a la cuenta de caja.

Cierra la bóveda, usando la clave adecuada y tomando las medidas de seguridad necesarias, poniendo fin al proceso diario.

Descripción del Procedimiento de Cajero

Es el procedimiento relativo al movimiento diario de su caja.

En primer lugar el cajero solicita y recibe dinero para el movimiento diario de su caja, mediante un cargo a la cuenta caja de la sub cuenta Caja N°1 (que se trata de su caja) y un abono a la cuenta caja, sub cuenta tesorero, iniciando así su labor diaria.

El cliente llena un boleto de depósito en efectivo, una boleto de depósito con cheques, gira un cheque o presenta al cajero cualquier documentos que implique un cargo o abono a la cuenta caja y , a la vez, un abono o cargo a cualquier cuenta y que impliquen una operación con dinero.

El cajero recibe, revisa, constata, timbra y firma los formularios correspondientes, timbra los documentos, entrega comprobantes firmados y timbrados al cliente, recibiendo previamente el dinero o cheques en caso de depósitos o pagándolos en caso de cheques (previa conformación de los fondos de éstos e identificación del cliente).

El cajero registra los diversos comprobantes en las cuentas que corresponden en su borrador de caja. Entrega los comprobantes (depósitos, cheques, cargos abonos) periódicamente, previamente

cuadrados, los acompaña entregándolos a las personas encargadas de su confrontación en el subsistema respectivo.

El cajero al fin de su jornada cierra su borrador, sumando totales y cuadrando; luego, determina su saldo de caja, hace el arqueo respectivo, verificando si está conforme. Entrega su caja al Tesorero, conjuntamente con el borrador de caja, quedando el dinero en la bóveda para su custodia hasta el día siguiente. Con los borradores de caja, se confeccionará la planilla resumen de cajas, la que determinará el movimiento de caja del banco, diariamente, y el saldo de la cuenta caja. Se enviará este resumen una vez que todas las cajas cuadren con la contabilidad general, finalizando el procedimiento.

5.1.2 Uso de medios tecnológicos.

La gran cantidad de operaciones de dinero ejecutadas a diario en las diversas instituciones bancarias, hace necesario recurrir a avanzados medios tecnológicos e informáticos, para perfeccionar el sistema de acceso y control a éstas operaciones y con el objeto de obtener un mayor flujo de información entre las diversas unidades que conforman la estructura interna del banco.

Por otra parte, y no ya en un contexto auditor interno de la sociedad bancaria, la gran competencia entre las diversas instituciones bancarias por obtener clientela, y de este modo asegurar el desarrollo

progresivo de la actividad financiera y comercial proyectada, conlleva la obligación para todo banco comercial, de ofrecer servicios y productos financieros de excelencia y amplia comodidad para los usuarios, donde la aplicación de tecnología avanzada es primordial y determina el éxito de la empresa ante sus competidores.

El Chile la principal regulación de la prestación de servicios bancarios por medios informáticos y tecnológicos se encuentra en el Capítulo 1-7 de Instrucciones de la SBIF.

Ámbito de Aplicación.

Señala esta normativa que; "Las presentes normas se refieren a la prestación de servicios bancarios y la realización de operaciones interbancarias que se efectúan mediante transmisiones de mensajes o instrucciones a un computador conectado por redes de comunicación propias o de terceros, efectuadas desde otro computador o mediante el uso de otros dispositivos electrónicos (cajeros automáticos, teléfonos, PINPAD, etc.).

Dichos servicios comprenden tanto las transferencias electrónicas de fondos como cualquier otra operación que se realice utilizando documentos o mensajes electrónicos, o dispositivos que permiten a los clientes de la institución financiera la ejecución automática de operaciones. Además, estas normas alcanzan también

a las comunicaciones por vía electrónica que no den origen a una operación propiamente tal, cuando la información transmitida esté sujeta a secreto o reserva de acuerdo con lo establecido por la Ley General de Bancos.”³³

A su vez, se entrega un concepto de transferencia electrónica de fondos, señalando que como tal “se entienden todas aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas, tales como: traspasos automatizados de fondos efectuados por un cliente de una cuenta a otra; órdenes de pago para abonar cuentas de terceros (proveedores, empleados, accionistas, etc.); utilización de tarjetas de débito en puntos de venta; recaudaciones mediante cargos a cuentas corrientes (impuestos, imposiciones previsionales, servicios, etc.); giros de dinero mediante cajeros automáticos, etc. En general, comprenden las descritas y cualquier otra operación que se efectúe por aquellos medios, en que un usuario habilitado para ello instruye o ejecuta movimientos de dinero en una o más cuentas.”

De esta forma, la SBIF reconoce la existencia de estos medios tecnológicos tan necesarios para el desarrollo de la actividad bancaria contemporánea, pero además de reconocerlos establece su marco

³³ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. *Instrucciones. Recopilación de normas bancos y financieras . Capítulo 1.7. Transferencia electrónica de información y fondos.*2002

regulatorio, señalando los requisitos básicos que debe cumplir toda institución bancaria para habilitar esta clase de sistemas de transferencia electrónica de información o de fondos.

1. En primer lugar, de concurrir la voluntad del cliente, celebrándose un contrato anexo al de apertura de cuenta bancaria, así dispone que “para la prestación de los servicios deberá celebrarse un contrato entre la entidad financiera y el cliente, en el cual queden claramente establecidos los derechos y responsabilidades de cada una de las partes que intervienen en las operaciones.”³⁴

2. Debe existir el necesario respaldo de información respecto a las operaciones realizadas, de éste modo se procura disminuir la vulnerabilidad probatoria del sistema adoptado, mediante archivos y registros que contengan los mismos datos, en una base paralela. “Los sistemas utilizados, junto con permitir el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, deberán generar archivos que permitan respaldar los antecedentes de cada operación, necesarios para efectuar cualquier examen o certificación posterior, tales como, fechas y horas en que se realizaron, contenido de los mensajes, identificación de los operadores, emisores y receptores, cuentas y montos involucrados, terminales desde los cuales se operó, etc.”³⁵

³⁴ *Id. Pág 2*

³⁵ *Ibid.*

3. El sistema se encuentra en la necesidad de entregar la seguridad adecuada respecto de su acceso, haciéndolo restringido solo a aquellas personas que poseen un clave o password requerido para operar, de éste modo es posible determinar con certeza la persona del operador, en otras palabras, existe certeza respecto a la persona que ejecutó la operación bancaria, por cuanto utilizó determinada clave de acceso que impedía ejecutarlo a otras personas, que desconocían tal clave. Así la SBIF dispone que el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

4. La institución bancaria debe garantizar la continuidad de las operaciones frente a eventos fortuitos o deliberados. Las instalaciones y configuraciones de los equipos y redes, debes, junto con garantizar lo anterior, establecer procedimientos alternativos ante una situación de contingencia que pueda afectar o interrumpir el normal funcionamiento de los sistemas, en consecuencia "los sistemas deberán contener los mecanismos físicos y lógicos de seguridad para controlar que se ejecuten todas las operaciones que se inician, debiendo estar en condiciones de detectar cualquier alteración o

intervención a la información transferencia, entre el punto en que ésta se origina y aquel en que es recibida por el destinatario.”³⁶

5. En cuanto al monto de las operaciones las SBIF impone exigencias concretas en relación a este punto, prescribiendo que los sistemas que permitan ejecutar transferencias de fondos, junto con reconocer la validez de la operación que el usuario realice, deben controlar que los importes girados no superen el saldo disponible o el límite que se haya fijado para el efecto.

Para todos los sistemas de transferencia automática de fondos deberá establecerse un límite en los montos de transferencia con respecto a cada cliente con acceso al sistema. Cuando se trate de un servicio de uso masivo que no contempla la posibilidad de efectuar transacciones importantes, dicho límite podrá fijarse en forma general para todos los usuarios.

En todo caso, los sistemas deberán contemplar el cumplimiento de cualquier restricción normativa que pueda afectar una transacción, como es el caso de límites de crédito, sobregiros y retenciones, extracción desde cuantas de ahorro con giro diferido, etc

6. Los sistemas de transferencia electrónica de fondos deben entregar la información necesaria para que el cliente pueda conciliar los movimientos de dinero efectuados, emitiéndose en todo caso, en los

³⁶ *Ibid.*

terminales de acceso, un comprobante en que conste el detalle de la transacción u operación ejecutada. Particularmente se hace esta exigencia respecto de cajeros automáticos o dispositivos asociados al uso de tarjetas de débito.

7. Los requisitos impuestos a las empresas bancarias se extienden, como resulta lógico, a las empresas contratadas para efectos de intermediación electrónica, prescribe la SBIF que "las instituciones que contraten los servicios de una empresa de intermediación electrónica, deberán quedar en posición de verificar el cumplimiento de los requisitos básicos mencionados en los literales anteriores y de los demás aspectos que aseguren la autenticidad, integridad y confidencialidad de los documentos electrónicos y de las claves de acceso.

Dichas empresas deberán estar en condiciones de certificar, a petición de cualquiera de las partes involucradas, la validez y oportunidad de emisión y recepción de los mensajes transmitidos.

En todo caso, debe tenerse presente que la generación de algunos documentos electrónicos que constituyen documentación de carácter oficial para el cumplimiento de disposiciones legales, puede requerir la realización de las correspondientes operaciones de transferencias electrónica de información y fondos a través de una empresa de servicio de intermediación electrónica, de acuerdo con las

regulaciones o autorizaciones de los respectivos organismos fiscalizadores. Así ocurre, por ejemplo, con las facturas en relación con las normas del Servicio Impuestos Internos, con las planillas de imposiciones previsionales según las instrucciones de la Superintendencia de AFP, etc.”³⁷

8. Las empresas bancarias deberán ponderar la exposición al riesgo financiero y operativo de los sistemas de transferencia y considerar, en consecuencia, las instancias internas de revisiones y autorizaciones previas que sean necesarias. Se exige la contratación de profesionales capacitados para sostener soporte confiable de acuerdo al sistema utilizado. Así lo exige la SBIF, “para el adecuado control de los riesgos inherentes a la utilización de estos sistemas...que las entidades financieras cuenten con profesionales capacitados para evaluarlos antes de su liberación y para mantener bajo vigilancia, mediante procedimientos de auditoría acordes con la tecnología utilizada, su funcionamiento, su mantención y necesidades de adecuación de los diversos controles computacionales y administrativos que aseguran su confiabilidad.”³⁸

De este modo, cumpliendo con las prescripciones establecidas en las Instrucciones vigentes de la SBIF, cuyo objeto es siempre

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

garantizar la fé pública y la situación de los clientes del banco, las empresas bancarias se encuentran facultadas para hacer uso de medios tecnológicos, que sean necesarios para el desarrollo del propio giro.

5.1.4 Artículo 31 de la LGB. Viabilidad de la empresa bancaria.

Esta norma de la LGB, se encuentra ubicada dentro del Título II de éste cuerpo legal, que regula la constitución de las empresas bancarias, tema ya abordado al comienzo de éste trabajo.

Sin embargo, junto con reglamentar el uso de los medios tecnológicos utilizados por el banco en el desarrollo de la actividad, al ser construidos y utilizados por personas son susceptibles de falla o error en su funcionamiento, el legislador, a querido garantizar del mejor modo, que estas fallas y errores, aunque propios del sistema, ocurrirán lo menos posible o serán definitivamente reducidos al mínimo, para de ésta forma, garantizar el conveniente funcionamiento del régimen financiero.

El organismo público encargado de llevar adelante la fiscalización en esta materia es la propia SBIF, que, conforme se prescribe en el Art. 31, realiza su labor en la etapa de formación del banco, como forma de certificar que la nueva sociedad se encuentra facultada para

ejercer la actividad de su giro, y su proyecto de desarrollo sea viable en el tiempo.

En esta virtud, reza el artículo 31 en su inciso 3º:

“Cumplidos los trámites a que se refiere el inciso anterior (Trámites de existencia, culminados en autorización de existencia y estatutos), la Superintendencia comprobará, dentro del plazo de 90 días, si la empresa bancaria se encuentra preparada para iniciar sus actividades y, especialmente, si cuanta con los recursos profesionales, tecnológicos y con los procedimientos y controles para emprender adecuadamente sus funciones.”

No obstante, este especie de control preventivo se complementa con otro control, de mayor continuidad en el tiempo, y que se relaciona con la periódica clasificación de gestión y solvencia que establece el Título V de la LGB.

