



Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final De Graduación De la Carrera de Abogacía

**LA RESPONSABILIDAD BANCARIA FRENTE A FRAUDES
COMETIDOS POR EL USO DE LOS SERVICIOS INFORMÁTICOS**

Por

MARISEL LILIAN GALLASSO

Comisión Asesora y Evaluadora:

Dr. Mischis Tomás

Dra. Librizzi M. Florencia

Córdoba, Argentina

2010



RESUMEN

Este trabajo se llevó a cabo a fin de dilucidar la responsabilidad que existe en las entidades bancarias por el fraude cometido por terceras personas ajenas a la relación contractual entre el banco y el cliente, por el uso de los servicios informáticos.

Se efectuó en primer lugar, un trabajo de estudio de legislación extranjera, las cuales poseen leyes específicas en el tema.

Tanto en Estados Unidos como en España se encontró normativa regulada sobre responsabilidades en casos de ilícitos perpetrados por medio de servicios electrónicos como son el cajero automático y la banca electrónica.

Aquí, en el ámbito nacional se reflexionó sobre doctrina especializada y se analizó jurisprudencia, teniendo en cuenta los ítems fundamentales sobre los que se hizo hincapié para sentenciar a favor o en contra de la responsabilidad de los bancos frente a estos fraudes.

Asimismo, se profundizó sobre los contratos de adhesión que aceptan los consumidores a fin de acceder a los servicios, que son utilizados luego por los bancos frente a una controversia con sus clientes.

Sobre la base de todo lo investigado se logra llegar a conclusiones que pueden contribuir a delimitar el marco de responsabilidad y las obligaciones o deberes a tener en cuenta cuando se determina la misma, tanto por parte de los bancos como de los usuarios de los servicios.



ABSTRACT

This work was carried out in order to elucidate the responsibility that exists in the banking entities by the fraud committed by third persons outside the contractual relationship between the bank and the client, by the use of the computer services.

It was effected first, a studio work of foreign law, which have specific laws on the issue.

Both in the United States such as Spain found rules regulated on responsibilities in cases of illegal perpetrated by means of electronic services such as the atm and electronic banking.

Here, in the national level is reflected on doctrine specialized and analyzed jurisprudence, taking into account the items on which emphasized for sentencing in favor or against the responsibility of the banks face these frauds.

It also deepened on membership contracts that accept consumers in order to gain access to services, which are then used by banks compared to a dispute with its customers.

On the basis of everything investigated is achieved reaching conclusions that can contribute to delimit the framework of responsibility and obligations or duties to take into account when determining the same, both on the part of the banks and users of the services.



DEDICATORIA

A mis padres la razón de mi vida, mis ejemplos a seguir, ejemplos de vida, de familia, de honestidad, de amor. Son quienes me inculcaron valores y educación, y que aún lo siguen haciendo con el mayor amor del mundo.

Siempre a mi lado, apoyándome y guiándome en cada paso que doy, los amo...

A mi novio, amor de mi vida, Leandro, por la paciencia, el amor, el aguante de todos estos años, acompañándome en mis buenos y malos momentos. Te amo...

A mis nonos Emilio e Irma que ya no están y que tanto hubieran ansiado estar en este momento, porque anhelaban con el corazón verme recibirme...los extraño mucho y los tengo siempre en mi corazón...

A los compañeros, amigos, familia y todo aquel que se alegre y comparta conmigo este momento...



AGRADECIMIENTOS

A Jehová Dios por sobre todas las cosas, la guía en todos los ámbitos de mi vida, sin Su ayuda y la fuerza que me dio no lo hubiera logrado...

A la Universidad Siglo 21, por darnos a los alumnos de Modalidad a Distancia la oportunidad de estudiar de esta manera, ya que de otra forma yo no hubiera conseguido este tan ansiado título...

A mis profesores de Tesis Dr. Mischis y Dra. Librizzi, por la orientación que me dieron, por las correcciones, que aunque duelan, siempre sirven para progresar y poder superarse...

A la Dra. María Eugenia Cantarero y Dr. Rafael Domínguez, siempre tan atentos en proporcionar soluciones y en apoyarme en todo momento...

A Ana Porta, por su ayuda, aliento y motivación en esta última etapa tan difícil de la carrera...

A María, compañera de estudio y amiga de por vida, nos conocimos por la Universidad, estudiando y logramos vencer la distancia...

A todos los aprecio mucho y jamás olvidaré este paso por la Universidad...



“Hijo mío...confía en Jehová con todo tu corazón, y no te apoyes en tu propio entendimiento. En todos tus caminos tómallo en cuenta, y él mismo hará derechas tus sendas...”

Proverbios 3: 5,6



INDICE

	Página
Introducción.....	9
Justificación, Metodología y Objetivos.....	12
Glosario.....	16
Capítulo I. Antecedentes históricos bancarios.....	18
1.1 Antecedentes en Estados Unidos.....	19
1.2 Antecedentes en España.....	22
Capítulo II. Antecedentes en Argentina.....	29
Capítulo III. Cajeros automáticos y Tarjetas magnéticas.....	34
1.1 Caso Rossen Bárbara c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario.....	37
1.2 Caso Traverso María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario.....	49
1.3 Caso Zappettini Raul Martín c/ Banelco S.A. s/ ordinario.....	53
Capítulo IV. Home Banking.....	60
Capítulo V. Contratos de adhesión. Contratos de home banking. Cláusulas de responsabilidad.....	65
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	75
ANEXOS	
Anexo I. Fallo Completo Rossen Bárbara c/Banco de la Ciudad de	78



Buenos Aires.....	
Anexo II. Fallo Completo Traverso María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario.....	80
Anexo III. Fallo Completo Zappettini Raul Martín c/ Banelco S.A. s/ordinario.....	82
Anexo IV. Contratos de adhesión a Banca electrónica	
Banco Bapro.....	88
Banco Macro.....	90
Banco Itaú.....	91



INTRODUCCIÓN

A medida que la tecnología se inserta más en nuestra realidad cotidiana, las entidades bancarias también optaron por ejecutar una tendencia a la utilización de nuevos servicios electrónicos para llevar a cabo las distintas y diversas operaciones con los clientes.

En este trabajo, se examinará y analizará el tema de la responsabilidad de las entidades bancarias por los servicios informáticos que prestan, cuando existen fraudes de por medio cometidos por terceros ajenos a la relación contractual o por fallas en el sistema bancario.

Estos servicios electrónicos, que pueden implicar la utilización de hardware o software, son usualmente utilizados por estas entidades a fin de agilizar las transacciones, ahorrar personal empleado por el banco y descongestionar sus instalaciones, entre otros beneficios. Pero a la vez pueden provocar, si no se guardan las debidas diligencias de seguridad, efectos no deseados por el cliente, resultando en perjuicios económicos para él.

En este contexto, el cliente se enfrenta a nuevas modalidades para operar con el banco que hasta hace poco no eran las habituales, con nuevas formas de transigir y nuevos servicios informáticos.

Por lo tanto, al ser más usados estos servicios informáticos en la sociedad, ya que proporcionan ciertas ventajas como son, la instantaneidad en las operaciones, agilidad, ahorro de tiempo y recursos, se debe tener presente también el factor “seguridad” a los fines de resguardar el patrimonio del cliente.

Entre los servicios informáticos que se verán se encuentran el de cajero automático y el de *home banking*.

Cuando los clientes de los bancos los utilizan sin conocer bien su procedimiento y los riesgos, pueden verse sometidos a ciertos peligros.



Estos servicios se proveen utilizando sistemas informáticos, softwares o medios digitales a los cuales los usuarios no se encuentran habituados, o no toman las diligencias debidas por falta de conocimiento.

Tanto el cajero automático como la banca electrónica o *home banking*, suelen verse acechados por cada vez mayor cantidad y diversidad de fraudes o maniobras delictivas. Obviamente también suele haber errores en los sistemas de software por los que se ocasionan perjuicios patrimoniales a los clientes sobre los cuales es necesario advertir y delegar responsabilidades.

A la vez, muchos casos últimamente de duplicación de tarjetas de débito para extraer fondos de una cuenta ajena fueron advertidos por los bancos, y respecto a éstos existe discrepancia también al determinar la responsabilidad.

Home banking o servicio de banca electrónica, también está expuesto a fraudes, el más común es el *phising*, que es aquel por medio del cual se obtienen datos claves de los clientes utilizando diversos tipos de engaño a través de las páginas de Internet de los bancos. Generalmente, las entidades bancarias no admiten poseer obligaciones para con los clientes afectados, y es asunto de este trabajo dilucidar la cuestión.

Asimismo, para acceder a estos servicios, principalmente al de *home banking*, el usuario debe aceptar un contrato de adhesión en la página web del banco, sin posibilidad de oponerse, lo que traería como efecto el no poder utilizar el servicio.

Es necesario descomponer estos contratos de adhesión impuestos por el banco, a fin de descubrir las cláusulas vinculadas a la responsabilidad, para así saber en que posición se encuentra el usuario, cuáles son sus mecanismos de defensa frente a estas estipulaciones y cómo responder con fundamentos jurídicos a las mismas.

Frente a este tipo de casos, es menester determinar en qué medida responde el banco y qué consecuencias trae para el derecho.



En función de esta problemática se procurará desarrollar información sobre los interrogantes planteados y arribar a conclusiones sobre la determinación de responsabilidad frente a los fraudes cometidos por el uso de los servicios informáticos y sobre leyes que amparen los derechos de los consumidores, para intentar atenuar los efectos negativos de las aplicaciones tecnológicas y del abuso de los bancos en su posición contractual frente al cliente.



JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Justificación del estudio del problema

En el la actualidad, los bancos se enfrentan a cambios en su forma de operar, producto del avance de las nuevas tecnologías. Aparecen nuevos servicios informatizados que conllevan un deber de diligencia mayor respecto tanto de las entidades bancarias como de los usuarios.

La importancia del tema radica en determinar en qué casos debe hacerse responsable el banco por los perjuicios sufridos por los clientes, unificar el criterio por el cual se determina la responsabilidad de los bancos frente a los fraudes cometidos por la utilización de estos servicios informáticos y también especificar qué información y de qué manera se debe proporcionar al cliente a fin de que éste también cumpla con su parte y sea responsable.

Asimismo se hará hincapié en la utilización de los contratos de adhesión por las entidades bancarias y sus efectos en la relación con el cliente.

Metodología

A fin de llevar a cabo la investigación sobre la responsabilidad que le corresponde a los bancos por los fraudes cometidos por el uso de servicios informáticos se ha recurrido a técnicas de investigación cualitativas.

En el Capítulo I se ha efectuado una breve introducción a la historia del sistema bancaria a fin de observar los avances que fueron surgiendo en sus modos de operar a lo largo de todo este tiempo.



También en el mismo capítulo se investiga por un lado cómo se maneja el tema de los servicios bancarios electrónicos en Estados Unidos y por otro lado en España.

La información referida a tanto a EE.UU. como a España se obtuvo accediendo a estudios realizados por consultoras y asociaciones, en base a publicaciones en medios especializados y también por medio de páginas Web de organismos gubernamentales.

Conjuntamente se efectúa un análisis de normativa referida al tema y cómo se aplica en dichos países.

En el Capítulo II se enmarca la actividad bancaria, su regulación en el ordenamiento jurídico argentino, el entorno, la relación con los clientes/consumidores y fundamentalmente se hace hincapié sobre los servicios electrónicos brindados por los bancos como son: el cajero automático y el *home banking* o banca electrónica.

A fin de desarrollar el Capítulo III en el cual se estudia el servicio de cajero electrónico y las tarjetas magnéticas, se eligieron casos reales, fallos, que se encuentran adjuntos en el anexo sobre temas vinculados con la problemática propuesta. Se analizará cada uno en particular, las causas, las diferentes situaciones, los probables responsables y en qué se basó el juez en cada caso para determinar responsabilidad o no en los sujetos.

Primero se efectúa un análisis individual, para ver si reúne los presupuestos necesarios para conformar la responsabilidad civil y luego se enmarcan dentro de la Ley de Defensa del Consumidor.

La fundamentación de los mismos es muy importante a fin de luego comparar cuestiones de fondo.

Para dicho Capítulo se analizan los fallos: "Rossen Bárbara c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario"; "Traverso María del Carmen c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario" y, "Zappettini Raúl Martín c/ Banelco S.A. s/ ordinario".

El Capítulo IV hace referencia al servicio bancario de banca electrónica o *home banking*, se hace una descripción del servicio, sus funciones, como opera y los riesgos a los que uno puede verse sometido



por su mal utilización o descuido. Se puede observar en este apartado como bajo las normas de la Ley Defensa del Consumidor se puede trabajar de una manera preventiva a fin de evitar fraudes y educar a las personas a utilizar este sistema adecuadamente. Al ser un tema tan actual no se ha hallado fallo ni jurisprudencia referido directamente al tema mismo, aunque por noticias en periódicos y diarios nacionales e internacionales se puede observar la relevancia del problema.

El Capítulo V hace referencia a los contratos de adhesión que uno consiente cuando contrata un servicio con el banco. En este caso se verán ejemplos de contratos de diferentes bancos y sus cláusulas. Se estudian especialmente casos en los que se encuentran cláusulas de exoneración de responsabilidad por parte del banco, o en donde éste se aprovecha de su mejor posición de negociación para establecer estipulaciones a su favor, perjudicando así a los consumidores y clientes.



Objetivos Generales:

- Determinar, luego de investigar jurisprudencia, doctrina nacional, y extranjera si existe responsabilidad en los bancos por los fraudes cometidos por terceras personas por el uso de los servicios informáticos brindados.
- Unificar criterios de responsabilidad entre las diversas opiniones doctrinarias y fallos de los bancos frente a fraudes cometidos por el uso de servicios informáticos.

Objetivos específicos:

- Analizar los diferentes casos propuestos y estudiados a fin de determinar las responsabilidades tanto por falta de diligencia de los bancos como por las omisiones de prestar el debido cuidado de los clientes.
- Proponer un criterio viable de interpretación y determinación de responsabilidades conforme el ordenamiento jurídico argentino.
- Explicitar los mecanismos de defensa que posee el usuario de estos servicios y bajo qué normas puede ampararse, basándonos en nuestro sistema legal.



GLOSARIO

Bancos/ Entidad financiera/ Entidad bancaria: términos utilizados indistintamente a fin de caracterizar a la institución que provee los servicios electrónicos de cajero automático y banca electrónica.

Ciberdelincuentes/Hackers: personas que utilizando sus conocimientos en informática y tecnología llevan a cabo ilícitos por medios digitales para obtener beneficios propios.

Fraude: estafa por medio de la cual se engaña a los usuarios de los servicios electrónicos a fin de apoderarse de sus datos personales o dinero.

Home banking/ Banca electrónica: término utilizado indistintamente que se configura como un espacio virtual en Internet dispuestos por los bancos para que sus clientes efectúen diversas transacciones a descontar de sus cajas de ahorro y/o cuentas corrientes.

Phising: tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas. Fuente: www.wikipedia.org.ar

PIN: (*Personal identification number* sigla en inglés) es la clave personal utilizada para operar con las tarjetas de débito, cajeros automáticos y en *home banking*.

Servicios electrónicos: Aquellos servicios que brindan los bancos a fin de que los clientes operen por medios electrónicos, digitales o tecnológicos, tales como el cajero automático y *home banking*.



Software: Es el conjunto de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de computación. Fuente: www.wikipedia.org.ar



CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS BANCARIOS

El negocio de los bancos es tan antiguo como la humanidad misma.

Sus primeros registros se remontan a Babilonia, aproximadamente tres mil años a. C, en donde el negocio bancario era efectuado por monarcas o el clero ¹ y luego por particulares.

Las operaciones primigenias que se realizaban eran de depósitos, préstamos, cobro de intereses, entre otras.

Llegando a la edad media se suma la función de recaudación de impuestos y otra operación típica de la época que fue la financiación de expediciones bélicas.

En Italia los bancos alcanzaron el desarrollo en su plenitud de todas las operaciones típicas de los bancos modernos, aunque, durante mucho tiempo dicho negocio se efectivizó de manera manual y el banco actuaba como intermediario del tráfico monetario.

Al finalizar el siglo XVI, se nacionalizan los bancos y se regula la actividad en Venecia, Italia.

Desde hace varias décadas los bancos han debido responder a las inquietudes y necesidades de clientes cada vez más exigentes. Se ha invertido en personal, infraestructura, comunicaciones, tecnología tanto para llevar a cabo procedimientos internos como para efectuar operaciones con los clientes.

¹ Castellanos, Santiago F. y D'Felice José Carlos. Derecho Bancario. Ed Advocatus, Córdoba 2008. Pág. 26.



En estos últimos tiempos ha sido fundamental el desarrollo que han alcanzado las entidades financieras en cuanto a nuevos servicios, nuevos productos y nuevas formas de relacionarse con sus clientes.²

Internet, los nuevos canales de comunicación, los cajeros automáticos, las conexiones vía SMS por teléfonos móviles, el uso de tarjetas de débito o crédito son algunos de los nuevos servicios que ofrecen los bancos a fin de aumentar la eficiencia y rentabilidad. Y así como realizan inversiones en proporcionar a los clientes modernos y originales servicios cada día, correlativamente es deber implementar el mismo fervor en ofrecer medidas de seguridad equiparables a estos servicios para cumplir con el fin primigenio de las entidades bancarias que es proteger el patrimonio de los clientes.

1.1 Antecedentes en Estados Unidos

Según el sitio Web Zonabancos.com en noviembre de 2009 ³ “el Departamento de justicia de Estados Unidos procesó a ocho *hackers* de Rusia y Europa del Este que formaban parte de una red delictiva que fue acusada de robar u\$s 9 millones en cientos de ciudades alrededor del mundo en cuestión de horas”.

En esta nota, se comenta que los supuestos ciberdelincuentes lograron sortear el software o sistema informático de un banco y a la vez duplicar las tarjetas de débito para extraer fondos de los cajeros automáticos. Las pérdidas fueron exorbitantes, pero podrían haber sido mayores si no hubiera sido porque encontraron una limitación en la cantidad de gente que utilizaban para extraer el dinero de los cajeros.

Este tipo de noticias son cada vez mas frecuentes a nivel mundial y los delitos más sofisticados. Lo cual lleva a ver el avance de estos fraudes.

² http://www.cincodias.com/articulo/opinion/Nuevas-tecnologias-negocio-bancario/20070731cdscdiopi_5/cdsopi/

³ <http://www.zonabancos.com/ar/analisis/noticias/12551-descubren-millonario-fraude-con-tarjetas-de-debito-a-escala-mundial.aspx>



El tema de los fraudes con servicios informáticos no es algo local, sino que toma relevancia mundialmente. Desde hace unas décadas con el surgimiento de las nuevas tecnologías aplicadas al sector financiero comienzan a darse novedosos medios delictivos, de los cuales es difícil estar exento como se verá en diferentes ejemplos.

Según una investigación realizada por PULSE⁴, una de las redes electrónicas de débito mas grandes de Estados Unidos, los consumidores cada vez utilizan más las tarjetas de débito y conjuntamente crece la cifra de casos de fraude, que ha llegado a aumentar un 21 % entre 2004 y 2005. Dicha empresa además de proveer servicios de cajeros automáticos y diferentes sistemas de pagos provee a los bancos servicios de detección de fraudes destinado a minimizar los riesgos a los que se ven sometidos los usuarios de tarjetas de débito.

En base a estudios realizados entre mayo de 2004 y mayo de 2005 por la consultora Gartner⁵, se estima que las pérdidas por fraudes con tarjetas de débito en Estados Unidos fueron por US\$ 2,750 millones de dólares, con una pérdida promedio unitaria de más de US\$ 900 dólares. La mayoría de los fraudes fueron cubiertos por los bancos o empresas financieras emisoras de las tarjetas de débito.

Una de las formas más comunes de fraude, es aquella por medio de la cual se obtienen datos de los usuarios de tarjetas de débito, denominada *phising*⁶. Ésta no es a la única modalidad a la cual se pueden ver sometidos los usuarios de tarjetas de débito, también está el *Skimming Schemes*, que es la modalidad delictiva por la cual, utilizando

⁴ www.pulsenetwork.com

⁵ www.gartner.com

⁶ Phising: es un término informático que denomina un tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas, y que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta (como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria). El estafador, conocido como *phisher*, se hace pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial electrónica, por lo común un correo electrónico, o algún sistema de mensajería instantánea o incluso utilizando también llamadas telefónicas. Fuente: www.wikipedia.com.ar



un aparato especial colocado en los cajeros automáticos por medio del cual se copian datos de la tarjeta una vez efectuada la transacción.

Por otro lado, los fraudes con tarjeta de crédito han disminuido a causa de que los bancos lo vienen enfrentando y manejando desde hace más de 20 años, entonces los delincuentes atacan a la zona menos resguardada y más débil que son las tarjetas de débito.

La legislación actual estadounidense permite que el usuario no pague los importes denunciados como indebidos mientras se comprueba el asunto en las tarjetas de crédito; en cambio, en el caso de la tarjeta de débito, el titular instantáneamente sufre la pérdida en su cuenta bancaria.

La FTC (Federal Trade Commission⁷) es una agencia gubernamental que tiene funciones de intervención en el ámbito de la defensa de los consumidores. Entre otras acciones, ha ideado un plan para proteger, alertar e informar a los ciudadanos del país, y que ha traducido al idioma español para dar aviso también a los inmigrantes hispanos de este tipo de fraudes. En su página Web contiene todo su material en ambos idiomas. Tiene como fines detectar, detener y prevenir el fraude contra los consumidores, específicamente del habla hispana, realizando campañas de prevención y talleres en los cuales la FTC, el gobierno local, las asociaciones de consumidores y los consumidores debaten los problemas locales que surgieren y entre todos ayudan a la comunidad a detectar, prevenir y denunciar el fraude.

Respecto a las tarjetas de crédito, débito o para efectuar transacciones con cajeros automáticos advierte sobre cómo la ley llamada Fair Credit Billing Act (FCBA), que trata sobre las transacciones con tarjetas de crédito; y la ley Electronic Fund Transfer Act (EFTA) aplicada a las transferencias electrónicas de fondos, ofrecen los procedimientos para actuar en distintos casos.

La Ley de Transferencia electrónica de Fondos fue aprobada en 1978 para establecer los derechos y obligaciones de los consumidores,

⁷ www.ftc.gov



así como las responsabilidades de todos los participantes en dicha transferencia.

La legislación aquí, requiere que las víctimas reporten el ilícito cometido dentro de los 60 días, en el caso de las tarjetas de débito.⁸

Dicha normativa también predica que el consumidor debe ser diligente al momento de revisar sus transacciones para detectar cualquier anomalía y dar aviso a la institución financiera inmediatamente conocido el hecho. La denuncia no debe ser después de transcurridos 60 días. Si el cliente da aviso antes de que transcurran las transacciones no correspondidas no será responsable; si lo efectúa dentro de las 48 horas hábiles posteriores sólo responderá por U\$D 50 y por hasta U\$D 500 si transcurrido ese plazo no se da aviso a la entidad. Si da aviso después de 60 días puede perder todo el dinero de su cuenta.

Además, en los casos en que el robo es cometido por medio del uso de su clave personal (pin) con una tarjeta melliza el consumidor no será responsable por los gastos no efectuados por él.

1.2 Antecedentes en España

En España también está presente este problema de los fraudes con las tarjetas de débito, crédito o las páginas web de los bancos.

Según datos de un estudio efectuado por el Observatorio de Medios de Pago⁹, el volumen de las transacciones efectuadas con tarjetas de débito ha aumentado casi un 200% desde el año 2000 al año 2007, y además de eso, se detectó que se utilizan más para extraer dinero del cajero automático que para efectuar compras, es decir que la gente aún prefiere abonar en efectivo o con tarjetas de crédito. Por este motivo, se caracteriza la conducta de los ciudadanos españoles como limitada en cuanto a la explotación de las funcionalidades de los cajeros, haciendo

⁸ <http://www.univision.com/content/content.ihtml?cid=1273594>

⁹ Observatorio de Medios de Pago: órgano creado por el Gobierno Español de carácter consultivo cuyo principal cometido es impulsar el uso de tarjetas en el pequeño comercio, y proporcionar información sobre pagos electrónicos.



referencia a la mínima utilización que se reduce a la extracción de dinero en efectivo.

Por otro lado, investigaciones llevadas a cabo por la European Security Transport Association¹⁰, (asociación sin fines de lucro que promueve la Logística de Seguridad en Transporte de Fondos en Europa) indican que más de dos millones de españoles han sido víctimas de los defraudadores de tarjetas, y casi la mitad (46%) está a favor del uso del dinero en efectivo a causa de los fraudes.

Proporción de la población que ha sido víctima de fraudes con tarjeta electrónica

	Belgium	France	Germany	GB	Italy	Holland	Spain	Sweden	All
Yes	9%	10%	9%	19%	8%	9%	10%	8%	11%
No	90%	88%	90%	78%	90%	89%	89%	90%	87%
Don't know	1%	2%	1%	3%	2%	1%	1%	2%	2%

Source: European Security Transport Association

Proporción de personas que volverían a utilizar dinero en efectivo si fueran víctimas de fraudes con tarjetas:

	Belgium	France	Germany	GB	Italy	Holland	Spain	Sweden	All
Yes	27%	22%	43%	24%	45%	31%	46%	31%	33%
No	71%	77%	53%	73%	50%	68%	52%	62%	64%
Don't know	2%	1%	4%	3%	5%	1%	2%	7%	3%

Source: European Security Transport Association

Otro dato interesante recabado de la misma investigación, es que de los damnificados en el año 2005, el 32% de las víctimas nunca fueron reembolsados por sus bancos.

La Unión Europea está tratando de promover y motivar el uso de los medios de pago electrónicos en Europa, para ello aprobó la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Noviembre de 2007 sobre Servicios de pago en el mercado interior, la cual se

¹⁰ <http://www.esta-cash.eu/>



incorporó al ordenamiento jurídico Español por medio de la Ley de servicios de pago del 13 de Noviembre de 2009¹¹.

En España, como en otros lugares del mundo, cuando un consumidor es víctima de una clonación (duplicación) de tarjetas y consecuentemente de la extracción de fondos de su cuenta, los bancos suelen alegar la falta de diligencia en el cuidado o resguardo secreto de su clave personal, culpándolo de su divulgación a fin de eximirse de responsabilidad por el robo, pero el Banco de España ha determinado que los medios que existen para duplicar las tarjetas hoy en día superan cualquier descuido en la divulgación del PIN por el usuario de las mismas¹².

Según datos del Banco de España, banco central nacional y supervisor del sistema bancario español¹³, en la legislación española no hay normas sobre responsabilidad en caso de pérdida, robo y posterior utilización fraudulenta de las tarjetas, por lo cual el usuario está sometido a los contratos que firma cuando obtiene alguna de ellas. Sin embargo, sí se refiere a ella el Código de buena conducta del sector bancario europeo.

Dicho Código Europeo de Buena Conducta en Materia de Pago electrónico¹⁴ predica tres finalidades: a) seguridad y comodidad para el usuario; b) seguridad para prestadores y emisores y c) asegurar un mercado importante como es el europeo. Aquí también reglamenta sobre instrumentos tecnológicos tales como: tarjetas emitidas por entidades bancarias o financieras; pago con tarjeta bancaria; tarjetas magnéticas, etcétera.¹⁵

De este modo, el Código, regulado por la Recomendación de la Comisión 97/489, de 30 de Julio de 1997 (Relativa a las transacciones

¹¹ <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/14/pdfs/BOE-A-2009-18118.pdf>

¹² http://www.selecciones.es/evita_fraudes_con_tus_tarjetas

¹³ <http://www.bde.es/webbde/es/>

¹⁴ <http://www.davara.com/documentos/relacionados/pago/Rec87598CEE.pdf>

¹⁵ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994. Tomo 2, pág. 506. 3º Edición.



efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos) ¹⁶ dice que:

- El titular no asumirá ninguna responsabilidad luego de efectuada la denuncia de la pérdida o robo, excepto fraude o negligencia grave.
- Y por otro lado, le obliga al titular a hacerse cargo de un monto máximo de 150 euros por los pagos efectuados antes de la efectiva comunicación, excepto fraude o negligencia grave.

El procedimiento de los usuarios de tarjetas al ser víctimas del robo de las mismas es similar al vigente en Estados Unidos, deben denunciarlas en el plazo de 24 a 48 hs, con la diferencia que deben hacerse responsables como norma general, por la pérdida de hasta un máximo de 150 euros por las sustracciones que se produzcan hasta la denuncia.

Entonces, antes del aviso, el responsable es el titular de la tarjeta con el límite de los 150 euros.

De todos modos, aunque el banco demuestre que ha puesto todo los medios para evitar los fraudes, se estima que existe responsabilidad objetiva de la entidad que es la que crea el sistema y lo implanta.

Como corolario del tema, una sentencia del Juzgado de Primera instancia Nº 2 de Castellón, de fecha 25 de Junio de 2008 se pronunció sobre un fraude bancario donde tuvo como víctimas a dos clientes de BANCAJA (Caja de Ahorro de Valencia, Castellón y Alicante), usuarios de la banca electrónica o *home banking*, por medio de la cual fueron extraídos fondos de sus cuentas en el Banco. Los clientes efectuaron el aviso correspondiente al Banco y la denuncia policial, sin obtener respuesta del Banco acerca de su responsabilidad, fundándose en el descuido por parte de éstos al difundir su clave personal o PIN.

En este caso el banco intenta ampararse en el contrato electrónico que asiente la parte consumidora al momento de contratar con la banca.

¹⁶<http://www.normativafinanciera.com/normafin/normafin.nsf/2e1295f28ac80012c125659100342786/08a55b2735336db7c12565a600340e71?OpenDocument>



Aquí se plantea el problema de la demostración de las declaraciones de voluntad, la adhesión del consumidor al contrato sin tener otra opción disponible, y la virtualidad, al llevarse a cabo por un medio intangible como es el electrónico.