La SBIF, reglamenta el tema en particular, por medio de Instrucciones dictadas a tal efecto, donde destaca en la Recopilación de Instrucciones, el “Capítulo 1-13, Clasificación de Gestión y Solvencia.” donde se señala que “la evaluación de una entidad se realizará a través de diversas visitas de inspección, como asimismo mediante el análisis de información acerca de la institución evaluada y de

reuniones para estar al corriente de acontecimientos que inciden o pueden incidir en la marcha normal de la institución.”³⁹

Los principales puntos sujetos a inspección y evaluación son:

- a) Administración del riesgo de crédito y gestión global del proceso de crédito.
- b) Gestión del riesgo financiero y operaciones de tesorería
- c) Administración del riesgo operacional y tecnológico
- d) Recursos comprometidos en el exterior
- e) Control sobre las *sociedades* filiales y empresas de apoyo domésticas
- f) Proceso de planificación estratégica
- g) Sistemas de información de gestión de los negocios

Según este enunciado entregado por la Circular 3.043/1.324,28.01.00, un tema relevante y aspecto a evaluar será la *administración del riesgo operacional y tecnológico*, dentro de la empresa bancaria sujeta a inspección. Tal tema tiene una relación estrecha con el error en la ejecución del contrato de depósito bancario, ya que de ordinario las discordancias erráticas que traerán como consecuencia una falsa representación de la realidad respecto de un

³⁹ Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras. *Recopilación de Instrucciones de SBIF, Capítulo 1-13. 2002.*

depósito bancario, son obra del mismo banco, quien por falta de servicio de su personal, incurre en la conducta perjudicial para el particular. De este modo la SBIF, órgano de fiscalización especializado en la materia no se abstiene de prevenir tales conductas mediante un control regulado pormenorizadamente, basándose en el seguimiento oportuno de los riesgos y controles internos.

Respecto al objeto de la evaluación de riesgo operacional y tecnológico señala la SBIF que la evaluación "se centrará principalmente en los factores de riesgo que comprometen la continuidad operacional de la entidad, la seguridad de las operaciones y la calidad de la información requerida para el desarrollo normal de sus actividades.

En ese sentido, revelan una buena gestión, por ejemplo, situaciones o hechos tales como:

- La institución cuenta con una adecuada planificación a largo plazo para la infraestructura tecnológica y dispone de los recursos necesarios para el desarrollo normal de sus actividades y para que los nuevos proyectos previstos se concreten oportunamente.
- Las políticas orientadas a asegurar la continuidad operacional, resguardar la información y evitar transacciones no autorizadas, están de acuerdo con la naturaleza de los riesgos a que está expuesta la

institución, y su cumplimiento es objeto de un adecuado seguimiento por parte de la administración superior.

- La administración de los recursos tecnológicos contempla las actividades necesarias de desarrollo y mantenimiento, para que la operación de los sistemas computacionales y de telecomunicaciones estén razonablemente protegidos frente a errores, fraudes, pérdidas de información o interrupciones por fallas de hardware, software o funcionamiento de redes.

- La organización está capacitada para detectar, con la anticipación necesaria para ponerlos bajo control desde su inicio, los riesgos operacionales y tecnológicos asociados a la innovación o desarrollo de nuevos productos o servicios.

- La institución mantiene planes de contingencia debidamente actualizados, documentados, difundidos y probados, para superar discontinuidades en la provisión de los recursos humanos o tecnológicos y operar normalmente sus funciones críticas.

- La institución no ha incurrido en pérdidas patrimoniales significativas por errores operativos o fraudes atribuibles a debilidades de control, ni ha sufrido menoscabo a su reputación por fugas de información confidencial.

- La información enviada a este organismo no presenta atrasos ni rectificaciones relevantes que obedezcan a errores operativos, deficiencias de procesamiento o de control.
- Los resultados de las auditorías practicadas no han revelado deficiencias que pongan en riesgo la continuidad operacional, la seguridad de las transacciones y el resguardo de la información.”⁴⁰

Todas estas situaciones recientemente enumeradas y tomadas de Instrucciones de la SBIF, demuestran la existencia de una serie de situaciones indiciarias respecto a un correcto manejo operacional y tecnológico ejercido por la institución bancaria.

Sin duda que en concepto de la SBIF, el denominado *error operativo* es una realidad en el ejercicio del giro con el cual convivirán todos los bancos, sin embargo, del análisis de la normativa transcrita puede concluirse que no es la existencia de *errores operativos* la que se estima digna de sanción al momento de evaluar a una empresa bancaria, sino el hecho que esos *errores operativos* produzcan secuelas que afecten la acción de las sociedades bancarias, y además de la fe pública, acarree perniciosas consecuencias patrimoniales para los cocontratantes de estas sociedades.

Tales consecuencias desfavorables son:

⁴⁰ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. *Circular 3.043/1.324.00*

- La concreción de proyectos previstos desarrollar a mediano plazo.
- Realización de transacciones no autorizadas.
- Vulnerabilidad de los sistemas informáticos frente a errores, fraudes, pérdidas de información o interrupciones por fallas de hardware, software o funcionamiento de redes.
- Incapacidad para reaccionar frente a situaciones críticas.
- Incurrir la institución en pérdidas patrimoniales significativos por errores operativos o fraudes atribuidos a debilidades de control, o ha sufrido menoscabo su reputación por fugas de información confidencial.
- Deficiencias detectadas por medio de auditorias o informaciones remitidas a SBIF.

El error en el depósito bancario, será usualmente, una manifestación de estas conductas, circunscritas a esta figura jurídica en particular.

5.2 El titular de la cuenta bancaria

Es necesario referirse al titular de la cuenta bancaria como parte interviniente en la figura de error del depósito bancario de dinero, toda

vez que sufrirá las consecuencias patrimoniales que esta situación acarrea.

El término "titular de cuenta" es ampliamente utilizado en la legislación bancaria en general y en las instrucciones emitidas por la SBIF en particular, ello por cuanto al estudiar el capítulo 2-2 de la recopilación de normativa administrativa emitida por este organismo, al regular la materia de cuentas corrientes bancarias y cheques, y específicamente, la apertura de tales cuentas el vocablo "titular" resulta usado de ordinario, para referirse a la contraparte del banco en el contrato de apertura de cuenta corriente.

De este modo, tratando de elaborar un concepto del término titular señalaremos que se entiende por tal aquella persona natural o jurídica que cumpliendo con las exigencias mínimas prescritas por la SBIF abre una cuenta bancaria bajo su registro, encontrándose facultado a realizar todas aquellas operaciones convenidas con el banco y resultando obligado con éste conforme lo pactado en el contrato de apertura.

Se permite desde luego que una misma persona natural o jurídica contrate la apertura de dos o más cuentas bancarias, en todo caso, cada una de ellas constituirá una individualidad distinta de las demás, se le asignará un código o rol que la identifique, los registros

de cada operación efectuada en una de ellas no comprometerá a las demás y para todos los efectos se considerarán en forma separada.

Conviene aclarar que denominamos titular a aquella persona cuya solicitud de apertura resulta aprobada por el comité respectivo y materializa su interés en la suscripción del contrato de cuenta bancaria respectivo, lo distinguimos del simple "interesado", es decir, aquel que si bien realiza todos los trámites necesarios para ser titular de una cuenta bancaria finalmente no concreta la apertura de la misma, así la idea de titular de cuenta bancaria siempre irá aparejada al de cuenta vigente, cuenta existente o al de cuenta cerrada.

Todos los efectos jurídicos bancarios nacidos de un error operacional se radican, en última instancia, en el patrimonio del titular, ello por cuanto los fondos o dineros depositados en la correspondiente cuenta bancaria son de su dominio, y de este modo conforman su activo patrimonial, aplicándose el principio res perit domino, así, le afecta pecuniariamente el hecho, por ejemplo, que un error operativo del banco desvíe fondos desde su cuenta a otra. Esta otra cuenta necesariamente deberá tener titular, ya que todas las tienen, y por tratarse de una cuenta distinta (otra cuenta) el titular deberá ser también una persona diferente quien verá abultada su propia cuenta con los fondos desviados por error.

5.3 El depositante o su mandatario

Forma parte interviniente en la figura de error en el depósito bancario de dinero el depositante o su mandatario.

Como se ha explicado en el Capítulo 2 de esta memoria, a propósito del estudio del contrato de depósito civil y del depósito bancario de dinero, una de las partes celebrantes precisamente en el contrato de depósito, cualquiera sea su naturaleza, es el "depositante", sin embargo, efectuaremos una precisión respecto a lo indicado en dicho capítulo.

Es claro que en el contexto de un contrato de depósito civil mercantil o bancario considerado jurídicamente en abstracto, una de las partes será el depositante, esto es, aquel que confía la guarda de una cosa a otro, y ese otro, aquel que recibe la cosa entregada y se compromete a guardarla y posteriormente a restituirla, lo llamamos depositario. No son estos aspectos los relevantes en el punto que actualmente desarrollamos.

Lo que queremos hacer referencia, al hablar del depositante en sentido estricto o de su mandatario como interviniente en el error en el depósito bancario, es a la persona natural que concurre a una sucursal bancaria o al lugar destinado a tal efecto y efectúa materialmente el depósito de dinero efectivo o los documentos análogos de similar valor monetario. Estas personas naturales cumplen la función de depositantes ya que por ser el contrato de depósito un contrato real, lo

perfeccionan entregando materialmente la cosa al depositario. Esta persona natural comúnmente se tratará del titular de la cuenta bancaria, entendiendo la cuenta bancaria como un contrato preparatorio al depósito bancario de dinero, por ello, y principalmente por que todos los efectos del depósito se radican en la persona del titular de la cuenta simplificamos la figura asimilando al depositante con el titular de la cuenta bancaria y ambos como contraparte del banco en el contrato de depósito bancario. Pero en muchas ocasiones por diversos motivos no podrá concurrir personalmente el titular de la cuenta bancaria (o la parte depositante dentro del contrato de depósito bancario), sino que se concurrirá representado por mandatario instruido para tal efecto, radicándose los efectos de este depósito en el patrimonio del titular de la cuenta bancaria.

Cualquier error que se produzca a este nivel, siendo el más común el error en la elaboración por el depositante material de la boleta de depósito que se presenta, por ejemplo, señalando una cuenta diversa de aquella en la que se pretende efectuar el depósito en caja no advirtiéndolo el funcionario bancario, produce perjuicio para el propio titular, pero en este caso este depósito será imputable a una persona diversa del banco, sin perjuicio de la responsabilidad que ha esta empresa bancaria le corresponde, por falta del funcionario que no detectó el error en su oportunidad.

5.4 Los terceros.

En general, al hablar de terceros dentro de un contrato, nos referimos a aquellas personas que no son parte en el respectivo contrato, ya que al momento de la celebración del mismo no contraen obligaciones ni les pertenecen derechos dentro del mismo. A juicio de Meza Barros "son los que la doctrina denomina "verdaderos terceros" o *penitus extranei* son aquellos a quienes no liga ni ligará en el futuro ninguna relación con los contratantes. Para estos terceros rige plenamente el principio de la relatividad de los efectos del contrato. El contrato no puede conferirles o quitarles un derecho, convertirles en acreedores o deudores."⁴¹

Sin embargo, en virtud del efecto expansivo del contrato, este tiene una entidad real y objetiva que nace de su existencia en el mundo, y por lo tanto no puede ser desconocida su existencia ni sus efectos, por ningún individuo, en tanto realidad objetiva.

El asunto es que, en algunos casos, el contrato celebrado por dos o más partes afecta a sujetos de derecho ajenos al mismo, que no concurrieron al acuerdo que le dio nacimiento ni fueron contemplados en la ejecución de las obligaciones que emanan de éste, los que sin embargo se ven afectados en forma favorable o desfavorable, según las circunstancias.

No es el motivo de este estudio dar una acabada visión de la intervención de terceros dentro de un contrato, o su relación con las partes, por ser temas de una envergadura tal que exceden por mucho los objetivos planteados, pero si existen circunstancias peculiares que son dignas de mención.

Pensemos en el caso concreto de aquella persona que es titular de una cuenta bancaria, en la que por error operativo, se deposita una cantidad de dinero, no teniendo ella ningún tipo de injerencia, ni participación en la ejecución errónea del contrato de depósito bancario en cuya virtud se ven abultados sus propios fondos disponibles en el banco.

Esta persona, titular de cuenta bancaria, es desde luego, considerando el contrato de depósito ejecutado erróneamente entre depositario - banco y depositante - titular, un tercero, ya que no siendo parte en el contrato, si le afecta en su patrimonio, por lo que decimos que tiene un interés pecuniario.

Este tercero, que recibe una cantidad de dinero en su cuenta, sin realizar ningún tipo de actividad (recordemos que ese dinero llega a su cuenta bancaria por error), se encuentra durante un lapso de tiempo en una situación muy particular, ya que al encontrarse registrada esta operación en el sistema informático y procesados los

⁴¹ Mesa Barros, Ramón. *De las fuentes de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.

antecedentes dentro de las unidades de control interno de la entidad bancaria, es perfectamente posible que este tercero, titular de aquella cuenta a la que por error operativo se dirigieron las remesas de dinero depositado, retire el dinero, apropiándose de el, con animo de señor y dueño. Para ello utilizará comúnmente medios electrónicos, tales como cajeros automáticos, que facultan efectuar giros, una vez confirmada la existencia de fondos, que el sistema, al encontrarse consumado el error operativo, no se encuentra facultado a corregir por si mismo.