Los usuarios recibieron un correo electrónico “supuestamente” enviado por el Banco, en el cual son invitados a completar sus datos nuevamente en otra página web a la cual redireccionan por problemas del Banco. De esta manera los clientes ingresan sus datos en una página que simula la verdadera, y haciendo uso de los mismos, los terceros, vacían sus cuentas bancarias.

En los contratos de adhesión proporcionados por la banca existen cláusulas que exoneran a la misma frente a fraudes cometidos en las redes y por la intromisión de terceros ajenos a la relación y también la libera de responder por los daños y perjuicios que éstos ocasionaren. Otra de las cláusulas plantea también el deber del usuario de no divulgar su clave, y concluye en que si lo efectuare queda bajo su exclusiva responsabilidad, eximiendo al banco de los cargos que le pudieren corresponder.

Finalmente, en dicha sentencia, el Juzgado condenó al banco a abonarle a la parte actora la totalidad del dinero extraído más los intereses, basándose en la abusividad de las cláusulas.

Por otro lado, otro fallo del dieciséis de Diciembre de 2009 el Tribunal Supremo, Sala I de lo civil sentencia 792/2009 anuló trece cláusulas bancarias por considerarlas “abusivas”, “desproporcionadas” o “confusas”¹⁷.

Una demanda presentada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) intimó a la cesación y declaración de nulidad de las cláusulas abusivas que imponen los bancos en sus contratos de adhesión, interponiendo la misma a varias entidades bancarias españolas.

¹⁷ <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-supremo-anula-trece-clausulas-bancarias-frecuentes>



Dicha sentencia afecta, entre otras, a las siguientes cláusulas:

- La que permite al banco o caja eludir la responsabilidad por el mal funcionamiento de un cajero automático, aunque el recibo indique que sí se ha realizado la operación.
- La que libera a la entidad de las responsabilidades por los perjuicios causados a causa de fallos durante la transmisión de una operación por vía informática.
- Aquella que permite que el banco se exima de toda responsabilidad en caso de pérdida o robo de la misma antes de la comunicación a la entidad.

El mismo fallo proporciona ejemplos de las cláusulas existentes en diferentes contratos de diferentes entidades bancarias.

- a) **"El titular será responsable sin limitación alguna del uso de la tarjeta antes de la notificación de la pérdida o sustracción...."**: ésta cláusula contrasta la norma expresa en el Código de Buena Conducta del Sector Bancario Europeo, en donde dice que el límite por el cual uno debe hacerse responsable no debe ser superior a 150 euros si efectúa el aviso y denuncia dentro de las 24 o 48 hs de detectada la sustracción o pérdida.
- b) "[Si ésta (la denuncia) no se ha efectuado] **de forma inmediata**" (BBVA): se cuestiona el término inmediata, porque en ciertos casos el consumidor no se da cuenta con rapidez de la sustracción o pérdida de la tarjeta, y sin embargo no actúa de mala fe.
- c) "El robo, hurto, extravío, deterioro o falsificación de la tarjeta o el conocimiento del número de identificación contra su voluntad, por otras personas, el titular debe comunicarlo **urgentemente** en cualquiera de estos teléfonos..." (Bankinter)
- d) "Si los hechos no se denuncian **antes de transcurridas veinticuatro horas** de su acaecimiento" (Caja Madrid)
- e) "[Si la notificación al Banco no se produce] **a la mayor brevedad**" (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de débito)



Los casos c, d y e son similares al caso b, ya que los plazos que se otorgan por estas cláusulas son inmediatos, perentorios y a favor de los bancos.

Habrà que ver como sigue avanzando la jurisprudencia y doctrina, pero estas son las tendencias de los últimos tiempos respecto al avance las nuevas tecnologías en los bancos y su tratamiento por parte de la justicia española.



CAPITULO II

ANTECEDENTES EN ARGENTINA

La actividad bancaria en Argentina está regulada por la Ley de Entidades Financieras.

La ley 21.526 de Entidades Financieras en el art. 1 nos dice que “Quedan comprendidas en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas – oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades, que realizan intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”.

De dicho cuerpo normativo surge un doble orden de relaciones que involucra las actividades de los bancos:

La relación de éstos con el B.C.R.A. (Banco Central de la República Argentina, quien ejerce el poder de policía financiero) es de derecho público.

La relación de los bancos y demás entidades financieras con sus clientes es tema de derecho privado.

El derecho bancario es el encargado de regular la actividad bancaria entre el banco y sus clientes, y además establece obligaciones y garantías a favor de éstos.

Dentro del espectro de clientes, existe una categoría que comprende aquellos que obtienen los productos bancarios para su consumo final y pueden ser calificados como consumidores.

De esta forma, “se considera consumidores a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final...la prestación de servicios” (art. 1 inc. b Ley de Defensa del Consumidor)Al momento de efectuar cualquier operación bancaria se genera una relación contractual con el banco. Desde el punto de vista jurídico, hay entonces un negocio jurídico, un contrato.



El contrato bancario “es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una relación bancaria”.¹⁸ Es, en general, celebrado por adhesión a cláusulas generales, por lo cual, el consumidor/cliente no puede negociar las cláusulas contractuales, ello es así porque se trata de productos masivos y, por lo tanto, el banco los estandariza utilizando cláusulas generales de contratación. Una de las características de estas cláusulas es la rigidez, que significa la imposibilidad de modificarlas, lo que hace necesario el control que suministra el Derecho del Consumidor.

Dentro de los contratos bancarios que se verán, están los celebrados en el ámbito de los de contratos de adhesión, tales como los referidos a *Home banking* (como accesorio al principal que es la apertura de caja de ahorro o cuenta corriente), uno de los servicios informáticos que provee el banco.

Con formato: Fuente: Arial, 12 pt, Cursiva

Eliminado: ri

A su vez, los servicios informáticos que ofrecen las entidades bancarias sobre los cuales se hará hincapié son: los cajeros automáticos y las respectivas tarjetas electrónicas para operar con estos; y el *home banking* o banca electrónica.

El cajero automático o ATM (*Automated Teller Machine*) es un dispositivo externo, automático que viene a sustituir a las cajas tradicionales de las entidades bancarias. Se trata de una terminal colocada por el banco para que el usuario pueda realizar diferentes operaciones bancarias.

El cliente a través de su tarjeta magnética e ingresando una clave personal o P.I.N. accede al sistema del cajero, logrando así visualizar su cuenta bancaria y efectuar transacciones¹⁹.

Por medio de éstos, los usuarios pueden realizar, entre otras, operaciones tales como:

¹⁸ Muiño, Orlando Manuel. Comentarios de Derecho Comercial y Bancario. Ed. Advocatus. Córdoba 1998. pág. 540.

¹⁹ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Ed. Astrea, 4° Edición, Buenos Aires, Argentina. Tomo II, Pág. 232.



- Consultar saldos
- Realizar extracciones en efectivo
- Efectuar pagos
- Depositar cheques

Algunas de las ventajas del cajero son la posibilidad de acceder a las cuentas bancarias y realizar operaciones durante las 24hs del día, todos los días del año y desde cualquier lugar²⁰; evitar pérdidas de tiempo; agilidad en las transacciones, no tener que transportar dinero en efectivo, entre otras.

El segundo ítem a tener en cuenta son las tarjetas electrónicas, las cuales pueden ser de débito o crédito.

Respecto de las primeras, son puestas a disposición del titular de la cuenta por la entidad financiera, y es la que le permite operar con los cajeros automáticos y realizar las operaciones. Además con este instrumento, el usuario realiza compras en los comercios sin necesidad de llevar dinero en efectivo (debitándose instantáneamente el saldo de su cuenta bancaria) con un beneficio de reintegro del Impuesto al Valor Agregado del 4.13% sobre el monto gastado. Los débitos no tienen costo adicional, al igual que las transferencias electrónicas por *e-banking* y los débitos directos²¹, o sea que el banco hace méritos y otorga beneficios a fin de que el cliente utilice estas nuevas modalidades de efectuar transacciones bancarias.

Estas tarjetas también poseen un PIN (Personal Identification Number) que es un código numérico que permite verificar la identidad bancaria de un cliente para la realización de transacciones electrónicas. Es una clave o código personal, que consiste en una combinación secreta de números o letras que el titular digita en el teclado o cajero, pero no es intransferible (su titular puede autorizar el uso de la clave a un tercero) y está sujeto, si no toma las debidas diligencias, a su usurpación.

²⁰ www.bcra.gov.ar

²¹ <http://www.clientebancario.bcra.gov.ar/default.asp>



Por medio de la utilización de estas tarjetas los terceros ajenos a la relación contractual bancaria suelen cometer diferentes tipos de fraudes, como por ejemplo vaciar las cuentas bancarias de los usuarios empleando tarjetas mellizas o clonadas.

Frente a esta situación, el cliente reclama al banco que éste se declare responsable y se haga cargo de los perjuicios económicos sufridos por él.

Por otro lado, según el artículo 4º de la Ley de Tarjetas de Crédito se denomina genéricamente Tarjeta de Crédito al instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor.

Ésta posibilita al usuario el poder efectuar operaciones de compra a plazos, extraer anticipos de dinero en efectivo y abonar a los proveedores de bienes y servicios, entre otras funcionalidades.

Así como las tarjetas de débito, éstas, también se materializan en una tarjeta magnética.

A fin de profundizar el tema de los cajeros automáticos sólo haremos referencia luego a las tarjetas de débito, que son las que se utilizan para operar con los mismos.

Como se está observando, se puede decir que no es necesario ir hasta el banco para conocer los movimientos de las cuentas bancarias ni realizar operaciones con las nuevas modalidades para transigir que existen hoy en día.

Finalmente, el último de los servicios electrónicos que se estudiará en esta investigación es el servicio de banca electrónica o *home banking*.

Para acceder a *home banking* sólo hay que disponer de una Pc, conexión a Internet y poseer la clave personal.

A través de *home banking* se pueden realizar operaciones de consulta, transacciones financieras, adhesión a servicios, consultar



saldos, obtener préstamos, pagar impuestos y servicios, entre otras acciones.

Algunas de las ventajas que se le atribuyen a este servicio son similares a los demás servicios informáticos, instantaneidad, que no tiene limitación de horarios para efectuar transacciones, no tiene cargo adicional por su uso y se puede operar desde cualquier lugar, hasta desde el hogar, ya que su traducción del inglés al español alude a “el banco en casa”.

Para concluir, se debe aclarar que se verá el tema de la banca electrónica relacionada al *phising*, la cual es una técnica de engaño para robar la identidad, datos claves y contraseñas de cuentas bancarias del usuario²².

Esta modalidad delictiva consiste en el envío, por parte de estafadores, de correos electrónicos que redireccionan a una página web, “casi idéntica” a la de un Banco, en la cual el cliente/consumidor confía y cree auténtica, y allí, engañado, declara su información personal, claves y cuentas bancarias, que luego son vaciadas.

Respecto de ambos tipos de fraudes, se profundizará en la responsabilidad que de ser factible, se le debe atribuir a las entidades bancarias.

Y para culminar, se observa que, a fin de determinar responsabilidad o no en estos casos, se debe tener en cuenta con mayor rigor los deberes fundamentales de información y de seguridad que recaen sobre este tipo de entidades, por su función pública en la sociedad y relación con los clientes.

²² <http://www.bapro.com.ar/principal/interior.asp#>



CAPÍTULO III

CAJEROS AUTOMÁTICOS Y TARJETAS MAGNÉTICAS.

En épocas en las cuales las tareas y responsabilidades abundan y los tiempos son escasos, las personas buscan la forma de agilizar sus actividades, economizar energías y así disponer de mayor cantidad de horas para realizar a tiempo sus compromisos.

El negocio del cajero automático nace como producto de la búsqueda del hombre para mejorar sus condiciones de vida, simplificar tareas generalmente tediosas pero necesarias, lo cual redundando en la mayor disponibilidad de tiempo y seguridad²³.

El cajero viene a sustituir el traslado de la persona hasta un banco determinado para efectuar una operación o pagar un servicio, evitar las largas esperas de filas de personas en las cajas de los mismos y el tiempo y la paciencia que esta actividad implica.

Para operar con el cajero automático, la persona debe en primer lugar poseer una cuenta corriente en el banco. Cuando se efectúa la apertura se otorga al usuario una tarjeta de débito para utilizar con el cajero.

Por la apertura el banco exige suscribir un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas. Dicho contrato además de las obligaciones y deberes de la entidad y de los usuarios incluye cláusulas de responsabilidad por las que generalmente se libera al banco frente al mal funcionamiento de los cajeros o por actuación sin autorización de terceros, pero este último tema de las estipulaciones abusivas se verá en otro capítulo más profundamente.

Como caracteres de este contrato de cajero automático se puede decir que es un negocio jurídico bilateral efectuado entre el usuario/cliente

²³ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y comerciales. Partes general y especial. Tomo 2. 3ª Edición. Ed. Astrea 1994. Pág. 198.



y el banco que brinda al mismo una tarjeta de débito para operar con los cajeros. Tanto el usuario como el banco se obligan recíprocamente, este último a proporcionar la posibilidad al usuario de acceder a sus cuentas bancarias y realizar operaciones sobre ella, implementando mecanismos de seguridad que garanticen la seguridad de las transacciones, por un lado; y el cliente, a utilizarlo conforme las recomendaciones proporcionadas por el banco para su correcto empleo, las cuales se verán posteriormente.

Siguiendo con sus caracteres, se puede decir que además es un contrato consensual, que queda conformado con la manifestación de las voluntades de las partes y a la vez se otorga como accesorio con la apertura de una cuenta corriente o caja de ahorro, por lo que generalmente no presentan un gasto propio para el usuario, pero sí indirectamente por medio de los mantenimientos de cuenta.

Es un contrato innominado y atípico, porque no presenta regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Aunque sí se acepta su tipicidad social por la trascendencia económica e interés común, además de estar autorizado por el Banco Central de la República Argentina por medio de circular A845.

Dentro de las obligaciones del banco prestador del servicio de cajero automático existen acciones como:

- Mantenerlo disponible en forma ininterrumpida las 24 hs.
- Procesar todos los movimientos realizados por el usuario.
- Emitir periódicamente resúmenes de cuenta.
- Mantener en perfecto estado de funcionamiento las terminales de servicio.
- Cancelar inmediatamente el servicio cuando el usuario efectuó una denuncia de robo o pérdida de la tarjeta habilitante.



Y dentro de las obligaciones del usuario están las habituales de mantener la cuenta a fin de poder utilizar el servicio, no divulgar su clave para usar el mismo, utilizar los datos verdaderos para ingresar al cajero y la fundamental que es la obligación de denunciar en forma inmediata la pérdida, robo o hurto de la tarjeta, así como su recupero.

Mediante la Comunicación “A” 3390, el Banco Central de la República Argentina, emite las medidas mínimas de seguridad que deben presentar los cajeros automáticos al ser instalados en una entidad financiera.

Impone el funcionamiento de los mismos las 24hs del día y su monitoreo por medio de cámaras de seguridad.

Los cajeros poseen requisitos arquitectónicos de seguridad, su estructura, sus puertas con cerraduras electrónicas (con accionamiento mediante tarjetas magnéticas) o con combinación y su adhesión firme al piso.

Según estas indicaciones, dentro de los cajeros deben existir avisos sobre las precauciones y cuidados que debe tener el usuario al operar con este sistema. Estas recomendaciones están plasmadas en la Comunicación “A” 3244 del 30/03/01 y pueden ser entre otras:

- Solicitar información sobre la operatoria de los cajeros al personal del Banco.
- Cambiar el PIN (clave personal) que le asigna la entidad financiera.
- No divulgar la clave y no anotarla junto con la tarjeta.
- No facilitar la tarjeta ni la clave a terceros, por más que quieran ayudar.

Estas recomendaciones son dictaminadas por el Banco Central dentro del marco de las obligaciones de seguridad que las entidades financieras tienen para con los clientes.

Las entidades bancarias tienen, como proveedoras de servicios que son, un deber de seguridad superior para con los usuarios, debiendo



extremar al máximo las medidas de precaución para proteger el patrimonio y la identidad de los mismos.

El artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que los servicios deben ser prestados de manera que utilizados en condiciones previsibles o normales no presenten peligro para los usuarios, en este caso, a fin de resguardar la integridad física y patrimonial.

Existen fallos actuales que perfilan el criterio de los jueces respecto del tema planteado, en los cuales se tienen en cuenta factores como la situación fáctica, los deberes de información y seguridad del banco, la obligación de parte de los usuarios de resguardar su clave personal de acceso al cajero, de efectuar la denuncia de robo o pérdida de la tarjeta lo antes posible, entre otras causas que se verán detenidamente.

1.1

En el fallo **“Rossen Bárbara c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario”**, la señora Rossen, cliente del banco y poseedora de una caja de ahorro con tarjeta de débito, fue engañada por terceros ajenos al banco, quienes lograron mediante ardid o engaño que ella les otorgara el PIN, lo que dio por resultado, que los terceros ajenos al vínculo contractual extrajeran el dinero de la caja de ahorro con una “tarjeta melliza”.

Hay que diferenciar dos elementos necesarios para que terceros puedan efectuar las extracciones u otras operaciones en los cajeros automáticos, por un lado la clave personal del cliente y por otro la tarjeta de débito emitidas por la entidad financiera en donde el usuario posee su cuenta bancaria o una “tarjeta melliza”, lo cual se verá a continuación.

Según Pizarro y Vallespinos la responsabilidad civil requiere de la presencia de presupuestos, sin los cuales ésta no alcanza a configurarse. Estos son: la antijuridicidad, daño, factor de atribución (subjeto u



objetivo) y relación de causalidad. Siguiendo también su criterio, se define a la obligación como “una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene derecho subjetivo a exigir del deudor una determinada prestación, patrimonialmente valorable, orientada a satisfacer un interés lícito de aquél y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés, sea en especie o de manera equivalente”. O sea que existe de parte del acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación del deudor, y en caso que no lo logre reclamar la satisfacción de su interés por otro medio a fin de poder extinguir el vínculo.

Se considera una obligación del banco el brindar seguridad de lo depositado en la caja de ahorro o cuenta corriente por el cliente y una responsabilidad el velar por ello.

Entonces, para saber si es posible atribuir responsabilidad al banco según el Código Civil Argentino, se deberá analizar la concurrencia de los presupuestos previamente mencionados.

Daño:

Como se ha visto anteriormente, el daño, es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, sin el cual no podría determinarse responsabilidad sobre el sujeto indicado como responsable.

En el artículo 1068 del Código Civil dice que habrá daño “cuando se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

Es decir, que el daño existe cuando hay un perjuicio realizado contra otra persona

Coincidiendo con Pizarro y Vallespinos, el Código Civil, toma al daño en cuanto a responsabilidad civil, como a la consecuencia perjudicial de la lesión al interés, del menoscabo y del perjuicio provocado. Éste es el daño resarcible.

Aquí se produce una lesión a un interés de índole patrimonial, provocando como consecuencia un daño, un perjuicio en los bienes



patrimoniales de la señora Rossen, cliente del banco, al ver que terceros extraen fondos, dinero de su cuenta bancaria.

Relación de causalidad:

El segundo elemento necesario para la configuración de la responsabilidad lo constituye la relación de causalidad. La cual se describe como la conexión fáctica que debe existir entre acción humana y el resultado dañoso producido.²⁴ Ésta produce una vinculación entre el hecho dañoso y la consecuencia jurídica, el daño consumado; y sirve para establecer si la acción de una persona da como consecuencia el perjuicio ocasionado a la víctima, el cliente Rossen en este caso.

En primer lugar se debe investigar si el daño ha sido causado por el riesgo de la cosa, en tal caso se puede presumir la relación de causalidad, y sólo liberará al guardián de la cosa la interrupción del nexo causal por caso fortuito, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por el cual él no deba responder.

Por un lado se encuentran estas nuevas tecnologías aplicadas a los servicios bancarios: el cajero automático y las tarjetas de débito.

Y por otro lado el deber de seguridad del banco y la mayor previsibilidad en su actuar, ya que como pronuncia el artículo 902 Cód. Civil, “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

Como predicán Pizarro y Vallespinos, sobre los daños causados por el riesgo de la cosa, del cajero automático en este caso, la ley dispone que responde frente a la víctima el guardián de la cosa riesgosa, o sea el banco, quien es el que provee el servicio.

²⁴ PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones. Tomo 3. Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires 1999. Pág. 94.



A fin de analizar el término cosa riesgosa, me remitiré al fallo Bienauskas, el cual después de un análisis llega a la conclusión de que los sistemas informáticos poseen la calidad de cosas riesgosas, como en este caso, al permitir manejar el patrimonio, extraer dinero de una cuenta bancaria, pagar cuentas, entre otras transacciones, todo virtualmente y por medios digitales.

Aquí la señora Rossen, facilitó el acceso a su clave personal a terceros, sin prestar atención a las recomendaciones de seguridad emitidas por el banco, y en especial a la obligación de no divulgar su PIN bajo ninguna circunstancia a nadie.

Como se vio en un principio los bancos tienen la obligación de colocar carteles en los cajeros acerca de las precauciones que deben tener los clientes, y una de ellas es que no deben, por su seguridad, divulgar la clave a nadie.

Existe un deber de información al cliente que los bancos efectúan al advertir “que los usuarios del sistema no revelen su clave de seguridad (PIN)”, de esta forma, el banco intenta eximirse de responsabilidad al delegar la culpa en un tercero o por el hecho de la víctima por lo cual no debe responder amparándose en el art. 1113 C.C.

Según Mosset Iturraspe y Piedecabras en su Código Civil Comentado la eximente “culpa de la víctima” debe ser alegada y probada por la demandada, debiendo ser la única causa del hecho para eximir de responsabilidad y reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad. Esta eximente debe valorarse con la culpa de un tercero por el cual no se debe responder.²⁵

Aquí tenemos a un tercero ajeno a la relación contractual establecida entre el banco y la señora Rossen, pero esta ajenidad no es suficiente para eximir de responsabilidad a la entidad.

Tanto el cajero automático como las tarjetas de débito son servicios brindados por el banco, anexos a la apertura de una cuenta corriente o

²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECABRAS, Miguel A. Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil, Artículos 1066 a 1136. Rubinzal Culzoni Editores 2005. Pág. 341.



caja de ahorro. Los bancos promocionan la utilización de estos servicios de manera “gratuita” para los clientes del banco. Es dable esperar del banco, como sucede con las otras formas de operar, un elevado nivel de seguridad para efectuar las transacciones y una considerable protección al patrimonio entregado a su cuidado.

La señora Rossen, poseedora de la tarjeta de débito, cedió engañada por terceros, su clave personal a los delincuentes, los cuales, junto con la tarjeta melliza extrajeron dinero de su cuenta bancaria. Hay una falencia de esta señora al incumplir con su obligación de no dar el PIN a terceros, ni siquiera al personal del banco. Pero las extracciones fueron consumadas por terceros ajenos, ya que, además de poseer el PIN, lograron duplicar la tarjeta de débito, sobrepasando los niveles de seguridad del banco, a lo que el cliente habitual no tiene acceso.

Existe negligencia, entonces, del banco en su obrar, pues no dispone de medios de seguridad eficientes a fin de evitar la operatoria de “la confección de tarjetas mellizas”, que permitieron la extracción en diversos casos. La entidad financiera no cumple en este caso con la obligación de seguridad que asumen las partes en ciertos contratos, con el fin de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que se puedan ocasionar durante su ejecución. “...La confianza radica no sólo en el uso de la clave personal y única, sino también en la esperable inviolabilidad de la tarjeta magnética entregada como del software utilizado por el banco.”²⁶

O sea, que además de la supuesta culpa de la víctima, el hecho no podría haberse perpetrado sin la falta de diligencia del banco en cuanto a la confección y seguridad en las tarjetas magnéticas que emite.

Las entidades bancarias actúan en el mercado como un profesional de su actividad, titular de una empresa con alto grado de especialización, colector de fondos y distribuidor del crédito por un privilegio emanado del Estado y con superioridad técnica respecto a su cocontratante, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 902 C.C. “ Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y

²⁶ “ Bienaskas, Juan Carlos C/ Banco De La Ciudad De Buenos Aires S/Ordinario”



pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.”, debiéndose apreciar su conducta no con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un Standard de responsabilidad agravada, ya que su condición lo responsabiliza de manera especial y le exige una diligencia y organización acorde con el objeto del negocio (Dubini Alfredo, “ Notas sobre la actualidad de la jurisprudencia en materia de Responsabilidad bancaria en Cuenta corriente y responsabilidades Bancarias”, Ed. Ad. Hoc., Bs As, 2006, Pág. 306, Alterini, A. “Responsabilidad profesional: El experto frente al profano”, LL 1989- E- 847; Trigo Represas, F. y López Mesa, M. “Tratado de responsabilidad civil, Tomo IV, Pág. 433, ver asimismo CSJN “Inerfin Cía. Financiera S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, del 11.12.86; CN Com, Sala E, “Loghen, Jorge Aníbal c/BBVA Banco francés S.A., del 16.08.07”; id.“ Traverso María del Carmen c/ Bco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario, del 30.06.08).

Esto deriva en el tema de los riesgos que implican el uso de estas tarjetas magnéticas y de los cajeros automáticos, y remitiendo al art. 1113 C.C., en su segundo párrafo habla de la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas, lo cual incluye todo aquello que pueda resultar un riesgo.

El artículo 1113 Cód. Civil dice que en los casos de los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas, sus dueños o guardianes sólo podrán eximirse parcial o totalmente de responsabilidad, demostrando la culpa de la víctima o de un tercero por el cual éste no debe responder, algo que no se ha evidenciado en este caso Rossen.



Antijuridicidad

El incumplimiento de la obligación supone una conducta objetivamente antijurídica, ilícita, ya que deriva como un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico.²⁷

Antijurídico es el comportamiento que cause daño a otra persona.

Contrarrestando dicho comportamiento, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra el principio constitucional que prohíbe cuasar daños a otros en su persona o en sus bienes *alterum non laedere*, que es el que impone la consiguiente responsabilidad cuando esa conducta dañosa se conjuga con los demás presupuestos (factor de atribución y relación causal).

La responsabilidad civil, como ya es sabido, se basa en elementos diversos para sustentarse: la conducta humana como causante del daño, el daño, y la relación causal entre ellos. En este caso están por un lado como actor principal al banco como creador de un riesgo potencialmente dañoso, el servicio de cajero automático que opera con tarjeta magnética; y por otro la entidad bancaria que proporciona a los usuarios el servicio de cajero automático para operar con las tarjetas de débito otorgadas por ella misma, a fin de ofrecer ventajas de celeridad a los clientes y asegurarse ventajas para sí misma como económicas de ahorro de tiempos y personal.

La actividad dañosa, al ser potencial no es ilícita, aunque si se transforma en ilícita al provocar el daño, como sucedió en este caso.

Se consideran cosas riesgosas, vehículos, armas, cables, ascensores, entre otros ejemplos y se puede incluir como potencialmente riesgoso el servicio de cajero automático suministrado por los bancos.

La teoría del riesgo aparece a principios del Siglo XX específicamente para casos relacionados a accidentes laborales, en los cuales el empleador era responsable de los accidentes independientemente de su culpabilidad.

²⁷ PIZARRO Ramón D. VALLESPINOS Carlos G., Instituciones de derecho Privado Obligaciones, Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 1999. Pág. 477.



Por la ley 17.711, en la reforma de 1968, el art. 1113 C.C., toma la idea del “riesgo creado” tratando de brindar reparación para las personas que resultan víctimas de hechos que provienen de riesgos creados por terceros, denominándose este principio de responsabilidad objetiva, sin culpa.”

Los bancos a fin de contrarrestar los posibles efectos dañosos que conllevan estos servicios riesgosos, en sus contratos contienen cláusulas para eximirse de todo tipo de responsabilidad por el mal funcionamiento de los cajeros o por negligencias en el usuario al proveer las claves personales.

Se toman las debidas precauciones de seguridad mediante cámaras de filmación, cerraduras eléctricas, carteles que señalan la no divulgación por parte de los usuarios de sus PINs y números telefónicos de denuncia; pero no ha tomado en este caso la previsión de la posible duplicación de las tarjetas, lo cual está fuera del alcance de los usuarios.

Esta falta de previsibilidad conlleva la probabilidad de que terceros ajenos a la relación contractual, accedan a las cuentas bancarias y extraigan dinero ajeno utilizando maniobras delictivas o fraudes engañosos, como sucedió en el caso detallado de la señora Rossen.

En este caso los clientes están sujetos a la seguridad que les brinda la entidad respecto de la inviolabilidad del software utilizado por las tarjetas magnéticas y del buen funcionamiento del cajero automático. O sea, que la entidad bancaria debe asumir todos los daños que deriven de su actividad cumpla o no con las diligencias debidas.

Juntamente con la antijuridicidad pueden coexistir causas de justificación que disminuyan o eximan de responsabilidad al banco, o sea, por ejemplo si se ha causado un daño y éste está justificado podría la entidad no hacerse responsable ni dar resarcimiento a favor de quien lo sufre, en este caso los usuarios.

Son causas de justificación:

- El ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal. El artículo 1071 C.C. tiene en cuenta a



aquel que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

- El estado de necesidad, tipificado en Código Penal, como “el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.
- La legítima defensa, la cual se da cuando se responde a una agresión ilegítima utilizando un medio racional y proporcionado con la agresión primitiva.

En el fallo arriba descripto no se observa la aparición de alguna causa de justificación que respalde el obrar antijurídico provocado por el daño que causó la actividad riesgosa.

Factor de atribución

Continuando con el pensamiento de los Doctores Pizarro y Vallespinos, se define al factor de atribución como “el elemento axiológico, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona”. O sea, que a partir de éste se valorarán las consecuencias dañosas y los efectos que recaen sobre una persona o sus bienes. Se puede clasificar a los factores de atribución en subjetivos y objetivos.