Por este motivo, llamaremos a esta persona que repentinamente ve abultada su cuenta bancaria "tercero beneficiario", ya que reporta el beneficio de ser titular de una cuenta que objetivamente es considerada por el sistema de información bancario con una cantidad determinada de fondos, superior al real, ya que se ve ésta se ha abultado por error, que coloca a este titular en la posibilidad fáctica de girar las cantidades y consumir los bienes fungibles monetarios incorrectamente depositados.

Ahora la gran interrogante que surge es ¿ante la posibilidad de error operativo, que faculta al tercero beneficiado por tal desliz a retirar esos dineros, al menos mientras no se detecta el error, como es posible restablecer las cosas a su estado ideal conforme a un desarrollo normal del proceso?, en otras palabras, existe algún tipo de

mecanismo jurídico susceptible de operar para alcanzar éste resultado? ¿que herramientas entrega el Derecho a los afectados para que, esos fondos lleguen definitivamente a la cuenta a la que se pretendió depositar?

Esas interrogantes pretendemos satisfacer a continuación, pero antes, en el Capítulo siguiente se efectuará una pequeña distinción respecto de las formas que puede adoptar en la práctica el error en el depósito bancario de dinero, solo con fines ilustrativos.

CAPITULO 6. Formas del error en el deposito bancario de dinero.

6.1 El depósito en cuenta diversa.

Ya señalamos en el Capítulo 4, que el error o falso concepto de la realidad puede recaer en la *identidad de la cuenta bancaria*, como si se tiene la intención de depositar en la número 12345-00 y en realidad se deposita en la número 12245-00. Dijimos que en este punto es necesario recordar que, aunque no existe normativa que establezca esta exigencia, las empresas bancarias asignan a cada cuenta un número de serie, precisamente para identificarlas unas de otras y así diferenciarlas al ejecutar operaciones. A su vez, en consecuencia dijimos que, producto de tal error operativo, se depositarán los fondos a otro *titular* al que llamamos *tercero beneficiario*, es decir, en vez de depositarse los dineros a la persona de XXX se depositarán a YYY, produciendo esta situación diversos efectos patrimoniales, dentro de los cuales el que a nosotros más interesa es la incidencia de un “tercero beneficiario” que se enriquezca con estos dineros llegados a su cuenta sin su voluntad, y por injusticia. Este es, a mayor abundamiento, el concepto en el que surge la figura del *tercero beneficiario*. Al intentar relacionar esta figura con la del *error en persona* propio de la Teoría del Acto Jurídico, actúa como norma neutralizadora el Art. 2216 del Código Civil, ya interpretado para estos efectos en el Capítulo 4 de éste trabajo.

6.2 El depósito por cantidad diferente.

El depósito, que inicialmente se efectúa por una suma de dinero, y según un criterio de normalidad en la marcha del mundo externo debe ingresar a una cuenta determinada por el depositante, y por la cantidad estipulada de dinero, puede quedar registrado por una cantidad diferente, esto por ejemplo, cuando se pretende depositar una cantidad de dinero de \$100.000.- (cien mil pesos) y figura registrada la operación en los medios tecnológicos por la suma de \$1.000.000.- (un millón de pesos), lo que acarrea consecuencias patrimoniales importantes. Este ejemplo es claro al respecto. La diferencia es solo de un dígito, pero la cantidad nominal sufre una mutación determinante, sea aumentando o disminuyendo la suma.

Al estudiar los procedimientos bancarios, descubrimos la determinante actuación en este sistema del Centro de procesamiento de Datos, dentro de la estructura interna del banco, y además destaca la labor del Cajero y el Tesorero, de manera tal que un error a nivel de cualquiera de estos funcionarios, eventualmente al momento de efectuar digitación o traspaso de información, aunque sea mínimo considerando las circunstancias de la especie, puede acarrear diferencias considerables en las cantidades, como bien lo grafica el ejemplo propuesto.

Por ultimo, diremos que el depósito por cantidad errónea diferente superior a la prevista, es susceptible de similar trato respecto de la suma de diferencia que el error en cuanta diferente a favor de tercero beneficiario, por cuanto existe una cantidad de dinero que aumenta fondos existentes por error, y que el beneficiario adquiere en dominio según veremos. La figura de este modo, en que al titular de una cuenta ve aumentado su caudal de fondos es similar, sea que se depositó en una cuenta diferente a nombre de un tercero, o bien en una cuenta por una cantidad superior a la prevista.

CAPITULO 7. Efectos del Depósito Bancario efectuado con error respecto del tercero beneficiario.

En este capítulos nos centraremos en las consecuencias jurídicas que acarrea la figura de error el deposito bancario de dinero en cuenta diferente, y específicamente respecto del tercero que recibe un depósito de fondos en la cuenta en que detenta titularidad.

7.1 Transferencia del dominio de los fondos depositados con error

Los fondos depositados en la cuenta bancaria del tercero beneficiario son adquiridos por éste en dominio según se explicará a continuación.

En efecto, el depósito bancario de dinero como ya se ha explicado a lo largo de este estudio dentro, de las calificaciones propias del depósito se trata de una especie de depósito irregular esto es aquel contrato en que el depositario, en lugar de la misma cosa que ha recibido, se obliga a restituir otras del mismo género y calidad. A su vez, según lo dispuesto en el artículo 2221 del Código Civil el depósito de dinero si no es en arca cerrada cuya llave o clave de acceso está en poder del depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, esto es, la ley faculta al depositario a efectuar actos de disposición respecto del dinero entregado, estos actos de disposición son propios al derecho real de dominio, siendo la facultad de

disposición el principal atributo del derecho de propiedad, por lo que el legislador al utilizar la voz "emplearlo" y después señalar que el depositario está obligado a restituir "otro tanto de la misma moneda", manifiesta claramente que el depositante transfiere sus derechos respecto de los fondos depositados.

También, el artículo 2216 del Código Civil estudiado a propósito del error en el contrato de depósito civil nos dice que "el error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante... no invalida el contrato". De este modo, aunque exista error en la ejecución de un contrato de depósito como lo es el depósito bancario de dinero la validez de este contrato subsistirá.

Del juego de estas dos normas, artículo 2216 y 2221, ambos del Código Civil, aplicados a la figura de error en el depósito bancario de dinero, y específicamente respecto del tercero beneficiario, debemos concluir que este tercero adquiere el dominio de los fondos depositados por error en su cuenta, invocando como título traslativo el contrato de depósito irregular y que este contrato no es anulable en virtud del error conforme a las normas propias que lo regulan, destacando entre ellas principalmente el artículo 2216 del Código Civil que no efectúa mayores distinciones por lo que no sería lícito al intérprete realizarlas.

7.2 El retiro de fondos

7.2.1 Distinción según el tipo de cuenta bancaria. Importancia.

Conforme ya se ha expuesto con anterioridad, el tercero beneficiario adquiere el dominio sobre los bienes depositados en la cuenta respecto de la cual detenta titularidad. Esta solución, que ha nuestro juicio exegéticamente es correcta, no lo es a la luz de los principios generales del derecho especialmente, el principio de buena fe que informa las relaciones jurídicas de derecho privado. En esta virtud es posible que la empresa bancaria asuma un rol activo y trascendente para obtener soluciones equitativas y justas al problema planteado.

El lógico que la institución bancaria que incurre en un error operativo de las consecuencia estudiadas, por salvar su imagen pública y garantizar la confianza dentro del sistema, procure utilizar mecanismos que permitan disminuir al máximo los efectos de un error operacional. Un elemento determinante del éxito de esta gestión dependerá a nuestro juicio del tipo de cuenta bancaria de que se trate, ya que según veremos las condiciones de contratación propias entregarán herramientas que el banco deberá utilizar.

7.2.2 Cuenta corriente bancaria.

Ya estudiamos los rasgos esenciales de este tipo de cuenta, aquí nos detendremos en una característica particular, la denominada "línea de crédito", que se pacta con la empresa bancaria dentro de las

condiciones generales de contratación al momento de celebrar el contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, y las cláusulas que contenga este instrumento deben ser aprobadas por la fiscalía de cada banco y ser concordantes con las normas legales y reglamentarias que rigen las cuantas corrientes.

Según lo dispuesto en el Capítulo 2-2, Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en su Título 2, número 1 de la Recopilación de Instrucciones de la SBIF, donde este organismo regula el tema, prescribiendo que las empresas bancarias pueden cargar en las cuentas corrientes de los respectivos deudores, el valor de los créditos que les hayan otorgado y que no hayan sido pagados a su vencimiento, siempre que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones:

a) que haya disponibilidad en la cuenta respectiva o que exista sobregiro autorizado.

b) que exista autorización escrita y expresa del comitente para el efecto; y,

c) que el cargo se efectúe solamente después de haber pagado los cheques recibidos en canje, el día en que se materialice dicho cargo.

A nuestro juicio, un banco esta perfectamente facultado para imputar contractualmente a una línea de crédito, toda cantidad de

dinero que eventualmente a futuro ingrese a su cuenta producto de un error operativo. Así, por ejemplo en el evento que un cuentacorrentista reciba por equivoco operacional, una cantidad de dinero en su cuenta, en virtud de una cláusula integrante de las condiciones generales de contratación acordadas al momento de apertura de la cuenta, el banco puede imputarla a su línea de crédito, y de esta forma reparar el desliz. Se cumpliría con los requisitos previstos por la SBIF, ya que:

1.- Existiría disponibilidad en la cuenta respectiva, esta disponibilidad de fondos deriva de la propia situación de error, que hace existir este dinero en la cuenta, que sin el no existirían.

2.- Existiría autorización escrito y expresa del comitente, ya que el banco obviamente a resguardo propio, exigiría la firma de esta habilitación al momento de celebrar la apertura de la cuenta.

3.- El cargo se efectúa después del pago de la cantidad dinero al cliente. Debemos asimilar el depósito erróneo de fondos a una situación de pago. Se entiende que, por cuanto se adquiere por parte del titular de la cuenta el dominio respecto de los fondos depositados por error, ellos le fueron pagados, y surge un crédito al que se imputan estos valores, constituido a favor del banco para obtener éste la devolución de aquella cantidad de dinero.

Esta hipótesis es la que denominamos *mutuo forzoso*, por que externamente, el banco consideraría que los fondos ingresados por

error a una cuenta, son entregados en virtud de un contrato de mutuo de dinero ficto al titular de esta cuenta, quien los adquiere en propiedad, esto es, con posibilidad de utilizar y consumir civilmente esa cantidad de dinero, y por otra parte el banco se encuentra facultado por convenio expreso y anterior con el titular, a cobrar al titular o tercero beneficiario el importe total de estos dineros entregados por error, considerándolos como un crédito a favor del titular de cuenta, y dándole ese tratamiento. Si el banco acordase en éstos términos con cliente al momento de abrir la cuenta, dentro de las condiciones generales de contratación, y en definitiva se produce la situación de error, el mutuo de dinero sería forzoso, por cuanto siendo perfecto en la medida que se estipuló junto a las condiciones generales, ni el banco ha querido hacer entrega de cosas fungibles en calidad de mutuante, recordemos que traspasa fondos en virtud de error operativo, ni el mutuario a requerido dicho préstamo de consumo, sino que en ambos casos se ve como una forma de forzar a las partes a volver al estado anterior de las cosas y especialmente al titular o tercero beneficiario a restituir la cantidad de dinero, en términos del art. 2196 del Código Civil, restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad”, por medio de un contrato preconcebido y celebrado para tener efectos en una eventualidad futura, la eventualidad futura denominada error operacional.

Se debe, además, cumplir por parte del banco con la obligación de aviso de cargo, que prescribe la SBIF por medio de la Circular 2.903-1999 que reza "Cada vez que se realice un cargo a una cuenta corriente por cualquier causa distinta del pago de cheques, transferencia electrónica de fondos, incluido el retiro a través de cajeros automáticos y su respectivo impuesto, o del pago de servicios previamente pactados con el titular, el banco deberá despachar al cliente, en el mismo día en que se debite la cuenta, un aviso dándole a conocer el origen y monto del cargo afectado." Naturalmente que en el caso se trataría de un cargo emanado de una causa distinta a las enumeradas, lo que impone la obligación de aviso.

7.2.3. Cuenta a vista y cuenta de ahorro.

En los casos de existencia de cuenta a vista y cuenta de ahorro, nos encontramos con ciertas diferencias respecto a la cuenta corriente, que no nos permiten proponer una solución análoga.