En el caso de los factores subjetivos, además de demostrarse antijuridicidad e imputabilidad debe acreditarse culpabilidad, como reproche de la conducta del agente. La gradación de la culpabilidad se realiza fundamentalmente para medir las consecuencias reparatorias²⁸. Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa, por lo que intervienen siempre las conductas humanas, sean acciones u omisiones.

En cambio, los factores objetivos se dan en los casos en que el deudor debe demostrar que el daño ha sido extraño a su comportamiento diligente, que su conducta no ha influido en las consecuencias dañosas provocadas. Y es beneficioso, a la par, acreditar la ruptura del nexo

²⁸ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Ed. Astrea, 4° Edición, Buenos Aires, Argentina. Tomo I, Pág. 274.



causal por medio de una causa extraña tales como la culpa de la víctima o de un tercero ajeno a la relación por el cual no se deba responder, la fuerza mayor o el caso fortuito. Según Pizarro y Vallespinos este tipo de factores se caracteriza por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y la responsabilidad que de él deriva en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad y del comportamiento del agente indicado como deudor.

Actualmente la tendencia de la responsabilidad objetiva ocupa un lugar más importante que la culpabilidad porque los supuestos más relevantes de responsabilidad civil recaen bajo su órbita, como la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, daños causados por el riesgo o vicio de la cosa o por actividades riesgosas, responsabilidad de las personas jurídicas, incumplimiento de obligaciones de resultado, entre otras.

En el caso expuesto, el banco tiene una obligación de resultado para con el cliente, que es la de resguardar el dinero depositado a su confianza y garantizar el acceso a la cuenta bancaria solamente al cliente o a las personas que él designe y cuando él lo desee.

Es decir, que la entidad financiera compromete su actividad para dar satisfacción al interés del cliente que es el resguardo íntegro de su patrimonio, lo que da como resultado que su falta de diligencia y de resultado exitoso provoque el incumplimiento de la obligación.

Aquí se aplica la teoría del riesgo, la cual dice que “quien realiza actividades que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan”. En este caso Vallespinos y Pizarro reafirman su apoyo a esta teoría, y argumentan que quienes introduzcan al medio social un factor generador de riesgos deben responder objetivamente, se beneficien o no con el mismo, a que la responsabilidad objetiva deriva de la creación del riesgo y no del posible beneficio que de él deriva.

Según la doctrina objetivista el Banco debería argumentar la presencia de una causa extraña o ajena por medio de un tercero extraño



o por el hecho de la víctima, y no exclusivamente manifestar que procedió de manera diligente por medio de tomar las precauciones adecuadas. La defensa del banco se basa, por un lado, en las diligencias tomadas, en el caso de las medidas de seguridad adoptadas en los cajeros automáticos, en los carteles de aviso e información a los clientes de no divulgar su clave personal; y por otro, en la culpa o negligencia del actor/cliente al revelar su clave, elemento esencial para que los terceros puedan acceder a la cuenta bancaria, desde la óptica del banco.

Por parte del cliente, no obstante aceptar su falla al haber revelado el PIN, se alega que los terceros pudieron de alguna forma duplicar la tarjeta de débito que él poseía y con ésta acceder a su cuenta bancaria. O sea que ellos pudieron atravesar las vallas tecnológicas y medidas seguridad del banco respecto de las tarjetas, teniendo éste como obligación extremar los recaudos a fin de evitar este tipo de fraudes.

Por otro lado, a la vez, el caso también se puede encuadrar dentro del **Derecho del Consumidor**.

La Constitución Nacional con el artículo 42 detalla los Derechos del Consumidor y Usuario. Impone el derecho como una garantía de protección a los consumidores, quienes son considerados como la parte débil de la relación contractual.

En este artículo se expresan los derechos de los mismos, a la seguridad, protección de sus intereses económicos, a una información adecuada y veraz, entre otros derechos fundamentales, y a la vez delega en las autoridades la importante función de proteger esos derechos y de aportar para la educación de los consumidores.

Como ya se ha visto, el contrato de cajero automático ha sido celebrado entre un banco y una persona física, la señora Rossen, consumidora, que adquirió a título oneroso la prestación de un servicio por parte del banco.



El banco, como proveedor de servicios, tiene deberes para con su cliente, tales como el de facilitar información veraz y detallada acerca de sus prestaciones, o sea del funcionamiento del cajero automático y de los riesgos a que éste puede exponer. Al abrirse una caja de ahorro o cuenta corriente y hacer entrega de la tarjeta de débito para operar con el cajero, las entidades dan aviso a los clientes que deben cambiar su número de pin y que no deben revelarlo a nadie. A la vez, en el interior de los habitáculos donde se encuentran los cajeros automáticos y en las pantallas de los mismos suele haber avisos o advertencias de no suministrar la clave a ningún extraño ni a empleados del banco, y en caso de ser víctima de algún siniestro, hay números de teléfonos de urgencia a los cuales llamar que funcionan las 24 horas los 365 días del año para efectuar las denuncias.

El artículo 5º de la Ley 24.240 Ley de Defensa del Consumidor (en adelante L.D.C.) dice que los servicios no deben ser prestados de manera que presenten peligro o riesgos. Los cajeros, poseen ciertas medidas de seguridad que deben ser cumplidas, como las cámaras, las puertas con cerradura eléctricas, carteles indicando cómo actuar en situaciones de urgencia.

Las tarjetas de débito, son las que en este caso han sido duplicadas o clonadas y el software que ellas poseen el que ha sido descifrado.

Dentro de este mismo Capítulo 2 de la LDC, se afirma que los servicios que puedan llegar a exponer a las personas o su patrimonio a riesgos, deben ser minuciosamente tenidos en cuenta los recaudos de seguridad e instrucciones a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

Si la relación contractual entre el banco y la señora Rossen quedase enmarcada en el ámbito de la LDC le correspondería aplicar la responsabilidad por daños del artículo 40 de la LDC. El cual predica que por motivo de un daño ocasionado por el riesgo de la cosa responderá el proveedor del servicio, sólo eximiéndose de responsabilidad demostrando que la causa del daño haya sido ajena, algo que no logró acreditar la entidad bancaria.



1.2

Siguiendo con el mismo criterio jurisprudencial, en el fallo **“Traverso María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario”**²⁹, los jueces sostienen una apreciación similar.

Aquí también, la señora Traverso María del Carmen fue engañada por terceros que se hicieron pasar por empleados del banco, la contactaron telefónicamente y mediante mentiras y preguntas obtuvieron el PIN de su tarjeta.

A los pocos días se comunicó con el banco y al revisar su caja de ahorros comprobó un faltante de \$11307.11; efectuó la denuncia policial como se lo indicó el Banco y le reclamó a éste la restitución de los fondos indebidamente extraídos.

Esto, sumado a la utilización de una “tarjeta melliza” permitió la extracción de dinero de su caja de ahorros.

Aquí se destacó que el banco no estaba cumpliendo con las medidas de seguridad e información, no se advierte a los clientes sobre las posibles maniobras delictivas, se comprobó que hay stickers en los cajeros automáticos aconsejando la no divulgación del PIN pero no son suficientes, ya que muchas personas no utilizan los cajeros.

Las personas que contratan con los bancos lo hacen en función de su confianza, apariencia de seriedad y seguridad que ostentan y, con la apertura de una caja de ahorro, no solo esperan poder operar con ella sino que también entienden que la entidad crediticia realizará todo lo que esté a su alcance para evitar que -mediante la utilización de sus prestaciones- sufra daños en su persona o bienes.

Entonces, para retomar el tema de la determinación de responsabilidad se vuelve a tratar de delimitar los presupuestos para ver si efectivamente se logra configurar la misma.

²⁹ www.eldial.com



Daño:

La señora Traverso, poseedora de una tarjeta de débito, por medio de ardid o engaño de terceros proporcionó la clave personal a estos.

Los delincuentes, burlando el software utilizado por el banco para sus tarjetas magnéticas, lograron duplicar las mismas, obteniendo de este modo tarjetas mellizas.

Con el PIN conseguido mediante el engaño a la señora Traverso, cliente del banco y la tarjeta melliza, los delincuentes logran obtener los fondos de la cuenta bancaria, apropiándose de dinero de la señora.

Se denuncia por parte de Traverso, el hecho de no haber sido informada acerca de las posibles maniobras delictivas a las cuales podría haber sido expuesta, siendo un deber del banco de informar al cliente acerca de los riesgos. El banco alega que realizó campañas de información, por medio de las cláusulas en el contrato, dando aviso y colocó stickers en el cajero automático con la advertencia de “no divulgar a nadie el PIN”.

Sin embargo, más allá de las acciones realizadas preventivamente por el banco, se observa que no fueron suficientes recaudos para evitar las consecuencias dañosas que sufrió la señora Traverso.

Resumiendo, se puede ver que ciertamente existe daño, se ha realizado un perjuicio a Traverso con la extracción del dinero de su cuenta por terceros ajenos a la relación bancaria.

Antijuridicidad:

Hasta aquí se ha visto que la responsabilidad civil se configura sólo frente a una obligación o un deber jurídico incumplido.

O sea que sin el incumplimiento de una obligación contractual o de un deber jurídico no se puede reprochar ni imputarle ninguna responsabilidad a ningún sujeto.



Entonces viene ahora a sumarse otro factor para poder imputar responsabilidad a un agente: la antijuridicidad. La antijuridicidad es el comportamiento que causa daños a otra persona, el cual supone una conducta ilícita, antijurídica, sin que medie una causa de justificación que la exima o atenúe.

El banco, en este caso no es el autor de un hecho ilícito, pero, la responsabilidad civil puede recaer sobre personas diferentes a aquellas que han cometido el delito; verbigracia, en el caso de los supuestos de daños causados por el riesgo o vicios de las cosas responde su dueño o guardián, o también se responde por los daños causados por los dependientes, tal como lo expresa el artículo 1113 Cód. Civil.

La entidad financiera tiene obligaciones de informar, de previsibilidad y de seguridad respecto de sus clientes.

La señora Traverso no fue advertida efectivamente de los riesgos, sabiendo el banco por haber tenido denuncias previas sobre delitos con la misma maniobra utilizada por terceros, faltando así también al deber de previsibilidad, ya que no tomó las precauciones debidas.

El ilícito fue efectuado por personas ajenas al banco, pero la relación contractual que se establece entre el cliente y la entidad es lo que la puede hacer responder por el riesgo que provoca el banco como proveedor del servicio electrónico de la tarjeta de débito y del cajero automático. Estos servicios electrónicos conllevan la característica de ser cosas riesgosas, y remitiendo al artículo 1113, el dueño o guardián responde salvo que demuestre la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder.

En cuanto al ítem “culpa de la víctima” hay un comportamiento negligente de parte del cliente ya que proporcionó su clave personal a terceros, siendo una de sus obligaciones contractuales impuestas por el banco no develar el PIN a nadie. Éste se ampara en que nunca fue prevenido ni notificado acerca de la precaución que debía tomar. El contrato de adhesión que uno firma al momento de realizar la apertura de una cuenta bancaria, no siempre es entregado al cliente, sólo requieren la firma y no dan copia del mismo.



Y con respecto a la eximente “terceros por los cuales no se deba responder”, estas personas ajenas a la entidad obtuvieron además del PIN del cliente, una tarjeta magnética del banco y lograron hacer una copia de la misma, es decir que, vulneraron el sistema de seguridad del software que el banco utiliza para realizar sus tarjetas.

Al ofrecer el servicio electrónico gratuito de tarjeta de débito y cajero automático, es deber del banco el brindar seguridad a los clientes como lo hace con sus diferentes medios de operar, ya que las personas depositan su confianza y su patrimonio.

Factor de atribución:

La entidad financiera orienta la causa hacia un supuesto de factor de atribución subjetivo como es la culpabilidad, haciendo hincapié en el comportamiento culposo y negligente de la señora Traverso al otorgar su clave personal de tarjeta de débito a terceros, haciendo caso omiso a las advertencias del banco.

En el artículo 512 Código Civil define a la culpa como “la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y de lugar”.

O sea que el banco se ampara bajo la conducta culposa de la señora Traverso.

No obstante, la defensa de la señora señala que el caso debe encuadrarse en un factor de atribución objetivo, que como ya se ha visto este tipo de factores, se caracteriza por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y la responsabilidad que de él deriva en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad.

Casos como el de los daños provocados por el riesgo o vicio de las cosas y la responsabilidad de sus dueños o guardianes caen bajo esta órbita.



El servicio de cajero automático, las tarjetas de débito, los servicios electrónicos en general tienen un potencial grado de riesgo, porque se efectúan transacciones dinerarias u operaciones de manera virtual o electrónica, por medio de redes de intercambio de datos.

Estos sistemas deben poseer estrictas medidas de seguridad tales como las tradicionales operaciones que proveen los bancos, ya que se manejan fondos ajenos de los clientes que depositan su dinero con confianza.

En este caso, como en el anterior, la tarjeta que proporcionó el banco al cliente para operar con el cajero fue vulnerada, se produjo un daño, una lesión al patrimonio de la señora Traverso y, finalmente no se cumplió con la obligación primigenia del banco que era resguardar los fondos depositados del cliente.

1.3

No contrariamente, pero sí con una manifiesta disparidad de criterio, el fallo **“Zappettini Raúl Martín c/ Banelco S.A. s/ ordinario”** da una visión diferente de los casos vistos anteriormente.

El Sr. Zappettini en el mes de Septiembre de 2003 intentó efectuar una operación en el cajero automático de un banco. Al ingresar la tarjeta, ésta le fue retenida a pesar de haber ingresado correctamente la clave personal o pin. Esa noche al revisar su cuenta por Internet notó que habían sido extraídos \$9920.00 (en 3 extracciones) de su cuenta.

El hecho ocurrió un día domingo que al día siguiente era feriado y el cliente esperó al primer día hábil para dar aviso al banco de lo acontecido.

Al no obtener respuesta satisfactoria de parte del banco, llevó el caso a la justicia reclamándole la devolución íntegra de la suma que había sido extraída de su cuenta.

Durante la investigación del caso se comprobó que la puerta del cajero no cerraba bien, lo cual podría haber ayudado a terceros a colocar un “pescador”, elemento que puesto en la ranura del cajero automático



donde los usuarios ingresan las tarjetas, permite la retención de la tarjeta colocada y su posterior extracción por un tercero.

Por tal razón, se delegó responsabilidad en el Banco por los recaudos de seguridad que debió haber tomado; pero, no obstante, se dio relevancia a la conducta omisiva del actor de no formular la denuncia policial correspondiente. La conducta del cliente no fue considerada trascendental para la producción del daño, pero si considerada fundamental para provocar el agravamiento del mismo, por las dos extracciones posteriores.

A fin de analizar si existe responsabilidad o no del banco, nuevamente se analizará la existencia de los cuatro presupuestos: daño, relación de causalidad, antijuridicidad y factor de atribución.

Daño:

Efectivamente, en el caso existe un daño, una consecuencia perjudicial un menoscabo de contenido patrimonial, al habersele extraído dinero de la cuenta del señor Zappettini por terceras personas no autorizadas por él.

Zappettini, titular de una cuenta bancaria en Banco BBVA Banco Francés y poseedor de una tarjeta de débito, intentó operar con un cajero automático, el cual retuvo su tarjeta de débito aún cuando él ingresó correctamente su clave bancaria.