Las cuentas vistas y de ahorro cuentan con su estatuto jurídico propio que no contempla en otorgamiento de línea de sobregiro, línea de crédito, ni existe la figura jurídica del cheque, por lo que es del caso concluir que la relación entre cliente titular y banco será diferente. sin embargo a nuestro juicio es concebible una figura de prevención similar el "mutuo forzoso" planteado a propósito de la cuenta corriente. Lo cierto es que naturalmente, en la apertura de una cuenta

a la vista o de ahorro, no va envuelta la posibilidad de disponer o de recurrir a otros fondos que no sean los que se encuentran efectivamente depositados en la cuenta del titular y de esa forma se cierra para el banco la posibilidad de imputar a una eventual línea de crédito fondos depositados por error, por la razón de ser ésta línea de crédito inexistente.

Siguiendo la línea argumental, sí el tercero beneficiario es el titular de una cuenta vista o de ahorro, disminuyen drásticamente para el banco las posibilidades de obtener la devolución de los fondos depositados por error en aquella cuenta, a esto debe sumarse el hecho que, generalmente son titulares de cuenta vista o de ahorro aquellas personas impedidas por el propio sistema financiero de abrir cuenta corriente, y a aquello sumemos que muchas veces el factor considerado es la insolvencia del solicitante o su falta de viabilidad financiera.

En consecuencia, es perfectamente posible, que un titular de cuenta vista, que maneje un saldo promedio mensual de \$200.000.-, al solicitar su saldo perciba que éste asciende a, por ejemplo \$1.000.000.- , aumentado por depósitos erróneos, decida efectuar los giros pertinentes en un lapso breve de tiempo, para hacerse del total de fondos depositados y una vez retirado el dinero, cerrar la cuenta vista o simplemente no hacer uso de ella. El banco en éste supuesto

no podrá imputar esos fondos depositados por error a ninguna línea de crédito, ni a otro tipo obligación contractual válida para perseguir la restitución, situación diferente en el caso de tratarse de cuenta corriente, donde parece ser más posible la restitución por medio de los mecanismos señalados.

7.3 Existencia de enriquecimiento sin causa.

El análisis de situación del tercero beneficiario, en la figura del error en la figura del error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, nos lleva plantear el problema respecto de la justificación jurídica de la adquisición en dominio del dinero a su cuenta traspasado, en virtud de este error operativo.

Es un hecho que concurren ciertos presupuestos que al menos nos plantean la posibilidad de cierta de encontrarnos frente a una figura de enriquecimiento sin causa, ello lo estudiaremos a cabalidad a continuación, junto con otros alcances relacionados con la responsabilidad civil que recae sobre el beneficiado por el error operativo bancario.

Por de pronto digamos que, existiendo por una parte una cantidad de bienes valiosos que ingresan a un patrimonio, no se aprecia la concurrencia de ningún antecedente jurídico que justifique el beneficio obtenido y el perjuicio sufrido, según explicaremos.

7.4 Existencia de perjuicio pecuniario.

El dinero, objeto material de la figura de error en el depósito bancario, es un bien fungible limitado, que se consume jurídicamente por su uso civil. Ahora bien al referirnos a los fondos depositados por error en una cuenta bancaria, estamos haciendo mención a la preexistencia de un traspaso de especies monetarias desde un patrimonio originario, esto es, esos fondos tuvieron origen y su titular anterior persona natural o jurídica, por una causa cualquiera, incluso por mera liberalidad, transfiere el dinero a otro. Existe disposición y enajenación de bienes, y así, detrimento material, real y efectivo, ya que al no seguir esos bienes el curso deseado por su titular, sino que son como se ha explicado, desviados, pasando a enriquecer a un tercero, con el cual no existía vínculo, obligación ni relación jurídica alguna.

Es posible que, en la práctica y previa aclaración total de los alcances, motivos y efectos del error operacional, el banco asuma, en forma de acto convencional con las partes afectadas, la entera responsabilidad sobre las consecuencias del acto erróneo, pero aún, si el tercero ya había realizado el retiro de fondos los que no resultan finalmente devueltos, traspase el gravamen por el monto total de la operación bancaria, al empleado de la institución que se detecte tuvo participación directa y cuya negligencia fue causa eficiente y precisa del error operacional. Esto, conforme lo investigado, constituye la

regla general en cuanto a la posición a asumir por la empresa bancaria ante éste tipo de situaciones.

7.5 Alcances éticos.

Más allá de los efectos jurídicos que se verán en seguida, cabe preguntarse si en el contexto de la moralidad y dentro de las obligaciones de toda persona con sus semejantes, entendida en su faceta humana pura, existe malicia o bondad, a la luz de las normas morales, que como sabemos no tiene la características de ser coercibles, esto es susceptibles de ser impuestas por la fuerza, sino que en su observación quedan al arbitrio del propio sujeto.

En éste contexto, acciones de bondad adecuadas a las normas morales que regulan en sus usos y costumbre a la sociedad no pueden ser impuestas por la fuerza, al parecer se entiende que cuando el bien jurídico protegido es de tal importancia y entidad social que su respeto y reconocimiento garantiza la adecuada convivencia social, supera el mero consejo moral y se cristaliza, de alguna forma, por su trascendencia social, en una norma jurídica. Tal es el caso del reconocimiento al Derecho a la Vida, la Libertad, y ya en un plano distinto, pero no menos importante, el Derecho de Propiedad.

Ahora bien, en relación con el tema de éste estudio, si bien el Derecho señala normas que en forma coordinada defienden el derecho de dominio en sus diversas facetas, el Derecho Civil en una fase de

regulación contractual del depósito, conforme a los argumentos de exégesis indicados en su oportunidad, no establece soluciones coercitivas para el problema planteado, traspasando al individuo al plano de la norma moral.

Sin embargo, si bien objetivamente no resulta aceptable que una persona (tercero beneficiario o titular beneficiario) lucre y adquiera en propiedad una cantidad de dinero que reconoce como ajeno, en los hechos existiría desde un punto moral, como herramienta de sanción la desaprobación social, lo que resulta al parecer un argumento insuficiente para obtener el resultado buscado, esto es, la devolución del dinero por parte del tercero beneficiario o el mismo titular, al que se depositan fondos en mayor cantidad que lo debido. Ello nos lleva a buscar dentro de las instituciones existentes en el Derecho, soluciones adecuadas para el problema.

Existirá sin embargo, un grupo de individuos que por su entidad moral, formación o bien por convicciones personales, adaptará su conducta al imperativo ético, efectuando la devolución de dineros, pero esta actitud tiene connotaciones estrictamente personales e individuales, naciendo del fuero interno de cada persona.

CAPITULO 8. Responsabilidad civil surgida del error en el depósito bancario

8.1 El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso.

Para acercarnos a un concepto del enriquecimiento a expensa ajena, injusto y sin causa, respecto del error en la ejecución del contrato de depósito irregular bancario de dinero, es preciso señalar que el contrato de depósito bancario es una noción predominantemente económica, implica un desplazamiento de valores apreciables en dinero desde un patrimonio a otro. Ahora bien, al señalar las características del contrato de depósito bancario de dinero, dijimos que se trataba de un contrato conmutativo, esto es, que las partes se obligan mutuamente a efectuar prestaciones que se miran como equivalentes, sin embargo en la práctica, aún en el más conmutativo de los contratos, imposible que exista una equivalencia absoluta en las prestaciones; más aún, cada parte se empeña en obtener una mayor ganancia o utilidad respecto de otra.

Del este modo, en la vida comercial y jurídica hay un constante enriquecimiento de los patrimonios a costa de otros, en estos casos normales de contratación, que constituyen la generalidad, el enriquecimiento del sujeto tiene justificación jurídica, aun cuando incluso moralmente pueda ser objetable, el Derecho no interviene ya que existiría un antecedente jurídico que los legitima.

En cambio, en el caso que nos convoca, el tercero beneficiario o el titular beneficiario de un error operativo bancario, trata de un enriquecimiento sin causa jurídica, lo que da origen a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa que en palabras de René Abeliuk "tiene por objeto precisamente evitar que una persona se enriquezca a costa de otra si no puede justificar jurídicamente este enriquecimiento."⁴²

En razón de un acto de una persona, en éste caso el retiro de partidas de dinero que llegaron por error a su propia cuenta, con repercusión en el patrimonio ajeno, se obliga a restituir lo adquirido ilegítimamente, o, más precisamente, indemnizar el empobrecimiento ajeno.

La acción de in rem verso.

Según indica René Abeliuk en su obra, "la acción de in rem verso o de repetición, es la que corresponde a quien ha experimentado un empobrecimiento injustificado para obtener una indemnización de aquel que se ha enriquecido a su costa sin causa."⁴³ La acción basa su existencia en el provecho obtenido por el patrimonio de una persona a costa de otra.

⁴² Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones .Tomo I.* Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago. Chile. 1993. Pág. 156.

⁴³ *Id.* Pág. 160

Como características se expone que la acción de repetición es personal, pues procederá contra la persona que ha obtenido el enriquecimiento. Es patrimonial, pues persigue la restitución de lo que ha recibido el enriquecido.

Como tal, es una acción perfectamente renunciable, cedible y transmisible, tanto en su legitimación activa como pasiva, y prescriptible. Además, conforme a las reglas generales, no habiéndosele señalado plazo especial, prescribe en 5 años.

La acción será invocada por la persona que el definitiva resulte perjudicada directamente en su patrimonio a consecuencia del error operativo, y se dirigirá en contra de quien haya aumentado su patrimonio, para obtener la restitución. Así, puede ser ejercida por el depositante, el titular de la cuenta donde se pretendió fallidamente depositar e incluso por el banco, por subrogación convencional con el cliente conforme el Art. 1611 del Código Civil.

La doctrina exige la concurrencia de 5 requisitos para impetrar esta acción:

“1° Que una persona experimente un empobrecimiento;

2° Que otra obtenga un enriquecimiento;

3° Una relación de causalidad entre ambos.

Estos tres requisitos los refundiremos en uno solo: el enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos.

4° Carencia de causa, y

5° La acción de in rem verso es susidiaria."⁴⁴

Enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos.

Par la procedencia de ésta acción es necesario que una persona haya sufrido un empobrecimiento en su patrimonio, la otra un enriquecimiento y que éste sea consecuencia del primera, esto es que el uno sea efecto del otro. El empobrecimiento debe existir en la persona del depositante, en la propia empresa bancaria, o en último caso, en aquel funcionario a quien el banco haga asumir el total de la responsabilidad. El enriquecimiento deberá acreditarse respecto a la persona del tercero beneficiado o del titular beneficiado por el error operacional, probándose que ha realizado el retiro de los fondos correspondientes a través de medios electrónicos que el banco coloca ordinariamente a disposición de sus clientes para tales efectos, como por ejemplo cajeros automáticos, que registran información sobre el giro efectuado. Tal probanza rendida es suficiente, a nuestro entender, para estimar acreditado el punto del enriquecimiento, ya que un retiro del dinero haría presumir el uso y consumo del mismo por parte del beneficiario, el enriquecimiento es en este caso una realidad objetiva.

⁴⁴ *Ib. Pág. 160.*

Figueroa Vásquez, abunda más aún en la objetividad de los supuestos de la acción señalando al respecto: “el carácter injustificado del desequilibrio económico producido da lugar a una obligación, y en ella no hay lugar a una valoración subjetiva de la conciencia o voluntad del enriquecido para determinar su responsabilidad. La acción in rem verso se diferencia así de aquella derivada de la responsabilidad extracontractual, ya que le son ajenos los conceptos de culpa que son particulares de ésta; le es más bien propia una naturaleza objetiva, similar a la responsabilidad por riesgo.”⁴⁵

Carencia de causa.

Para que tenga lugar la acción de in rem verso, debe faltar la causa, expresión que en éste caso está usada en el sentido de antecedente jurídico que justifique el beneficio obtenido y perjuicio sufrido. La acción de repetición se deberá argumentar sobre la base que el error no constituye para estos efectos antecedente jurídico suficiente para adquirir legítimamente los dineros depositados en propiedad. El tercero y el titular beneficiario no efectúan ninguna contraprestación a favor del depositante susceptible de invocar o hacer valer para exigir la retención de estos dineros, más bien se aprovechan de una situación producida y no buscada por su autor, para obtener provecho pecuniario. El punto es que, encontrándonos dentro del

⁴⁵ Figueroa Vásquez, Waldo Enrique. “La acción de enriquecimiento sin causa”.

contexto de un contrato de depósito bancario, el tercero o titular de cuenta beneficiario del error, como su denominación lo indica, no es parte en la operación, y de éste modo, no puede exigir prestación alguna, más bien cualquier bien que ingrese a su esfera de resguardo, lo hace sin causa y en teoría solo transitoriamente, hasta su restitución a su legítimo titular.

La acción in rem verso solo puede impetrarse a falta de otra.

Conforme lo estudiado en lo relativo a las normas generales y particulares por las que se rige el depósito bancario de dinero, no existe alguna acción particular, expresamente contemplada para resolver problemas de la naturaleza del planteado a propósito de la figura de error operativo bancario, de manera tal que se cumpliría con este requisito doctrinario, establecido con el objeto preventivo, de evitar el uso abusivo de una acción tan amplia como puede resultar la de repetición.

La doctrina por este motivo, sabiamente a nuestro juicio, impidiendo recurrir a ella sino a falta de toda otra acción que permita obtener la reparación. Si el legislador ha establecido otra acción al empobrecido, debe sujetarse a ella, que se supone está expresamente

establecida para la situación, y no a la in rem verso que deriva de las reglas generales.

Prueba del enriquecimiento sin causa.

La prueba deberá recaer sobre el empobrecimiento, el enriquecimiento, y la relación de causalidad y las circunstancias de cada uno de estos elementos.

La carga de la prueba corresponderá al actor en conformidad a los preceptuado por el Art. 1698 del Código Civil.

En la especie, deberá probarse la existencia del depósito bancario, conforme la información aportada por las partes del contrato, en particular por la empresa bancaria, su Departamento de Tesorería, Unidad de Operaciones y Procesamiento de Datos.

Todo mediante instrumentos que obren en poder del banco, la boleta extendida a tal efecto por el depositario; el mismo error operativo, acreditándose por medios instrumentales, retiros de dinero desde cajero automático, la constancia respecto de la o las transacciones bancarias efectuadas a través de medios contables, informáticos o electrónicos, por señalar algunos.

8.2 El pago de lo no debido.

Esta institución del Derecho Civil, pareciera basarse en un principio análogo al del enriquecimiento sin causa, veremos si es

susceptible de aplicación al asunto que nos convoca, el error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero.

En concepto de Mesa Barros "todo pago supone una deuda, una obligación destinada a extinguirse.

El que paga por error lo que no debe tiene acción para repetir lo pagado. La acción encaminada a tal fin se designa por la doctrina con el nombre que le daban los jurisconsultos romanos: *condictio indebiti*.

La obligación de restituir lo que se ha recibido indebidamente en pago tiene su origen, según nuestro Código, en un cuasicontrato.

El pago de lo no debido, en verdad, es un caso calificado de enriquecimiento sin causa; la obligación de restituir es impuesta por la ley para impedir el enriquecimiento injusto del que recibe el pago a expensas de quien lo verifica."⁴⁶

El pago de lo no debido se encuentra regulado expresamente en nuestra legislación, dentro del Código Civil en los Artículos 2295 y siguientes, que al reglamentarlo establece requisitos y elementos que restringen en grado sumo su aplicación.

En este orden de ideas, existe una similitud en los efectos de la institución, más que en sustancia y presupuestos de la misma, siempre respecto al enriquecimiento sin causa. Según lo visto, es plenamente aplicable la acción *in rem verso* para obtener la restitución de los

fondos depositados por error, no podemos decir lo mismo del pago de lo no debido.

Si bien se busca en ambos casos - enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido- la repetición de aquello que se transfirió o pago injustamente, difieren categóricamente en un elemento central, que es además un requisito de procedencia del pago de lo no debido, la obligación que se pretende extinguir por medio del pago, no existe pero en solvens, efectúa el pago creyendo en su existencia por error. Es decir, siempre en un caso de pago de lo no debido por falsa representación de la realidad el solvens creará extinguir una obligación supuesta, que en la realidad no existe.

Existe similitud también en la existencia del elemento error, no obstante en la figura de error en el depósito bancario de dinero, el error incurre en una circunstancia distinta, precisamente en que los hechos no siguen el curso normal esperado del procedimiento bancario establecido en sus formalidades y controles, lo que induce a que una cantidad de dinero se deposite en una cuenta distinta o por una cantidad diversa a la pretendida por el agente ejecutor del contrato. No se trata de extinguir una obligación que no existe, lo que faculta al solvens a repetir contra el falso accipiens, sino simplemente en

⁴⁶ Mesa Barros, Ramón. *De las fuentes de las obligaciones*. Novena edición. Editorial Jurídica. Santiago Chile. 1997.

efectuar devolución de dineros que fueron desviados a un patrimonio equivocado.

Insistimos en que los objetivos perseguidos son similares en uno y otro caso, y términos generales son volver las cosas al estado anterior, respecto de una transferencia de bienes interpatrimonial efectuada por error, pero pareciera por lo visto más adecuado perseguir la repetición por la vía del enriquecimiento sin causa, figura más amplia, aplicable plenamente al error operativo bancario, como ya se ha explicado.

8.3 El mutuo forzado o preacordado.

Hemos explicado con anterioridad, al momento de estudiar, en el Capítulo 7.2.2 el error operativo en el contexto de una cuenta corriente bancaria, que en la etapa de apertura de cuenta el banco acuerda junto al cliente las condiciones generales de contratación que regularán la relación jurídica entre ambos, complementando las cláusulas propias del contrato de cuenta corriente bancaria.

Dentro de estas condiciones generales de contratación, el banco puede asumir una actitud preventiva en relación con el tema del error operativo.

El banco se encuentra facultado en esta etapa de contratación, para acordar con su cliente una cláusula por la cual, en el evento de existir un error operacional que implique traspaso de fondos a la

cuenta corriente de éste titular como presupuesto fáctico básico, impute estos fondos como entregados al cliente en virtud de un mutuo ficto, celebrado junto con la apertura de la cuenta corriente, de manera tal que, considerando estos fondos entregados en virtud de un préstamo de consumo, pueda perseguir su devolución, y no se produzca un efecto de enriquecimiento sin causa para el titular o tercero beneficiario, sino que, por el contrario, exista una obligación perfecta contraída por el beneficiario, como deudor del banco que asume la calidad de acreedor.

Estimamos que se trataría de un mutuo forzado, por cuanto ni el banco conciente directamente en la entrega de los fondos ya que fueron entregados por error, ni el cliente lo solicita en calidad de préstamo de consumo, sino que asumen su calidad de partes en forma instrumental para precaver una situación de injusticia. Es natural que exista en principio la posibilidad para el cliente de regresar voluntariamente esos fondos a su legítimo dueño, antes de aplicar la cláusula y ejecutar el mutuo en forma impositiva.

Obviamente la aplicación de éste sistema preventivo de resarcimiento patrimonial, implica, en virtud del principio general de seguridad jurídica, acotar de manera precisa los elementos configurativos del error bancario, para garantizar en forma adecuada los derechos del particular. De éste modo, estableciendo expresamente

los presupuestos necesarios para instaurar el error operativo y los mecanismos de resguardo para el cliente, empezando por la supervigilancia de la SBIF, es factible a nuestro entender llegar a soluciones de éste nivel, para prevenir los perniciosos efectos patrimoniales del error en el depósito bancario en particular y el sistema bancario en general.

8.4 Conclusiones.

La acción in rem verso, que nace del enriquecimiento sin causa es, a todas luces, la vía jurídica civil que en comparación con el pago de lo no debido y las cláusulas preventivas se aprecia más adecuada y completa para obtener la devolución de los fondos depositados por error en la cuanta del titular beneficiario.

Respecto al pago de no debido, pareciere ser una figura estrecha de específica aplicación que se forzaría en extremo buscar aplicarla a la figura en estudio. A mayor abundamiento, supone la existencia de un obligación civil falsa, que se pretende extinguir, lo que la diferencia más del error en el depósito, donde lo que fallan son mecanismo de control internos dentro de los procedimientos de contabilidad y tesorería bancarios.

Por otra parte, en el acuerdo preventivo estipulado en las condiciones generales de contratación de una cuenta bancaria, por su

esencia cautelar no entrega soluciones sobre situaciones pasadas o actuales, cuyos efectos están vigentes.

Así destaca la acción de repetición in rem verso, como el medio idóneo de solución al conflicto planteado, acción sobre cuyos alcances ya nos hemos referido con anterioridad.

8.5 Alcances procesales.

Dentro de las múltiples clasificaciones de acciones procesales que existen en nuestro sistema, la acción in rem verso se clasificaría como una acción ordinaria, lo que produce algunos efectos que son trascendentes.

Primeramente, este tipo de acción prescribe el lapso de tiempo de cinco años conforme lo expone el Art. 2515 del Código Civil.

También es importante señalar que esta acción ordinaria se tramitara en forma de juicio ordinario de aplicación general y de naturaleza declarativa, el que comúnmente, atendiendo la cuantía de los montos de dinero involucrados será de mayor cuantía. Será de éste modo, un juicio de lato conocimiento, que consta de diversas fases o etapas, principiando eventualmente por la solicitud de medida prejudicial precautoria, continuando en el período de discusión, de prueba, sentencia, por señalar sólo la primera instancia o grado de conocimiento jurisdiccional de los hechos y el derecho, que comúnmente se extenderá en la segunda instancia seguida ante la

Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva. La duración del litigio puede ser de varios años, lo que en la práctica la hace ineficaz o, al menos, le resta eficacia.

En esta virtud, sostenemos que la vía acción in rem verso, si bien interpreta en forma adecuada el espíritu de restablecimiento patrimonial, en los hechos hace difícil obtener una solución adecuada en un lapso de tiempo prudente.

Todo lo anterior aumenta en gravedad al considerar que es, según lo explicado, requisito y presupuesto de interposición de la acción in rem verso, la ausencia de toda otra acción útil en el empobrecido.

En efecto, ejercicio de esta acción esta subordinado a la condición de no gozar el empobrecido de ninguna otra acción en contra del enriquecido que le permita obtener la reparación a que tiene derecho. El fundamento de ésta subsidiariedad exigida se encontraría en que la acción de enriquecimiento se ha considerado desde sus inicios como un instrumento residual, destinado a aplicarse en aquellos casos en los que el Derecho positivo no llega, tal es el caso de la situación de error en el depósito bancario, en consecuencia, quien padece de pérdida patrimonial en virtud de un error operacional bancario, esta facultado a ejercer contra el beneficiario únicamente ésta acción, ya que no existe una propia de la figura jurídica. Ello es

posible concluir del estudio de normas generales de aplicación bancaria LGB y del compendio de Instrucciones de la SBIF, donde no se aprecia una regulación específica del tema, y por tanto con menor razón habrá una acción especial y eficaz creada para tal fin.

CAPITULO 9. Responsabilidad Penal surgida del error en el depósito bancario.

Al estudiar la responsabilidad penal que recae en la persona del titular de una cuenta bancaria beneficiado a consecuencia del error operativo en el ejecución del contrato de depósito bancario debemos en primer lugar realizar una pequeña referencia al delito económico, a cuya categoría pertenecería eventualmente la figura típica antijurídica y culpable por la que merecería sanción penal el beneficiario en calidad de sujeto activo.

9.1. Concepto de delito económico

Dentro de la teoría general del delito es posible efectuar una serie de calificaciones del delito ya sea en virtud de diversos aspectos tales como; bien jurídico protegido, sujeto activo, elementos que lo diferencian un delito de otro en relación a matices diversos dentro de sus propios elementos, etc.

Para lograr un acabado concepto del delito económico es menester en primer lugar aclarar que entendemos por economía. Entenderemos que "la economía es el régimen administrativo de cada uno de los múltiples aspectos de la vida de relación entre los hombres y del conjunto de todos ellos"⁴⁷, este podría considerarse un concepto amplio de economía y dentro del cual podemos encontrar

subconceptos que pretenden aclarar aspectos relevantes dentro del concepto general. Así, encontramos también un concepto de economía de mercado definida como la "forma económica en la que, moviéndose cada agente económico según su propio interés, se logra el equilibrio entre la oferta y la demanda"⁴⁸, y también podemos alcanzar un concepto de economía política entendida como la ciencia que trata de la producción y distribución de la riqueza.

Al analizar los conceptos de economía amplia, de mercado y política encontramos elementos comunes como la existencia de agentes, producción y distribución, oferta y demanda, y riqueza lo que nos lleva a concluir que dentro de la actividad económica existen sujetos respecto a los cuales se puede considerar tienen un patrimonio propio y que se interrelacionan patrimonialmente, procurándose cada uno de ellos el acceso a bienes de consumo y como principio general el bien de la comunidad.

Al momento de conceptuar el delito económico algunos autores en derecho comparado han distinguido entre un concepto estricto y otro amplio y al parecer este es el único medio para conseguir una cierta univocidad. Así podemos definir el delito económico en sentido estricto como la infracción "jurídico penal que lesiona o pone en peligro

⁴⁷ Enciclopedia Espasa-Calpe. Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid, Tomo XVI, Pág. 19.

⁴⁸ *Ibid.*

el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país”⁴⁹, según este concepto estricto el contenido del derecho penal económico queda reducido a los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, delitos monetarios y las infracciones de contrabando.

La aplicación de este concepto reduce excesivamente el contenido del derecho penal económico por lo que nace en respuesta una concepción amplia del mismo fenómeno “delito económico en el sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”⁵⁰.