Como se vio anteriormente, el daño es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de una lesión, según los maestros Pizarro y Vallespinos.

Relación de causalidad:

Retomando el artículo 906 del Código Civil, el cual nos dice que en ningún caso pueden ser imputables aquellas consecuencias que no tienen



con el hecho ilícito algún nexo adecuado de causalidad, se puede examinar este presupuesto de responsabilidad civil en el caso Zappettini.

Siguiendo el criterio de Pizarro y Vallespinos³⁰, a diferencia de lo que sucede en derecho penal, en el cual sólo el responsable responde por sus actos, en responsabilidad civil rige un criterio distinto. Una persona puede responder por el hecho propio y también por el hecho ajeno, con fundamento en el artículo 1113 Cód. Civil, en donde “con sustento en la idea de garantía o en el riesgo creado, se atribuyen las consecuencias dañosas de la conducta realizada por otra persona, frecuentemente sin que medie acción u omisión atribuible al principal responsable”. Consecuentemente se produce la disociación entre la persona que ejecuta el hecho ilícito y la persona que sufre las consecuencias y que debe hacerse responsable del mismo.

En este caso se presenta una maniobra delictiva llevada a cabo por personas ajenas al banco, los cuales logran colocar un “pescador” en la ranura donde se inserta la tarjeta magnética para realizar extracciones en el cajero automático. Cuando el cliente va a utilizar el cajero, éste le retiene la tarjeta y el cliente se retira sin efectuar la denuncia correspondiente.

Los terceros entonces, apoderándose de la tarjeta retenida efectúan diversas extracciones en distintos bancos durante el transcurso del día.

Por la noche el cliente revisa por Internet su cuenta bancaria y se encuentra con que mediante diversas extracciones le fue retirado dinero de su cuenta bancaria.

Mediante pericias se comprobó que la puerta del habitáculo donde se encontraba el cajero no cerraba bien y que era posible la instalación de ese elemento “pescador”, por lo que se deduce la falta de responsabilidad del banco en tomar las precauciones debidas y las medidas de seguridad a las que está obligado.

Las tarjetas conllevan la calificación de ser elemento riesgoso, ya que, al ser una de sus funciones principales efectuar operaciones con las

³⁰ PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op cit. Pág. 103.



cuentas bancarias de los clientes, las entidades bancarias deben garantizar que el software que ellas utilizan sea infranqueable y el sistema del cajero automático comprenda las mayores garantías de seguridad.

En casos como este, en donde la responsabilidad se orienta hacia el responsable de la cosa riesgosa, denominada responsabilidad objetiva, la relación de causalidad puede verse interceptada por una causal que interrumpa o atenúe los efectos de un hecho, o sea que la entidad bancaria, si fuera considerada responsable del hecho debería demostrar la existencia de una causa ajena para liberarse.

Estas causas pueden ser el hecho de la víctima, el hecho de un tercero extraño por quien no se deba responder o por caso fortuito o fuerza mayor.

Se descarta en primer lugar el hecho fortuito o la causa de fuerza mayor, ya que ésta se configura según el artículo 514 C.C. como aquel “que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”.

El hecho de un tercero por el cual no se deba responder, expresado en el art. 1113 C.C., refleja el caso en que la entidad financiera se eximiría de culpa acreditando la incidencia de actos de terceros ajenos a la relación contractual.

Siguiendo con el mismo criterio doctrinario, el guardián de la cosa riesgosa, tal como aquí el banco guardián del cajero automático, queda al margen de la eximente.

La entidad financiera proporciona al cliente como adicionales la tarjeta y el servicio de cajero automático. Estos servicios deben ser otorgados bajo las mismas medidas de seguridad que las demás formas de operar que tienen los bancos, por lo tanto éstos deben garantizar su correcto funcionamiento y no pueden ampararse en el hecho de un tercero ajeno porque no han cumplido con las debidas precauciones a las que estaban obligados.

El hecho de la víctima se considera suficiente para interrumpir el nexo causal, puede ser como un hecho exclusivo, específico; o, un hecho concurrente que acompañe a otros relevantes para producir los efectos dañosos.



Como se dijo anteriormente, el banco tiene el deber de brindar seguridad y otorgar garantías para que los usuarios operen con sus cuentas bancarias por medio de los servicios electrónicos. La entidad no puede ampararse en el hecho ilícito de terceras personas ajenas al vínculo contractual, pero podría ser un factor coadyuvante al ilícito el hecho de la víctima.

El señor Zappettini, una vez retenida la tarjeta por el cajero automático, omitió dar aviso al banco. La tarjeta le fue retenida un día domingo a las 10.10 a.m. que al día siguiente era feriado, por lo cual él efectuó la denuncia pertinente en el banco el primer día hábil siguiente, sin hacer caso al anuncio que aparece en la pantalla del cajero de realizarla inmediatamente al teléfono que detallan (el cual funciona las 24hs todos los días del año).

Los terceros con la tarjeta realizaron tres extracciones durante el primer día en distintas sucursales.

Se aduce que si el cliente hubiese efectuado la denuncia a tiempo, la primera extracción es muy factible que sí se hubiera llevado a cabo, pero las dos siguientes podrían haber sido evitadas.

Su conducta, en principio, no provoca la ruptura del nexo causal, ya que por lo señalado no es autor del daño ni tampoco ayuda a que se provoque el mismo.

Pero, por otro lado, su conducta negligente de no dar aviso al banco de la situación en el momento en que ocurrió el hecho agrava el menoscabo producido en su patrimonio. Si él, hubiese realizado la denuncia probablemente podría haber evitado la segunda y tercera extracción, ya que la denuncia inhabilita la tarjeta, por lo que este comportamiento omisivo logró agravar la situación. El cliente tiene también, como el banco, el deber de actuar de buena fe, de proceder tomando las debidas precauciones para que el hecho no siga agravando los daños.

O sea que el señor Zappettini tiene también responsabilidad en el agravamiento del hecho.



Los demás requisitos para conformar la responsabilidad civil, como la **antijuridicidad** y el **factor de atribución**, coinciden con los casos anteriores.

A diferencia de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil se rige por el principio “*alterum non laedere*”, que es aquel que prohíbe causar daños a otros en su persona o en sus bienes, sin que sea menester especificar precisamente los ilícitos como en la ley penal, consecuentemente todo daño debe ser resarcido, sin que haga falta que esté tipificado por la ley.

Como dicen Pizarro y Vallespinos “la actividad riesgosa puede devenir dañosa”, es entonces cuando se transgrede el principio *alterum non laedere*.

La creación de, en este caso, servicios “potencialmente” riesgosos como lo son el cajero automático junto con la tarjeta de débito, supone el correlativo deber de seguridad y garantía por el correcto funcionamiento de los mismos, a fin de que los usuarios operen con tranquilidad y confianza como lo hacen con los demás servicios tradicionales bancarios.

El artículo 1113 C.C. dice que “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”, por lo que quien inserte un factor generador de riesgos, como en este caso los cajeros y las tarjetas de débito, debe responder objetivamente por la creación del riesgo.

Sumado a esto se encuentra el deber de seguridad, el cual configura otro factor de atribución objetivo.

Asimismo se puede enmarcar el caso aludido en la Ley de Defensa del Consumidor (L.D.C.).

El cliente bancario es considerado según esta ley como un consumidor final, ya que es una persona física que contrata onerosamente una cuenta bancaria con la entidad, encuadrada ésta en una relación de consumo.



Establecen una relación contractual en la cual el banco está obligado a prestar el servicio de cuenta corriente con los deberes de seguridad que esta conlleva y la obligación de cumplimiento del servicio prestado al consumidor.

Como accesorio gratuito del contrato de cuenta corriente, la entidad bancaria ofrece adicionalmente el servicio de cajero automático, otorgando al usuario una tarjeta magnética para operar con el mismo y es responsable, de acuerdo al artículo 4º de la Ley, de proveer la información necesaria, objetiva, detallada y eficaz a fin de que el cliente entienda su funcionamiento y los riesgos de no seguir las indicaciones. Caso contrario la entidad bancaria debe hacerse responsable por el riesgo que genera.

Conforme el artículo 40 L.D.C. cuando el prestador del servicio expone al consumidor a un daño provocado por el vicio o riesgo de la cosa debe hacerse responsable y se enmarca en una responsabilidad de tipo objetiva.

A la vez, la entidad financiera por ejercer una actividad de tipo profesional y encontrarse en una posición ventajosa frente al consumidor (señalado por le LDC como la parte débil de la relación contractual) debe comportarse como tal, facilitando y aportando los elementos necesarios a fin de probar el conflicto, algo que no está al alcance del cliente.

Por esta razón, conforme la teoría dinámica de la prueba, que es la teoría en donde se invierte la carga a favor de la parte débil de la relación por no contar con los medios necesarios, el banco debe probar si hubo vicios, errores o fallas en el software de la tarjeta magnética o en el cajero automático.



CAPÍTULO IV

HOME BANKING

Tanto en Argentina como en todo el mundo, el sistema bancario no puede pensar en no avanzar por el rumbo de la tecnología y en este caso sin tener un espacio virtual en Internet como es la banca electrónica o *Home banking*.

Por medio de este servicio brindado por los bancos se pueden realizar diferentes operaciones y transacciones durante las 24 hs del día, cualquier día del año, y conectándose el cliente (titular de una cuenta bancaria) desde su pc en su hogar, trabajo o en cualquier lugar que tenga acceso a la red.

A *home banking* se accede previo contrato celebrado entre el banco y el cliente como anexo a la apertura de una cuenta corriente o caja de ahorro, al cual se le otorga una clave personal y un usuario para operar en el sistema, como un servicio adicional y gratuito.

Al ingresar en la dirección web proporcionada por el banco, el usuario es invitado a aceptar un contrato de adhesión formulado por el banco, sin posibilidad de oponerse, ya que sino consiente el contrato no puede acceder a su utilización.

A través de este servicio se pueden efectuar operaciones tales como:

- Verificar saldos y movimientos de las cuentas.
- Pagar servicios que se encuentren o no adheridos al sistema de débito automático.
- Efectuar transferencias a otras cuentas.
- Consultar y abonar tarjetas de créditos asociadas a la misma entidad bancaria.



A fin de garantizar la seguridad del sistema y de los clientes, el banco provee ciertas recomendaciones³¹. Algunos de los consejos son:

- Resguardar su clave, cambiarla frecuentemente y tratar de evitar contraseñas obvias como fechas de nacimiento, documento de identidad o datos que contengan información personal.
- Tomar precauciones al acceder de lugares públicos, para lo cual suele proporcionar una modalidad de teclado en pantalla para utilizar con el mouse, a fin de no tener que usar el teclado físico y marcar la clave.
- Estar alerta a la recepción de mails porque cada vez existen más sitios web falsos que se especializan cometer fraudes para estafar a la gente.

Durante la conferencia “Banca Electrónica. Firma Digital” (Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal) que se llevó a cabo el 20 de Agosto 2003, el Abg. Alejandro Cicardo, especialista en la materia, hizo un paréntesis en el porqué de la operatoria con estos nuevos servicios y concluye que simplemente por una reducción en los costos. Comentó que está calculado que una operación por Internet cuesta cien veces menos que una operación por cajero tradicional, por ello la importancia que se le da al tema a nivel mundial y por qué no también aquí en Argentina.

Desde el punto de vista jurídico se observa en la banca electrónica ciertas características riesgosas, al ser un medio digital o virtual cuya función fundamental está vinculada a la transferencia de dinero de los clientes bancarios.

El Código Civil define a las cosas en su artículo 2311 como aquellos objetos materiales susceptibles de tener un valor y además extiende esa clasificación a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

³¹ www.bapro.gov.ar



Iturrospe y Piedecosas en su comentario al artículo 1113 C.C. se refieren a las cosas riesgosas como aquellas que provocan una responsabilidad de tipo objetiva, que viene a “superar una responsabilidad con base en el reproche de conciencia” por otra que atiende a comportamientos que, si bien son lícitos, son, a la vez, creadores de riesgos o peligros.

Una vez que este riesgo se concrete en daños entonces sale a la luz la responsabilidad. O sea que mientras sólo exista riesgo sin concretarse el daño no va a haber sanción ni responsabilidad.

Este servicio de *home banking* es brindado por medio de la red virtual mundial como es Internet y al ser utilizado para efectuar transacciones dinerarias conlleva una carga mayor de seguridad.

Los bancos deben cumplir con sus deberes de seguridad y de información a fin de que los clientes y usuarios del sistema sepan como usarlo y cómo prevenirse de casos de fraudes. Y a la vez se sientan protegidos y seguros de que las entidades toman todas las medidas de seguridad que está a su alcance y que también las van actualizando, porque el medio digital y electrónico avanza a pasos agigantados, como así también los fraudes y maniobras delictivas.

Correlativamente a la importancia por reducir costos se debe dar suma relevancia al tema de la seguridad de este tipo de transacciones. Internet no es un medio seguro, lo vemos actualmente en todo tipo de ámbitos, y a medida que van surgiendo nuevas formas de transigir, de negociar, de relacionarse, también surgen las contras, los efectos que contrarrestan las ventajas de la conexión. Por ejemplo los *hackers*, son personas que utilizando sus conocimientos en tecnología y software, cometen fraudes por estos medios y van evolucionando a la par en sus maniobras delictivas.

Uno de los fraudes que se cometen por Internet vinculado a los bancos y más específicamente a la banca electrónica es el *Phising*.



El *phising* tiene como finalidad engañar a los usuarios de los bancos para conseguir datos confidenciales sobre sus cuentas bancarias, información personal y claves de acceso³².

Para llevar a cabo el ilícito, el estafador envía correos electrónicos a los clientes del banco, utilizando páginas web similares a las oficiales de las entidades, solicitando que ingresen a un sitio web del banco (al cual redireccionan) e ingresen sus datos, siempre haciéndose pasar como si fueran la institución bancaria. Generalmente suelen aducir problemas en los sistemas de los bancos, excusas de medidas de seguridad, etc.

Una vez que obtienen los datos del cliente, vacían sus cuentas por transferencias o efectuando pagos a nombre del cliente estafado.

Por lo general el e-mail contiene logos o detalles del banco que lo hacen parecer auténtico y con el fin de no dejar pensar al usuario le atribuyen carácter de urgencia al mail.

En la página web del Banco de la Provincia de Buenos Aires, preventivamente, se incluyen algunas expresiones utilizadas por los estafadores a modo de ejemplo:

- “Verifique su cuenta”
- “Si no responde en un plazo de 48hs su cuenta quedará cerrada”
- “Estimado cliente...” los mails suelen enviarse masivamente, sin dirigirse al cliente.
- “Haga clic en el vínculo incluido más abajo para acceder a su cuenta”

Frente a una situación similar aconseja denunciar el hecho y no enviar información personal y confidencial, ya que los bancos no solicitarán jamás su clave o datos por dichos medios.

En cuanto a la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 4º impone la obligación de proporcionar a los usuarios información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características de los servicios prestados por las entidades bancarias, y este derecho a la información de

³² www.estudiomarsala.com



los consumidores o clientes encuentra respaldo en el art. 42 de la Constitución Nacional, en este caso de las entidades bancarias.