Nos quedaremos con este concepto de delito económico que desde luego al mencionar expresamente la puesta en peligro de la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios a nuestro entender alude directamente todo tipo de fraudes bancarios, malversación de caudales públicos, abusos de créditos, apropiación indebida, falsedad de documentos, competencia ilícita, etc., por lo que la acción u omisión del titular de cuenta bancaria beneficiario del error operativo podría encontrarse dentro de alguna de

⁴⁹ Bajo Fernández, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1978.

⁵⁰ *Id.* Pág. 43.

estas hipótesis subsumidas en el sentido amplio de la concepción de delito económico.

Para otros autores pertenecientes a la doctrina nacional esta clase de delitos que importan un ataque al individuo en sus condiciones económicas están tratados en nuestra ley penal bajo el epígrafe de crímenes y simples delitos contra la propiedad o delitos contra el patrimonio⁵¹.

9.2. Bien jurídico protegido

Las leyes penales un producto de la actividad del órgano estatal, emanan del legislador quien tiene determinadas creencias y concepciones filosóficas y sociales, posee ciertos ideales que indican como en su concepto debe funcionar la sociedad. En consecuencia, al momento de dictar leyes buscará que ciertas acciones sean realizadas por lo sujetos destinatarios de la norma, estimando que estas acciones son buenas o correctas, y por el contrario, buscará suprimir de la forma más eficaz posibles la realización de otras conductas que cree dañosas, malas o incorrectas para el conjunto de la sociedad. Ahora el legislador estima incorrecta una conducta cuando daña un *interés*, y este interés es la posición de un sujeto frente a un *bien*, y este bien es todo lo que puede satisfacer una necesidad humana tanto material como ideal.

El bien pasa a ser un *bien jurídico* cuando el legislador estima este bien como digno de una especial protección, lo estima como valioso prohibiendo toda conducta que pueda lesionar este interés.

Existen diversos bienes jurídicos que son objeto de una tutela especial por parte del legislador, el principal y suprema bien jurídico es la vida, y así el legislador la protege sancionando contra quienes atentan contra este bien jurídico, estableciendo delitos tales como, homicidio, parricidio, auxilio al suicidio, aborto, por nombrar sólo los de mayor trascendencia.

La fe pública.

Ya nos referimos con anterioridad a este concepto cuando señalamos que la actividad bancaria descansaba sobre la fe pública como un soporte que cimentada relaciones de confianza entre el banco y sus clientes, lo que fundamentaba que aquellas personas con capacidad de ahorro postergando consumo presente por un mayor consumo futuro, entregando en el intertanto a un banco comercial la custodia y administración del dinero.

Señalamos en su oportunidad que la actividad bancaria por su propia naturaleza radica en la confianza pública, la comunidad espera una conducta ética de amplio desarrollo en sus relaciones de negocios con sus agentes económicos, prudencia y eficiencia.

⁵¹ Politoff Lifschitz, Sergio. *El delito de Apropiación Indebida*. Editorial Jurídica Cono

En esta virtud, la acción ejecutada por el tercero beneficiario y titular de cuenta bancaria, dirigida a obtener un provecho económico a través de una conducta de error operacional bancario, si fuera sancionada expresamente por el legislador mediante una norma legal destinada a tal efecto, evidentemente tal conducta reprimida por el órgano estatal atentaría en contra del bien jurídico *fe pública*.

La *fe pública* "supone siempre una intervención autenticadora de la autoridad pública que garantiza la veracidad de ciertas atestaciones o la genuinidad de ciertos objetos, o que impone la creencia de ellos"⁵². De esta forma se entiende actualmente el concepto de fe pública, más que nada como un derecho a la verdad que sería en el fondo el bien jurídico protegido.

Es destacable que la actividad bancaria gozará de fe pública, conforme lo anteriormente expuesto, en la medida en que sea la autoridad, representada por la SBIF y entendida como la vigilancia estatal, la que intervenga aseverando que una determinada actividad goza de fe pública en definitiva al parecer la idea que existe tras estos conceptos es que la autoridad, manifestada en el poder público estatal al confirmar una verdad o aseverar digna de confianza cualquier función ejecutada por otro órgano, como en el caso de una empresa

Sur, Santiago de Chile, 1987. Pág. 14.

⁵² Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo IV, Parte Especial. 1964. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. (1997).

bancaria, es la manifestación de la autoridad la que robustece de fe pública esta gestión.

El Derecho de Propiedad

El derecho de propiedad se encuentra definido en el Art. 582 del Código Civil el que reza: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno". A esta norma de rango legal debe agregarse todo lo previsto en el artículo 19 N° 24 de nuestra carta fundamental.

En efecto, el legislador no cabe duda, dentro de nuestro sistema, reconoce en el derecho de propiedad un bien jurídico sublime digno de la más amplia protección, no siendo un objetivo directo de este estudio abundar sobre este tema, sólo nos limitaremos a reconocer esta realidad.

Al ser reconocido el dominio sobre bienes corporales e incorporales como un bien jurídico digno de protección, el legislador ha señalado como dañosas las conductas que de acuerdo a su ideal social lesionan el derecho de propiedad, imponiendo sanciones a quienes pretendan vulnerar esta protección. De este modo, nace a la vida del derecho delitos tales como apropiación tanto por medios materiales como inmateriales, donde encontramos la figuras de robo, hurto, usurpación, dentro de las primeras. Y como formas de apropiación por

medios inmateriales hallamos la estafa, defraudaciones, apropiación indebida, giro fraudulento de cheque, por mencionar algunos.

Al centrarnos en la figura de error en el depósito bancario, según ya se ha expuesto, descubrimos que existe un sujeto que participa dentro de esta figura al que hemos denominado tercero beneficiario o titular beneficiario, tratándose de aquella persona que en última instancia se aprovecha en su propio beneficio del error operativo, y que ve como ingresa dinero a su propia cuenta bancaria, conociendo o ignorando su origen, pero que con certeza sabe que no provienen de fuente contractual u otra idónea de la que espere con certeza recibir remesas de dinero en su propia cuenta.

Es lógico concluir que, primeramente, este sujeto conoce, o no puede menos que conocer, que el dinero que consta en su saldo de cuenta corriente es ajeno y no debería porque haber llegado ahí, por tanto, bajo este supuesto, existiría dolo directo o eventual en una conducta que atenta en contra del derecho de propiedad que le empuja al legítimo titular de los fondos llegados por error a la cuenta del tercero o titular beneficiario. Más aún, si este sujeto retira los fondos depositados, y que conoce ajenos, por ejemplo por medio de cajero automático, y los consume civilmente o gasta, insistimos, sabiendo que eran ajenos, no queda más que llegar a la conclusión que el ejecutante de ésta conducta actuó de mala fé, con dolo directo

o eventual, sabiendo perfectamente lo que hacía, y con perjuicio patrimonial para el legítimo detentador de los fondos desviados. Así el bien jurídico protegido vulnerado es en éste caso el derecho de propiedad.

9.3 El delito de apropiación indebida.

A continuación, analizando los elementos pertinentes, buscaremos aclarar si la conducta desplegada por el tercero o titular de cuenta bancaria en el error en la ejecución del contrato de depósito bancario, que en virtud de este hecho retira los fondos, es o no autor del delito de apropiación indebida.

Como sabemos en doctrina penal rigen en su plenitud dos principios fundamentales cuales son el principio de reserva o legalidad y el principio de tipicidad.

Así, en virtud del primero de los principios aludidos, esto es, del principio de la reserva, que por lo demás posee rango constitucional encontrándose recogido en el Art. 19 N° 3, inciso 7 de la Constitución Política de la República de 1980, obtenemos de su aplicación que la ley es la única fuente de derecho penal, es consecuencia solamente la ley puede crear delitos y establecer penas asociadas a la ejecución de los mismos, es lo que se denomina el principio de reserva o legalidad en materia penal en sentido estricto.

Por otra parte, el principio de tipicidad, a grandes rasgos y en términos generales, impone que toda conducta que constituya delito debe estar expresa y totalmente descrita en la norma legal que establece el mismo hecho punible, surgiendo la idea de *tipo penal* que en definitiva es la descripción legal del hecho punible.

El principio de tipicidad también se encuentra garantizado en nuestra carta fundamental en el Art. 19 N° 3, inciso 8.

Serán elementos del tipo el verbo rector, esto es la acción o conducta sancionada, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, el objeto jurídico del delito, el resultado, las circunstancias y los presupuestos, para enumerar los principales componentes del tipo penal.

Luego de efectuar estas prevenciones, analizaremos el Artículo 470 N° 1 del Código Penal, que sanciona el delito de apropiación indebida, de acuerdo a lo dispuesto en la norma legal que establece el tipo penal describiendo expresamente la conducta que el juez en un caso concreto debe estimar como constitutiva de este delito.

Indica esta norma que "las penas del artículo 467 se aplicarán también: 1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla".

La apropiación indebida, es en consecuencia, un delito que consiste en quedarse con las cosas ajenas, infringiendo el deber jurídico de entregarlas o devolverlas.

Respecto al verbo rector "La figura de la apropiación indebida tiene dos verbos fundamentales, o sea, dos modos posibles de comisión: apropiarse y distraer. El concepto de apropiarse... comprende un elemento material, el ejercicio de actos de dominio sobre la cosa (ordinariamente, la disposición de la misma), y uno psicológico, el ánimo de señor y dueño. El elemento material en este delito, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, no consistirá en una acción física de apoderamiento, puesto que la cosa, por voluntaria decisión de su titular, ya se encuentra dentro de la esfera de resguardo y custodia del apropiante. Empero, algún elemento material debe existir, ánimo de señor y dueño no es suficiente para tener por consumada esta última. El elemento material se manifestará mediante la ejecución de actos propios del dominio, y a los cuales el título no da derecho, o bien mediante la negativa a entregar cuando llega el momento de la restitución o entrega y ésta es exigida"⁵³.

El beneficiario del error operativo, desde el momento en que retira los fondos dubitados desde su cuenta bancaria a nuestro

⁵³ Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo III, Parte Especial. Tomo III. 1964. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. (1997).

entender realiza un acto de apoderamiento material y se reputará poseedor de este dinero encontrándose en posibilidad jurídica de consumirlo, por ejemplo, gastándolo en la adquisición de bienes de consumo o extinguiendo obligaciones contraídas.

Podemos decir que el beneficiario del error al momento de extraer estos fondos de su cuenta se apropia de ellos por lo que su conducta quedaría encuadrada dentro del verbo rector apropiar.

El objeto material

El objeto material sobre el que recae el ilícito de apropiación indebida es dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.

Respecto del dinero debemos recordar que conforme lo estudiado en el capítulo 2.2 respecto del contrato de depósito bancario de dinero, el término comprende tanto las especies metálicas como el papel moneda de curso legal. En este punto como se aprecia, existe una similitud entre el contrato de depósito bancario de dinero y el delito de apropiación indebida, similitud que se basa en que en ambas figuras el dinero constituye objeto material. Por "efectos" entenderemos todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable. Y por "cosa mueble" todo objeto corporal susceptible de traslado en el

espacio complementado este concepto con lo dispuesto en el artículo 567 de nuestro Código Civil.

Particular importancia tiene para nuestro estudio la inclusión del término "dinero" en el artículo 470 del Código Penal por el legislador al prevenir y sancionar el delito de apropiación indebida, ello por cuanto, conforme todo lo ya expuesto, el tercero o titular beneficiario que retira fondos depositados por error en su propia cuenta, específicamente los bienes que son retirados son especies monetarias, esto es, dinero, lo que da lugar a plantearse con seriedad si esta persona al momento de desarrollar la conducta comete el delito en actual análisis.

El profesor Etcheberry efectúa una serie de distinciones en relación al bien objeto material del delito. Distingue entre cosas consumibles y cosas inconsumibles, (distinción que efectúa el derecho civil dentro de la teoría general de los bienes). Indica que "cuando se han recibido cosas consumibles (dinero, alimentos) para ser de ellas el uso que corresponde a su naturaleza, no será posible que surja una apropiación indebida, ya que el receptor adquiere la facultad de consumirlas, de excluirlas, y sólo tiene la obligación de restituir otras tantas cosas iguales, pero no las mismas recibidas. Hay una verdadera transferencia de dominio"⁵⁴. Similar observación es posible

⁵⁴ Etcheberry, Alfredo. *Op. Cit.* Pág. 427.

efectuar respecto de aquella distinción de las cosas muebles que las divide entre fungibles y no fungibles. Son fungibles las cosas que pueden reemplazarse las unas con las otras porque tienen un mismo efecto liberatorio y las no fungibles no admiten un equivalente que las reemplace. Una y otras pueden ser objeto del delito de apropiación indebida, pero en el caso de las cosas fungibles, dentro de las cuales se encuentra el dinero el delito sólo se consume con la negativa a restituir ya que hasta ese momento siempre existe la opción al sujeto activo de entregar o devolver una cantidad equivalente de cosas, caso en el que desaparece ciertamente la acción de apropiación y por tanto no existe delito.

El perjuicio

El texto legal del artículo 470 del Código Penal exige en forma expresa la concurrencia de este requisito para configurar este delito.

Para Sergio Politoff el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad, y de este modo la considera como un evento ajeno a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda aplicarse la pena o sanción penal, son circunstancias, en otros términos que no forman parte de la acción de la gente, ni son de las que se suponen indispensables para la plena configuración del hecho, sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para castigar la conducta. Este autor grafica su posición con un ejemplo "Si

A, habiendo recibido en depósito de B un objeto, lo vende *animus rem sibi habendi*, y después, arrepentido de su hecho, lo readquiere y restituye al derecho habiente en la fecha preestablecida, en idénticas condiciones a como lo recibió, ¿podría haber alguna duda que hubo una apropiación? Nos pare⁵⁵ce que es notorio que la hubo, ya que como hemos visto, a través de la venta con ánimo de señor y dueño se produjo la toma de posesión de parte del mero tenedor, lo que constituye, precisamente, la acción de apropiarse. Sin embargo, es evidente también que B no sufrió perjuicio alguno”.

El ánimo del legislador es el de sancionar, en consecuencia sólo aquellas conductas que produzcan un perjuicio patrimonial ya consumado, esto es, irreversible, por el cual una persona se ve privada en forma definitiva de un bien de su propiedad, este es a nuestro entender el verdadero sentido que el texto legal da a la palabra perjuicio. Una conducta de reparación por parte del beneficiario del error operativo bancario, en orden a devolver los dineros depositados por error en su cuenta, exime de perjuicio y produce como efecto la inexistencia del ilícito de apropiación indebida, en el caso que se pretenda aplicar a la situación esta figura penal.

Título que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa.

⁵⁵ Politoff Lifschitz, Sergio. *Op. Cit.* Pág. 225.

El título será aquel acto jurídico que sirve de antecedente al mero tenedor para detentar materialmente la cosa de la que a continuación el mismo se apropia. El artículo 470 del Código Penal enumera como títulos en virtud de los cuales el sujeto activo a recibido la cosa en forma expresa el contrato de depósito, del cual ya nos hemos referido latamente en este estudio, por ello nos centraremos únicamente en esta referencia.

El contrato de depósito, por esencia, produce respecto al depositario la obligación de devolver la cosa al depositante, conforme las reglas generales, por ello se dice que el depositario adquiere la mera tenencia de los bienes entregados en depósito, reconociendo el dominio del depositante sobre los mismos bienes.

Sin embargo, en lo referente al contrato de depósito bancario, esta especie de depósito es de aquellos que la doctrina califica como depósito irregular, de manera tal que el depositario adquiere el dominio de las especies depositadas encontrándose facultado para disponer de ellas conforme los atributos del derecho de propiedad. Así las cosas, en lo que al depósito bancario se refiere, mal podríamos hablar de mera tenencia atribuible al depositario, ya que este sujeto no reconoce a otro como dueño, por ser el mismo titular del derecho de dominio sobre las cosas entregadas en depósito irregular.

Por lo tanto, nos es fácil llegar a la conclusión que el depositario, esto es, aquella parte en el contrato de depósito bancario de dinero que recibe el dinero, función que correspondería en primer lugar al banco y con posterioridad y en calidad de receptor final de los fondos depositados, al titular de la cuenta bancaria a la que llegaron dichos dineros, no puede ser bajo ninguna circunstancia sujeto activo en el delito de apropiación indebida de dinero. Por tratarse de un depósito bancario irregular, el depositario final, o sea, dentro del contexto del error operativo el tercero o titular de cuenta bancaria beneficiario, al hacer dueño operando el modo de adquirir "depósito irregular", no se encuentra en la situación jurídica de obligación de entregar o devolver estos dineros llegados por error a su cuenta, y de esta forma se encuentra fuera de la conducta descrita por el legislador, a través del tipo penal recogido en el artículo 470 Nº 1 del Código Penal para sancionar el delito de apropiación indebida.

Confirmando esta postura, Sergio Politoff explica "La importancia del punto no puede ser más destacada. Permitir emplear el dinero, que es cosa consumible, es permitir que se consuma, ya que -como se sabe- no puede usarse una cosa consumible de otro modo que consumiéndola. Pero, quien consume una cosa dispone de ella, ejerce el *jus abutendi* inherente al propietario; de ello inferimos, tratando igual cuestión respecto de la prenda de dinero, que el título sería en tal

evento "traslativo de dominio" e incompatible con el presupuesto requerido por el delito de apropiación indebida.

De manera, pues, que esta modalidad anormal del depósito, en cuanto título traslativo de dominio que poco difiere del mutuo, no conduce jamás a la figura delictiva que nos preocupa⁵⁶.

En similares términos con firma esta posición doctrinaria el jurista Alfredo Etcheberry, quien invoca igualmente la característica de título traslativo de dominio que detenta el depósito irregular⁵⁷.

Ambos autores se refieren en forma amplia al depósito irregular, y no específicamente al depósito bancario de dinero, nosotros sabemos que por aplicación del artículo 2221 del Código Civil, este es un depósito irregular.

9.4 El delito de hurto de hallazgo.

Veamos a continuación si la conducta del tercero o titular beneficiario del error operacional bancario, es susceptible de ser sancionada o título del delito de hurto de hallazgo.

Este delito se encuentra regulado en el artículo 448 inciso 1º del Código Penal, que reza: "El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de medio sueldo vital, no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quien sea

⁵⁶ Politoff Lifschitz. Sergio. *Op. Cit.* Pág. 156.

⁵⁷ Etcheberry, Alfredo. *Op. Cit.* Pág. 433.

éste por hechos coexistente o posteriores al hallazgo, será considerado procesado por hurto y castigado...”.

La parte de la doctrina penal considera a esta conducta más cercana a la apropiación indebida que al hurto.

Para nosotros el interés que despierta esta figura se basa en la similitud que hay entre la conducta del que “halla” o “encuentra” una especie mueble, al parecer perdida, sin devolverla a su dueño con aquella otra conducta que se da en el contexto de un error operativo bancario, por el cual, el tercero o titular beneficiario se percata o descubre (halla o encuentra) que existe una cantidad de dinero en su cuenta bancaria, de la que se apropia sin efectuar la devolución correspondiente a su dueño. Existe de esta forma una cierta similitud en ambas figuras, descansando en dos puntos principales:

- El hecho de encontrar o hallar una cantidad de dinero que se sabe ajena.
- Las circunstancias de no efectuar la devolución de dichos dineros, sino persistir en su conservación e incluso disponer de él.

Veamos ahora si concurre en la conducta del beneficiario del error en el depósito bancario de dinero los elementos que exige el tipo penal de hurto de hallazgo.

Hallar una especie mueble al parecer perdida.

En este punto, la doctrina penal nacional está conteste respecto a que la pérdida o extravío de la cosa debe darse en un ámbito físico material, la cosa debe perderse en un sitio o lugar determinado, por ejemplo, en la vía pública, en un recinto determinado donde es finalmente encontrada por el delincuente. Así, es difícil imaginar que una cantidad de dinero depositada por error en una cuenta diferente se encuentre "perdida" o "extraviada", nosotros estudiamos ciertos procedimientos bancarios de depósito y tesorería, y al menos, existe la certeza en que un error operativo propio del banco, por la cantidad de resguardos de la información existente, así como por la propia reclamación del perjudicado, se descubrirá tarde o temprano, existiendo al momento del descubrimiento certeza absoluta sobre a que cuenta bancaria específicamente fueron desviados los fondos por error, el problema es que el lapso de tiempo entre la existencia del error operativo y su descubrimiento efectivo se prolongue en demasía, lo que entregue la posibilidad al beneficiario de efectuar el retiro de los fondos.

En consecuencia, al existir siempre información respecto al movimiento de cada cuenta bancaria y de cada operación ejecutada ya sea por el cliente o por la empresa bancaria, es dudoso que nos encontremos ante una hipótesis real y efectiva de "pérdida" o

“desaparición” en los términos exigidos por el legislador en el tipo penal de hurto de hallazgo.

No entregar la especie la autoridad o a su dueño siempre que le conste que sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo.

Tal requisito se cumpliría al no devolver el tercero o titular beneficiario los fondos depositados por error en su cuenta bancaria. La norma en estudio alude a la posibilidad que, en el evento de desconocer el titular de la cuenta bancaria al verdadero dueño de los dineros depositados por error, pueda realizar la devolución en forma indirecta a través de la autoridad. Esta situación también parece ser de dudosa aplicación al caso en estudio, ya que el titular o tercero beneficiario del error operativo, comúnmente para efectuar la devolución se entenderá con la institución bancaria respectiva o no con la “autoridad”, que dicho sea de paso, en el caso de la norma penal aludida se trata de la Municipalidad respectiva.

Que la cosa valga más de medio sueldo vital.

Este es un requisito objetivo del tipo penal que para el caso resulta irrelevante, ya que comúnmente el error operativo bancario versará sobre cantidades mayores a la estipulada en la norma.

Apropiación de la cosa.

En lo relativo a este requisito sólo cabe insistir que en la medida en que el beneficiario del error realice un efectivo retiro de los fondos

depositados, a nuestro entender, ya se habrá apropiado plenamente de los mismos, encontrándose facultado completamente para disponer de tales dineros. Así las cosas, ha de entenderse que mientras los fondos permanezcan disponibles en la cuenta bancaria, en la medida que llegaron a esa cuenta por error, sin mediar acto ni intención del titular de la misma cuenta, no existe apropiación alguna de dichos fondos, insistimos, mientras no sean retirados.

9.5 Conclusiones

Del estudio de los dos delitos -apropiación indebida y hurto de hallazgo- que en un primer momento podrían imputarse a la conducta del beneficiario del error al perseguir su eventual responsabilidad penal, podemos concluir lo siguiente;

1º Que el sujeto que se encuentra en esta situación no comete de modo alguno el delito de apropiación indebida, por tratarse el depósito bancario de dinero de una especie de depósito irregular que constituye título traslativo de dominio, según ya se ha explicado.

2º Que parece en extremo forzado asimilar la pérdida de un bien mueble en un espacio físico, al desconocimiento temporal sobre el destino de una cantidad de dinero depositada en una institución bancaria, más aún, cuando el desvío se produce por un hecho propio del banco, lo que a nuestro juicio descarta de planos la persecución de responsabilidad penal al beneficiario del error, imputándole delito de

hurto de hallazgo, amén de lo relativo que resulta para el favorece titular de la cuenta conocer o desconocer el verdadero dueño del dinero depositado, así como las características del acto restitutorio, que se ejecutaría primeramente ante el banco y no ante la autoridad como lo exige la ley.

3º Que conforme a los supuestos fácticos de la propia figura del error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, parecían ser estos delitos, apropiación indebida y hurto de hallazgo las herramientas idóneas para perseguir la responsabilidad penal del ganancioso y aprovechador del error operativo que se niega a restituir el dinero.

4º De este modo, no queda más que concluir que aplicando los principios de reserva o legalidad y de tipicidad, no existe una figura penal que describa expresamente la conducta del beneficiario del error bancario, estableciendo sanciones específicas a este sujeto.

CAPITULO 10. Vacío legal existente en la solución del problema planteado.

A modo de conclusión de las motivaciones generales nacidas a la luz de éste trabajo, al momento de determinar las normas jurídicas que regulen el tema propuesto, es posible determinar que no existe norma legal de derecho bancario, norma administrativa o reglamentaria bancaria, ni norma penal que regule el tema del error operativo en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero. Más bien es posible llegar a soluciones, lo más correctas posibles, a través de instituciones de aplicación general, como por ejemplo la acción de enriquecimiento sin causa, o buscar encuadrar la conducta del tercero o el titular beneficiario del error, dentro de un tipo penal vigente para compelerlo a devolver los dineros por temor a una sanción corporal, como se ha intentado efectuar a propósito del delito de apropiación indebida o bien del hurto de hallazgo.

En forma paralela es posible detectar que las instituciones bancarias son extremadamente discretas e incluso guardan celoso secreto sobre el tema del error operativo, lo que resulta entendible, toda vez que, basándose en sistema en la fe pública, según se ha explicado, es posible que reconocer abiertamente la existencia de errores, su naturaleza y formas de solución, afecte la imagen del banco, principal fuente de captación de clientes y en consecuencia de

fondos en depósito, lo que en términos generales, conforma el capital en que basa su actividad financiera la empresa bancaria, y como tal debe cuidar esta fuente de origen de capital.