El objetivo del cumplimiento de este deber por parte de la entidad bancaria radica en proporcionar al cliente la información, los conocimientos a fin de que pueda tomar decisiones apropiadas y hacer un adecuado uso del sistema electrónico.

Sería muy efectivo brindar información a los usuarios de la banca electrónica, acerca del correcto funcionamiento, los beneficios que proporciona, las operaciones que se pueden lograr con su funcional utilización y por sobre todo los riesgos del *home banking* y los posibles intentos de fraudes a los cuales pueden verse sometidos.

La finalidad de estas normas, tanto de la LDC como de la C.N., es *“la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contratan. La razón de la norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual pretende contratar”* (CNCont Adm Fed., Sala 2, “*Diners Club Argentina SACy de T c. Secretaría de Comercio e Inversiones s/ Disp. DNCI 165/97 causa 10361/97, 11/04/1997, Lexis Nexis On Line N° 8/3005*).

Se dice, respecto del deber de información que las partes no se encuentran en una relación paritaria, de igualdad, por lo tanto, la entidad tiene la obligación de informar al usuario acerca del correcto uso del sistema y sobre todo de los riesgos que éstos implican.



CAPITULO V

CONTRATOS DE ADHESIÓN. CONTRATOS DE HOME BANKING. CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD.

Al momento de concretar la adquisición de tarjetas de crédito; o en la apertura de una cuenta corriente o caja de ahorro con la entrega de su respectiva tarjeta de débito; o simplemente al generar un usuario para operar en la banca electrónica o *home banking*, el cliente debe prestar su conformidad adhiriéndose y firmando un contrato al banco.

Estos contratos, al efectuarse masivamente, son predeterminados por los bancos, quienes ya poseen con anterioridad formularios impresos con cláusulas predispuestas.

Conforme con el maestro Carlos Ghersi, como dice en su libro Derechos Civiles y Comerciales “la pasividad en la demanda determina la creación de condiciones generales a las cuales los clientes adhieren o no, pero que no pueden modificar”. O sea, que los bancos aprovechan la poca oposición/reacción de los consumidores frente a estas estipulaciones, lo cual provoca que éstos reafirmen sus cláusulas abusivas refugiándose.

Además, en la mayoría de los casos, la entidad omite entregar al cliente una copia del contrato suscripto.

El tema en cuestión radica en las cláusulas que conforman estos contratos bancarios.

Ésta es la génesis de este tipo de contratos: de parte de los consumidores, su pasividad, su imposibilidad de oponerse y por el lado de la entidad bancaria, la consecuente oportunidad para insertar cláusulas de tipo leoninas o abusivas, presentando la entidad financiera una conducta de imposición, amparándose en su mayor poder económico de negociación.



El banco presenta un contrato con cláusulas predeterminadas en las cuales la persona no tiene opción a oponerse, sino aceptar o no.

Además de poseer cláusulas generales, las entidades financieras suelen agregar estipulaciones para eximirse de responsabilidad frente a diversas contingencias.

De una encuesta proporcionada por PADEC, Asociación de Consumidores, realizada entre diciembre de 2006 y enero de 2007, respecto de los contratos bancarios se obtuvo como resultado que el 63% de las personas no obtuvieron copia del mismo al haberlo firmado, siendo ésta una obligación del banco, de entregarles copia.

El 14% si lo recibió y sólo un 5% consideró al contrato entendible, comprensible y claro.



Fuente: www.padec.org.ar

En varios ejemplos obtenidos de los contratos de diferentes bancos se ha podido recopilar una serie de ejemplos de cláusulas exonerativas de responsabilidad insertas en contratos de banca electrónica:

Banco BAPRO (Banco de la Provincia de Buenos Aires): dentro del contrato de términos y condiciones del servicio de *home banking* incluye cláusulas de exoneración de responsabilidad, por ejemplo:

- “El banco queda totalmente liberado de responsabilidad por el uso que un tercero pueda hacer del sistema, utilizando su clave personal.”



- “El cliente asume la responsabilidad por el uso del sistema, haciéndose cargo de todos los daños y perjuicios emergentes del uso indebido y/o incumplimiento de las obligaciones que asume en el presente documento.”

- “El banco no asume ninguna responsabilidad por los inconvenientes que el cliente tuviera con el equipo hardware y/o software utilizados para conectarse a este servicio.”

- “El cliente exime al banco de toda responsabilidad por inconveniente, daño o perjuicio que tuviera con el equipo hardware y/o software utilizados, para conectarse a este servicio, fallas de equipos o líneas, u otras contingencias, cualquiera fuera el origen, que impidan el normal funcionamiento del sistema, como así también respecto de aquellos relacionados y/u ocasionados por el prestador del servicio de telefonía celular.”

Banco MACRO: en el caso particular de este banco, en la página web, ante todo hay un aviso el cual predica al usuario “que en caso de no estar de acuerdo con los términos y condiciones se ruega no acceder al sitio”. Por otro lado posee las siguientes cláusulas:

- “Banco Macro no se responsabiliza por los daños y perjuicios que el usuario pudiera sufrir derivados del acceso, uso, o mala utilización de los contenidos de la web.”

- “Además no se responsabiliza por los daños y perjuicios a los sistemas, redes o la información contenida en el sitio, que sean ocasionados por terceros hechos no imputables al banco.”

- “El usuario se responsabiliza frente a Banco Macro S.A. y frente a terceros, por todos los daños y perjuicios que causara tanto su accionar propio, el de sus dependientes o el de terceros conectados a través del usuario, como los que se originen de la inobservancia de leyes, reglamentos, mal uso del servicio o hechos ilícitos.”



Banco ITAÚ: en la cláusula novena de su contrato de adhesión a la banca electrónica dice:

- “El cliente asume la responsabilidad por el uso del sistema, haciéndose cargo de todos los daños y perjuicios emergentes del uso indebido.”
- “El banco no asume ninguna responsabilidad por los inconvenientes que el cliente tuviera con el equipo y/o hardware utilizado para conectarse a este servicio.”

Vistos los ejemplos citados, se puede observar en los contratos de adhesión de los bancos la presencia de cláusulas que efectivamente eximen de responsabilidad a la entidad bancaria.

Este tipo de contratos son muy habituales en la práctica bancaria y en las relaciones de los consumidores con las empresas. Esto tiene su causa en un hecho económico, en la disparidad de poder de las partes en la relación.

Estos contratos proporcionan ventajas a la entidad bancaria, tales como la celeridad en sus negocios, el poder predeterminedar condiciones a fin de favorecerse, permite ofrecer información minuciosa acerca de las obligaciones y derechos de ambas partes; ofrece un trato igualitario a todos los clientes, al ser estos expresados en formularios tipo.

Los bancos generalmente presentan estos contratos al cliente a fin de que simplemente lo firmen y acepten las condiciones impuestas, sin dejar otra opción. Esto se puede tomar como abusivo en ciertas ocasiones, ya que hacen uso de su situación de superioridad frente a la debilidad del consumidor.

En el caso de los contratos de banca electrónica, en sus páginas web, los bancos crean un espacio en donde tildar si el cliente acepta los términos y condiciones de los mismos, y en caso de que se abstenga, no puede realizar operaciones ni ingresar al sitio para ver su cuenta.

Este tipo de cláusulas generalmente son predispuestas unilateralmente, por eso el efecto que provoca es el de ser abusivas y de



teñir la relación contractual de disparidad, sin respetar las condiciones de trato equitativo y digno.

Dentro de las cláusulas abusivas o leoninas que se puede observar en los casos citados previamente se encuentran las “que limitan o exoneran la responsabilidad del predisponente (dispensa de dolo, culpa grave o culpa, limitaciones del derecho al resarcimiento integral, negativa al reembolso de lo pagado, transferencia de responsabilidad a terceros, etc.)³³”.

Ya predica el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor que se “tendrán por no convenientes:

- Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.”

En caso de duda, el contrato debe interpretarse a favor del consumidor, cuando el mismo hubiera sido redactado unilateralmente en este caso, por las entidades bancarias.

Por otro lado, existe una obligación, por parte de la autoridad de control, de vigilar que los contratos de adhesión no contengan las mencionadas cláusulas.

Según Gherzi, en nuestro país este sistema de control existe sólo en determinadas áreas. Así sucede con los contratos de seguro, sometidos a la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros de la

³³ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994. Tomo 1, pág. 364. 3º Edición.



Nación (Ley 20.091), y los contratos de ahorro previo, fiscalizados por la Inspección General de Justicia (decr. 142.277/43).

Estima él que debería existir sobre estos contratos un control administrativo previo, sin obstar a la revisión judicial posterior.

Detectada la presencia de una cláusula abusiva, sea a través del control judicial como administrativo, el paso posterior consiste en el deber del juez o la autoridad administrativa de aplicación de informar a un registro público, para su inclusión y publicación. Se trata de la reproducción de los términos de la estipulación reputada vejatoria, y la prohibición ulterior de toda cláusula de igual contenido.



CONCLUSIONES

A modo de síntesis final de la investigación efectuada se pueden inferir diversas deducciones.

Es innegable el avance de la tecnología y de Internet vinculados al sistema bancario, ya sea por cuestiones de agilidad en las transacciones, de instantaneidad, de proveer nuevos servicios a los clientes o de economía de gastos para esas entidades.

Estos servicios suponen para los usuarios de los mismos un proceso de conocimiento de su funcionamiento y de las medidas de seguridad que debe utilizar para operar con ellos. Tanto el cajero electrónico como *home banking* son servicios que implican el uso de sistemas informáticos, softwares o medios digitales y, muchas veces se encuentran expuestos a riesgos por parte de acciones fraudulentas de terceras personas ajenas a la relación contractual.

Respecto de los casos de fraude efectuado por estas terceras personas, en los cuales se vean perjudicados patrimonialmente los clientes o usuarios del sistema bancario, se ha llegado a las siguientes conclusiones en cuanto a la responsabilidad:

En cuanto a los cajeros automáticos, se ha podido observar, que tanto en Estados Unidos como en España, se producen también ilícitos por medio de fraudes o engaños pero la materia se encuentra regulada específicamente. La responsabilidad, en ambos casos, la posee el cliente/usuario de una tarjeta de débito mientras no efectúe la denuncia correspondiente, otorgándole un plazo determinado, diferente en cada país.

En los casos nacionales analizados se pueden observar diferentes factores a tener en cuenta a los fines de determinar responsabilidades.

Se advierte por parte de los bancos falta de compromiso en la tarea educativa hacia el consumidor referida a los servicios electrónicos que posee, sobre todo de sus riesgos; y, fundamentalmente una sustancial



deficiencia en el cumplimiento de los deberes de seguridad de estos servicios, que conllevan mayor diligencia y actualización permanente por parte de las entidades al poseer sistemas informáticos o softwares a los que la persona normal no tiene alcance.

A la vez, los clientes se amparan en su ignorancia de los posibles fraudes a los que pueden verse expuestos, algo que podría ser, sino evitado, por lo menos minimizado con un mayor compromiso de parte de las entidades en su tarea educativa, aunque también el Estado tiene el deber de proveer a la educación para el consumo según el artículo 42 de la Constitución Nacional.

De esta forma se manifiesta que recae principalmente sobre las entidades bancarias la responsabilidad civil por no cumplir con sus deberes de información, seguridad y por el riesgo creado y efectivizado, cuando se produce el daño por la duplicación de la tarjeta de débito y posterior extracción del dinero del cliente por terceros ajenos mediante el cajero automático. No obstante debe ser un factor agravante en oposición a los usuarios, la circunstancia de no realizar la denuncia correspondiente por el cliente, del fraude conocido, lo antes posible.

Estos casos quedan bajo la órbita del ordenamiento jurídico argentino, fundamentando la delegación de responsabilidad en primer lugar: en el artículo 42 de la Constitución Nacional; y luego, tanto en el Código civil como en la Ley de Defensa del Consumidor, ya que por ambas normativas se llegan a similar conclusión que es que los fallos se enmarcan en la responsabilidad objetiva de los bancos.

En cuanto al servicio de *home banking*, en Estados Unidos y en España también existen casos y ejemplos. Específicamente de España se ha comentado un fallo en el que el banco intenta, sin obtener resultados, resguardarse de los daños producidos por medio del contrato de adhesión que los usuarios consienten al ingresar a la banca electrónica, ya que el mismo posee cláusulas que exoneran a la entidad frente a fraudes cometidos por las redes virtuales.



En el año 2009 el Tribunal Supremo anuló por otra sentencia trece cláusulas bancarias por considerarlas abusivas o confusas. Entre estas cláusulas se hallaban aquellas relacionadas a la dispensa de responsabilidad de los bancos por estas maniobras delictivas de terceros ajenos a la relación contractual.

Aquí en Argentina el tema está bastante desarrollado, los bancos proveen información al respecto, tanto educativa sobre su funcionamiento como preventiva de fraudes, fundamentalmente haciendo alusión al *phising*. No se han hallado fallos nacionales sobre el asunto en cuestión, queda el interrogante si será porque no ha habido casos de fraude por medio de *phising* o porque éstos posiblemente no hayan sido denunciados. De todos modos, la banca electrónica es un servicio con características riesgosas, al ser llevado a cabo por un medio digital como es Internet y mediante una computadora, o sea que de haber que dilucidar un caso es altamente probable que la cuestión derive por la misma senda que los problemas de fraude con el cajero automático, por el rumbo de la responsabilidad objetiva tanto del Código Civil como de la Ley de defensa del Consumidor.

Finalmente, se han estudiado los contratos de adhesión que utilizan los bancos al momento de tratar con los usuarios. Como ya se ha visto, en España el Tribunal Supremo de Justicia declaró nulas trece cláusulas impuestas en los contratos bancarios por abusivas.

En Argentina el tema de los contratos de adhesión bancarios encuentran sus limitaciones en el artículo 37 de la Ley de defensa del Consumidor, la cual indica en qué casos se deben declarar como no convenidas ciertas estipulaciones.

En base a el estudio de varios contratos de adhesión al servicio electrónico de *home banking* de diferentes instituciones bancarias, se ha recolectado y demostrado la frecuencia y liviandad con la que aparecen cláusulas exonerativas de responsabilidad del banco, aprovechándose de



la pasividad de los usuarios y en no poder rechazarlas sin dejar de utilizar el servicio.

Estas estipulaciones importan una renuncia de los derechos del consumidor a reclamar y a la vez limitan la responsabilidad de las entidades a su favor.

En dichas cláusulas, los bancos se liberan de responsabilidad por actos de terceros, delegando la misma también en los clientes por el uso correcto del servicio o por contingencias con los medios electrónicos.

Las entidades no pueden oponer estas cláusulas abusivas y restrictivas de derechos a los clientes o usuarios de sus servicios, ya que son predispuestas unilateralmente y sin respetar condiciones de trato equitativo y digno.

Concluyendo, se puede decir que es necesario, como bien lo predica Ghersi, fundamentándose en el artículo 38 de la LDC, contar con una autoridad de aplicación, un control administrativo previo, que examine y supervise que los contratos de adhesión no posean cláusulas como las vistas recientemente a fin de evitar exponer a los clientes a aceptar estos contratos sin poder oponerse.