Sin embargo el error operativo bancario no es una hipótesis lejana y fantasiosa. Sin ser lo común y ordinario en la actividad bancaria, es reconocido como existente y real en forma extraoficial por funcionarios bancarios contactados, principalmente en unidades de soporte computacional y tesorería, pero este tema no es el objeto de éste estudio, sino más bien su soporte fáctico, y así determinar la verdad estadística y cuantificar precisamente la entidad del problema, más bien parece un asunto que corresponde a otras áreas del conocimiento, superando la labor jurídica.

10.1 Normas legales bancarias.

En este estudio se ha hecho referencia a diversas normas que actualmente son ley vigente, pero que por desgracia, según podemos concluir, no resuelven el problema planteado, específicamente no realizan una labor preventiva directa, respecto del error bancario, ni resuelven expresamente el problema al momento de verificarse las consecuencias patrimoniales del mismo error. Planteamos en virtud del texto contenido en diversas normas legales pertenecientes a la LGB, como por ejemplo el artículo 31 de éste cuerpo legal que establece como vimos, la concurrencia de requisitos mínimos de viabilidad de la

empresa bancaria, o bien, las normas legales del Título Primero de la LGB, que informan y entregan directrices sobre la labor fiscalizadora de la SBIF, que la solución se obtendría de una adecuación de esta normativa al tema propuesto intentando solucionarlo.

Sin embargo resultados son insatisfactorios al pretender aplicar la éstas disposiciones al error operativo, la LGB más bien, establece un marco general al sistema bancario, no abordando específicamente el tema del error en el depósito bancario de dinero, ni aún el error bancario en términos generales.

A la luz de la normativa vigente en materia de depósitos en el Código Civil, Título XXXII, artículo 2211 y siguientes, que dicho sea de paso, en virtud del carácter de derecho común propio del Derecho Civil, son las reglas generales que rigen la materia, tampoco es posible obtener una solución a nuestro juicio adecuada sobre el tema.

En este punto señalar que, según se ha concluido en este estudio, de una concordancia entre los artículos 2215, 2216 y 2221 y 2216 todos del Código Civil, los resultados son insatisfactorios, ya que no podemos exigir la devolución de éste dinero depositado por error en la cuenta bancaria del beneficiario, por ser éste un depósito irregular, que constituye título traslativo de dominio y justifica en derecho la adquisición de éstos fondos llegados por error a cuenta bancaria, lo que impide, por lo tanto, obtener restitución.

Solo nos queda el camino de la acción de enriquecimiento sin causa, llamada *in rem verso*, desechando de plano la que entrega la institución del pago de lo no debido, por las razones expuestas en el Capítulo pertinente, y que se resumen en general, en la diferencia conceptual que aplica ésta institución, pago de lo no debido, que supone la existencia de una falsa obligación, esto es la suposición como real de una obligación que se pretende extinguir mediante el pago, la que en los hechos no existe, lo que redundaría en una falta de causa en el pago, que no cumplió por tanto su función extintora y hace nacer la obligación de repetir al falso *solvens* la cantidad entregada en ésta virtud.

Queda, como esbozamos, la posibilidad de la acción *in rem verso* interpuesta para buscar la restitución de los fondos depositados por error operativo bancario, pero, aunque en nuestro concepto es susceptible de interposición por parte del perjudicado y empobrecido patrimonialmente, por cumplirse todos los requisitos exigidos, surge una falencia que resulta ser decisiva, por tratarse de una acción ordinaria, que al interponerse da lugar a la formación de un juicio ordinario, esto es un procedimiento de *lato conocimiento* y de larga tramitación, la acción pierde eficacia jurídica, y pueden resultar en definitiva burlados los derechos del demandante que accionó *in rem verso*.

Por tanto, en virtud de lo expuesto, concluimos que no existen normas legales de derecho común que entreguen soluciones satisfactorias al problema propuesto.

10.2 Normas administrativas bancarias.

Al hacer referencia a las normas administrativas bancarias, como ha sido a lo largo de todo nuestro estudio, lo hacemos respecto de las Instrucciones dictadas por la SBIF, sobre ciertos temas que no se encuentran totalmente regulados en la ley, y que pretenden reglamentar, también en algunos casos, la SBIF en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras y de supervigilancia, impone ciertas exigencias a las empresas bancarias y financieras, para el desarrollo de su actividad en ciertos aspectos específicos.

La principal fuente de normas administrativas bancarias, de esta forma, será la Recopilación de Instrucciones dictadas por la Superintendencia, sin embargo de un estudio de los temas regulados en esta recopilación, el tema del depósito bancario, solo es abordado tangencialmente a propósito del análisis de las diversas clases de cuentas bancarias, señalando la forma en que se efectuará el depósito en cada una de ellas, pero no colocándose la norma en un hipótesis de error bancario y menos aún dando soluciones al respecto.

En este sentido, solo podría considerarse como Instrucción que aborda el tema del error bancario, aquella contenida en el Capítulo 1-

13 de la Recopilación, denominado "Clasificación de gestión y solvencia". Es del caso señalar que la SBIF, establece en el punto 3.3, Administración del riesgo operacional y tecnológico, como un ítem de evaluación, reconociendo que "errores" o bien "errores operativos", en la medida en que produzcan pérdidas patrimoniales significativas para el banco, serán indiciarios de una mala gestión de la empresa, lo que incidirá en una mala evaluación de gestión, conforme el Título V de la LGB.

Más referencias que ésta no es posible encontrar, por ello, concluimos que el tema del error operativo, no solo respecto al depósito bancario sino en relación a toda la actividad financiera, debe ser íntegramente abordado por la SBIF y complementarse en consecuencia la normativa administrativa actual en éste sentido, abordando el tema en forma completa.

10.3 Normas penales.

Ante el vacío normativo existente en normas civiles y administrativas bancarias, surge la vía criminal como el último eslabón al que es posible recurrir para compeler al beneficiario del error en el depósito bancario, a devolver los fondos llegados a su cuenta bancaria por error, ello por cuanto ésta conducta parece objetivamente digna de reproche, ya que un sujeto en los hechos de apropia de fondos que no le pertenecen.

En un primer momento, el delito de apropiación indebida parece ser la herramienta idónea de sanción, pero conforme al análisis detenido de esta figura legal, concluimos junto con cierta parte de la doctrina nacional criminalista más representativa, como es el profesor Alfredo Etcheverry y Politoff, que la conducta desplegada por el beneficiario del error en éste sentido es atípica, no perseguible a título de apropiación indebida, por falta de adecuación de la misma a la descrita por el legislador.

A igual conclusión abordamos respecto del delito de hurto de hallazgo, por los motivos ya expuestos en el capítulo pertinente.

Lo cierto es que fuera de ambas figuras, es difícil imaginar alguna otra que se adecue más a la conducta desplegada por el beneficiario del error en el depósito bancario que se niega a efectuar devolución de los fondos ingresados, en virtud de éste error, en la cuenta bancaria de la que es titular.

Por tanto, es de concluirse que existe un vacío legal, ya que ésta conducta en nuestro parecer es digna de reproche, ya que el sujeto activo, conoce que los dineros apropiados son ajenos, y persiste en la acción, estando de ésta forma al menos estructurada la faz subjetiva del ilícito, con dolo directo y siendo la faz objetiva muy similar a la de los delitos estudiados a propósito del tema, empero, la similitud no es suficiente y en conformidad al principio de legalidad y de tipificada,

debe existir una concordancia absoluta entre la conducta y la descripción que realiza el legislador, sin lo cual no existe delito, lo que evidentemente sucede en la especie.

CAPITULO 11. Soluciones al problema.

En éste capítulo tratará de proponer en forme breve y sistemática algunas soluciones al problema propuesto, para ello propondremos éstas desde una perspectiva legislativa y con posterioridad desde un ángulo contractual, por decirlo de algún modo de derecho privado.

11.1 Solución legislativa.

La solución legislativa consiste en proponer una regulación completa del tema del error bancario en general y del error en la ejecución del contrato de depósito en especial.

Normas Bancarias, Ley General de Bancos.

En este cuerpo legal, que establece el marco regulatorio general de la actividad bancaria, se debería en nuestra opinión, regular el tema del error bancario en el depósito de dinero, estableciendo primero un marco preventivo, y las estableciendo responsabilidades correspondientes a la empresa bancaria, incluidos en este ítem los funcionarios partícipes, la responsabilidad propia del titular de cuenta beneficiario del error que no efectúa restitución y mecanismos obligatorios de devolución de los fondos depositados erróneamente que son retirados y apropiados por un titular de cuenta bancaria.

Normas bancarias administrativas.

En nuestro concepto, el sólo hecho de señalar los criterios y formas en que la SBIF realizará la clasificación de gestión y solvencia de los bancos e instituciones financieras sujetas a su control, si bien, podrá considerarse como un método indirecto de prevención al error operativo bancario, no establece soluciones concretas en casos ya verificados de error. Es necesario de éste modo, que la autoridad llamada a controlar en toda su magnitud la actividad bancaria, aborde en concreto el tema del error bancario en general y en especial el error en la ejecución del contrato de depósito bancario de dinero, estableciendo criterios de solución al problema y protección a los contratantes de buena fe.

Normas legales penales.

Se ha dejado ver en este estudio, que usualmente existe, en la conducta del titular o tercero beneficiario del error en el depósito bancario, una conciencia de apropiación de bienes ajenos, esto es, los propios fondos llegados a su cuenta en virtud de éste error.

Cumpliría cabalmente el legislador una finalidad preventiva en éste sentido, estableciendo una figura típica de creación de un nuevo ilícito penal, bajo descripción completa y acabada de la conducta del titular de cuenta bancaria que efectúa acto de apropiación a sabiendas, o no pudiendo menos que saber, que los fondos llegaron a su cuenta bancaria consecuencia de error.

En la actualidad, en nuestra opinión, si el sujeto A retira dineros llegados a su cuenta por error, invoca depósito irregular como título de dominio, que hace desaparecer delito de apropiación indebida de aquellos fondos que sabe, o no puede menos que saber, y por tanto reconoce, como ajenos.

A diferencia de lo anterior, ante esta conducta del sujeto A, y por el elemento cognoscitivo concurrente, ya que toda persona que maneja una cuenta bancaria en forma medianamente ordenada dispone de información certera sobre su verdadero saldo en cuenta y respecto de la existencia de depósitos eventuales a corto plazo, hace a nuestro entender, presumir conocida la procedencia errónea de dichos dineros, obligando tácitamente al titular beneficiario a su restitución inmediata, toda vez que, en el evento de apropiación, comete el delito propuesto.

El legislador penal ha establecido a modo de ejemplo, al establecer el delito de receptación, previsto y sancionado 456 bis A de nuestro Código Penal. Exige la norma indicada la concurrencia de un elemento s subjetivo del tipo, de carácter cognoscitivo, esto es, que el sujeto adquiera a cualquier título un bien robado o hurtado, pero "sabiendo su origen", se entiende su origen ilícito, que se trata de una cosa robada o hurtada o "no pudiendo menos que saberlo" . Se trata como es lógico, que el sujeto no tenga la posibilidad de invocar

excusas de ignorancia respecto del origen de los bienes, si efectivamente son hurtados o robados, y que por lo demás tome todas las providencias del caso para determinar dentro de sus posibilidades el verdadero origen de las especies adquiridas, las que en caso de ser hurtadas o robadas debe abstenerse de adquirir, precisamente para no cometer éste delito.

En el caso del delito de apropiación de fondos depositados por error, esta presunción recae en el conocimiento del origen erróneo de esos dineros, en similares términos a los estipulados en el artículo 456 bis A del Código Penal, es decir el sujeto que por ejemplo, recibe una suculenta cantidad de dinero en su cuenta bancaria, y sabe que es ajeno, o que al menos se plantea esa posibilidad, y aún así, lo retira y utiliza apropiándose de este dinero, es quien concretamente debe conocer o no poder menos que conocer el, por llamarlo de algún modo, origen erróneo de aquellos fondos.

11.2 Soluciones contractuales.

Las partes que celebran el contrato de depósito bancario de dinero, banco y titular de cuenta bancaria, están facultadas para acordar métodos convencionales para establecer soluciones al problema propuesto.

Creemos que la forma más adecuada es a través de las denominadas "condiciones generales de contratación" que no son otra

cosa que cláusulas convenidas entre el banco y el cliente al momento de celebrar el contrato de apertura de cuenta bancaria, más usual en aperturas de cuentas corrientes bancarias. Estas condiciones constan en un instrumento suscrito por ambas partes contratantes, y las cláusulas deben ser aprobadas por la fiscalía de cada banco y ser concordantes con normas legales y reglamentarias.

Ya expusimos, en el Capítulo 8 de éste trabajo, sobre la posibilidad que el banco, facultado para tal acción por acuerdo previo, retire por su propia cuenta los dineros desde la cuenta donde se han depositado por error, o en caso de ser imposible ésta restitución por haberse dispuesto de los dineros, nazca un crédito a favor del banco o del perjudicado, que permita perseguir la devolución.