Los servicios informáticos forman parte ya de la cultura popular, es inevitable el avance de las tecnologías y la informática, e impensable que no se siga progresando.

Cada vez los bancos están pensando en cómo ofrecer más servicios, modernos y de gran alcance para proporcionar facilidades al operar con ellos. Simultáneamente es necesario y primordial que pongan énfasis en la parte preventiva que es: la comunicación, el cumplir con los deberes de información y esencialmente en la seguridad que les incumbe como persona pública que tiene el deber y la finalidad de resguardar el patrimonio entregado por los clientes a su cuidado. De todas formas, si las entidades no se preocupan por actuar preventivamente, les corresponderá luego, subsanar las fallas y las omisiones de sus deberes fundamentales.



BIBLIOGRAFIA

- ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1ª Edición 1ª reimpresión.1999.
- BENÉLBAZ, Héctor A.; COLL, Osvaldo W.. Sistema Bancario Moderno: Manual de Derecho Bancario. Tomo II. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1994.
- CASTELLANOS, Santiago F. y D´Felice José Carlos. Derecho Bancario. Ed Advocatus, Córdoba 2008.
- GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.1994. Tomo I y II. 3ª Edición.
- GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.1998. Tomo I y II. 4ª Edición.
- LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos Tomo III.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2005.
- MUIÑO, Orlando Manuel. Comentarios de Derecho Comercial y Bancario. Ed. Advocatus. Córdoba 1998.
- PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones. Tomo II y III. Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires 1999
- BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA:
 - * Comunicación “A” 2530. Circular OPASI 2- 164
 - * Comunicación “A” 3390. Circular RUNOR 1-487
 - * Comunicación “A” 3244. Circular OPASI 2-251, LISOL 1-331-RUNOR 1-430



*Sistema Nacional de Pagos 24/11/2003

Páginas Web

- <http://www.aba-argentina.com/home.html>
- <http://abogados.infobaeprofesional.com>
- <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=372>
- www.bapro.com.ar
- www.bcra.gov.ar
- www.bde.es
- www.boe.es
- www.cincodias.com
- www.clientebancario.bcra.gov.ar
- www.clientebancario.bcra.gov.ar/diccionario
- www.davara.com
- www.eldial.com
- www.esta-cash.eu
- www.estudiomarsala.com
- www.ftc.gov
- www.gartner.com
- www.legaltoday.com
- www.normativafinanciera.com
- www.pulsenetwork.com
- www.selecciones.es
- www.univision.com
- www.wikipedia.org
- www.zonabancos.com



- ASOCIACIÓN DE BANCOS DE LA ARGENTINA. Código de prácticas bancarias. Enero de 2010. Texto obtenido en el sitio web www.aba-argentina.com
- LOPEZ MESA, Marcelo J. La antijuridicidad y el daño causado como presupuestos: el territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. Texto obtenido en el sitio web de la Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acaderc.org.ar
- MARQUEZ, José Fernando. Cláusulas abusivas contractuales y defensa de la competencia. Texto obtenido en el sitio web de la Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acaderc.org.ar
- CICARDO, Alejandro R. 2003, Banca Electrónica. En: Conferencia Banca Electrónica. Firma digital. 20 de Agosto de 2003 en Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina.



ANEXOS

ANEXO I

Fallo Rossen Bárbara c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario

En Buenos Aires, a los 27 días del mes de febrero de 2009, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos seguidos por: **"ROSSEN, BÁRBARA LAURA C/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ORDINARIO"** (expte. 49440/04)), en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden Doctores Caviglione Fraga, Ojea Quintana y Monti./- ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs.660/666? El Señor Juez de Cámara Doctor Bindo Caviglione Fraga dice:

I- La sentencia de fs. 660/666 hizo lugar a la demanda promovida por Bárbara Laura Rossen contra Banco de la Ciudad de Buenos Aires y, en su mérito, condenó a éste a abonar a la actora la suma de \$ 6.305, con mas sus respectivos intereses a la tasa que devengan los depósitos en caja de ahorro y costas.- Para resolver en el sentido indicado, la magistrada a quo sostuvo que la entidad bancaria demandada debió extremar los recaudos a fin de custodiar debidamente los datos personales de la actora y formular las recomendaciones en tiempo oportuno que llevaron a que terceros ajenos al vínculo que unió a las partes extrajeran las sumas que tenía depositada la demandante en su caja de ahorro mediante la operatoria con tarjetas de débito "mellizas". Asimismo, señaló que al sub lite le resultaba aplicable la Ley de Defensa del Consumidor y, en ese orden, concluyó que era exigible la protección responsable del cliente. Por otra parte, consideró que el standard de responsabilidad agravada recae sobre la entidad bancaria, pues al no disponer de un sistema de seguridad eficiente debe resarcir el daño ocasionado al actor. En consecuencia, concluyó que toda vez que el suceso acontecido fue previsible para la demandada, con base en el artículo 552 del Código Civil y de la ley 24.240 de defensa del consumidor, estimó que la entidad financiera debió restituir a Bárbara Rossen las sumas que fueron debitadas indebidamente en su cuenta.-

III- Apelaron ambas partes. La demandada expresó agravios en fs. 683/689, que mereció la réplica de la actora en fs. 695/699. Por otra parte, esta última expresó agravios en fs. 692/693 que fue contestada por la demandada en fs.701.- La demandada señala que la aplicación de la ley de defensa del consumidor no () implica apartarse de los presupuestos de responsabilidad que establece el Código Civil. En ese orden, señala que la actora, a pesar de sus advertencias constantes de "que los usuarios del sistema no revelen su clave de seguridad (PIN)", así lo hizo y comunicó la contraseña a extraños, el daño se produjo por culpa de la víctima o de un tercero por el cual se encuentra eximido de responder con arreglo a los términos de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Por otra parte, expresa que los retiros de sumas de dinero de la caja de ahorro de la actora fueron cinco y en ninguno de ellos se supero el límite de \$1.800 por cada extracción. Asimismo, se agravia pues la sentenciante no tuvo en cuenta la advertencia que realizó "Red Link S.A." en el diario Clarín sobre las operaciones en cajero automático y lo resuelto en la causa penal "Bercoff, Sergio Benjamín y otros por asociación ilícita, estafa y defraudaciones" en la cual quedó probado que los damnificados nunca llegaron a comunicarse con el "0800" del Banco Ciudad a fin de denunciar las irregularidades acaecidas mediante el uso de tarjetas "mellizas". Así, concluyó que su parte prestó un servicio acorde con los standars de calidad y seguridad vigentes por lo que no puede exigírsele una conducta negligente ante un obrar imprudente de la aquí actora.- La demandante se agravia respecto de la tasa de interés fijada en la sentencia de primera instancia y expresa que debe aplicarse en el sub lite la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, conforme lo establece la jurisprudencia del fuero comercial.- III- Cabe señalar que las entidades financieras deben adoptar mayores recaudos, habida cuenta su condición de profesional por la naturaleza de la obligación que asume y la actividad que desarrolla.- Las entidades bancarias actúan en el mercado como un profesional de su actividad, titular de una empresa con alto grado de especialización, colector de fondos y distribuidor del crédito por un privilegio emanado del Estado y con superioridad técnica respecto a su cocontratante, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil, debiéndose apreciar su conducta no con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, ya que su condición lo responsabiliza de manera especial y le exige una diligencia y organización acorde con el objeto del negocio (Dubini, Alfredo, "Notas sobre la



actualidad de la jurisprudencia en materia de responsabilidad bancaria", en Cuenta Corriente y Responsabilidades Bancarias, Ed. Ad. Hoc., Bs.As., 2006, pág. 306, Alterini, A. "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", LL 1989-E-847;; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., "Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo IV, pág. 433, ver asimismo CSJN "Inerfin Cía. Financiera S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", del 11.12.86; CNCom., Sala E, "Loghen, Jorge Anibal c/BBVA Banco Francés S.A.", del 16.08.07; id. "Traverso, María del Carmen c/ Bco. de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", del 30.6.08).- Cabe señalar que a pesar de que la actora fue engañada mediante maniobras de terceros al divulgar la clave de seguridad de su tarjeta de débito (PIN) -según consta en las fotocopias de la causa penal anexadas a estos autos (ver fs.409/410)-, el banco debió extremar los recaudos para dificultar la posibilidad de utilizar tarjetas de débito "mellizas" para extraer fondos de las cajas de ahorro de sus clientes.- Asimismo, es dable advertir que fue el propio coordinador de tecnología de información a cargo del departamento de prevención de fraude en la banca automática de la accionada, quien reconoció que los damnificados en la causa penal fueron 114 (ver fs. 618). Por otra parte, las recomendaciones que dijo haber efectuado la demandada a sus clientes fueron posteriores al hecho que se trata en estos autos según resulta de fs. 43, 118, 123 y 274; circunstancia que tampoco puede ser suplida por la nota publicada en Diario Clarín referida a "robos con tarjetas" que mencionó la demandada con la intención de eximirse de responsabilidad (ver fs. 126).-

Por otra parte, resulta de la propia documentación acompañada por la demandada (ver fs. 140) que las extracciones efectuadas por terceros en la caja de ahorro de la actora superaron el límite diario que tenía derecho a debitar su titular, esto es, la suma de \$1.800. En consecuencia, cabe concluir que más allá de la conducta asumida por la actora -cuya voluntad fue viciada mediante el ardid o engaño de terceros quienes la indujeron a divulgar su clave de seguridad- el banco fue negligente en su obrar, pues no dispuso de medios de seguridad eficientes a fin de evitar la operatoria de "la confección tarjetas mellizas" que, en diversos casos, permitieron extraer fondos de las cajas de ahorro de sus clientes.- La entidad financiera no cumplió con la obligación de seguridad -garantía expresa o tácita- que asumen las partes en ciertos contratos, con el fin de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que se puedan ocasionar durante su ejecución (cfr. López Herrera, Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", LexisNexis, n° 7004/004379).- En ese sentido, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos "Bieniauskas, Juan Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario" [Fallo en extenso: elDial - AA4927], del 15 de mayo de 2008, señaló: "... La confianza radica no sólo en el uso de la clave personal y única, sino también la esperable inviolabilidad de la tarjeta magnética entregada como del software utilizado por el Banco. Todo ello constituye un "sistema informático" que se pone a disposición del cliente y que debe brindar, con suficiente confianza para que su uso sea aceptado..." (ver asimismo normativa que impone a los bancos contar con mecanismos de seguridad informática que garanticen la confiabilidad de la operatoria; en ese sentido, regulan el tema antes mencionado la Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2.; y Comunicación A 4272, 2.1.1.6).- En razón de lo expresado, corresponde desestimar el agravio de la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto a este punto.- IV- En cuanto al agravio de la actora referido a la tasa de interés aplicable, corresponde fijarla toda vez que se deben los intereses moratorios, a la tasa de interés establecida en el plenario de este fuero en los autos "S.A. La Razón / quiebra s/ inc. de pago a los profesionales", del 27.10.94 (E.D. 160-205).

En consecuencia, habida cuenta el carácter obligatorio que a tales sentencias confiere el artículo 303 del Código Procesal, corresponde aplicar la referida doctrina (ver esta Sala en "Cajaravilla, Juan Pablo c/ Lua Cia. de Seguros S.A.", del 22.08.03). A lo que corresponde agregar que no se advierten en el sub lite circunstancias especiales que justifiquen la aplicación de una tasa distinta a la establecida por este Tribunal en casos similares (ver esta Sala en "Lunchon Tickets S.A. c/ P.L. Rivero s/ ordinario", del 27.5.98).- En consecuencia, corresponde estimar el agravio de la actora y, modificar la sentencia apelada según lo expresado en este capítulo.- V- Por ello voto por la afirmativa, con la sola modificación que resulta del considerando IV. Con costas dealzada a la demandada vencida (cfr. art. 68 del Código Procesal).- Por análogas razones los Señores Jueces de Cámara Doctores Ojea Quintana y José Luis Monti adhieren al voto que antecede.- Fdo.: José Luis Monti, Bindo Caviglione Fraga y Juan Manuel Ojea Quintana Ante mí: Fernando I. Saravia, Secretario de Cámara Buenos Aires, 27 de febrero de 2009.- Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede se confirma la sentencia apelada, con la sola modificación que resulta del considerando IV. Con costas de alzada a la demandada vencida (cfr. art. 68 del Código Procesal).- El Dr. Juan Manuel Ojea Quintana actúa conforme lo dispuesto en la Resolución N° 542/06 del Consejo de la Magistratura y Acuerdo del 15/11/06 de esta Cámara de Apelaciones.-/-



ANEXO II

Fallo Traverso María del Carmen c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario

Provisto por elDial.com
30.295/2004 - Traverso María del Carmen c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario' - CNCOM - SALA 30/06/2008

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil ocho reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: "TRAVERSO MARÍA DEL CARMEN C/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO", en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los doctores Martín Arecha, Rodolfo A. Ramírez y Ángel O. Sala.// Estuidados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 413/424? El Señor Juez de Cámara doctor Arecha dice:

1. María del Carmen Traverso demandó al Banco de la Ciudad de Buenos Aires S.A. por cobro de la suma de \$ 21.307,11 (\$ 11.307,11 por restitución de fondos y \$ 10.000 por daño moral) con más intereses y costas.- Dijo que su relación con el banco (en el que poseía caja de ahorro en la que se depositaban sus haberes como dependiente del Poder Judicial de la Nación) transcurrió con normalidad hasta enero de 2004, cuando recibió un llamado telefónico de un supuesto empleado de la entidad financiera que le informó que habían intentado utilizar su tarjeta Moderban para una compra telefónica que se vio frustrada por no haber podido el pretenso comprador suministrar todos los datos que le habían sido requeridos, y le indicó que se comunicara con "Atención al Cliente" para evitar que siguieran intentando utilizar la tarjeta. Adujo que procedió en tal sentido, siéndole requerido -a efectos de anular el plástico anterior y obtener uno nuevo- que ingresara su PIN. Cinco días después dijo haberse comunicado con el banco a fin de requerir su nueva tarjeta siéndole informado que el anterior plástico no () había sido anulado, recomendándosele que verificara el saldo en su cuenta y que, en caso de que ella arrojava algún faltante, formalizara la pertinente denuncia en el sector "Caja de Ahorros". Descubrió, entonces, que el saldo de su cuenta ascendía a \$ 8 por lo que procedió a efectuar la denuncia en el banco indicándole éste que se dirigiera a la División Fraudes con Tarjeta de la Policía Federal para realizar la denuncia en el marco del sumario N° 1163/03 que había sido iniciado a raíz de hechos similares que ya habían afectado a otros clientes.- Dijo que solicitó en el banco la restitución de los fondos indebidamente extraídos y que ante su falta de respuesta le remitió carta documento que fue contestada declinando responsabilidad.- Explicó que el obrar de la entidad bancaria no se condijo con la diligencia propia de un buen hombre de negocios al no prever las contingencias que podían suscitarse en el funcionamiento del sistema y al no alertar a los clientes sobre la existencia de las maniobras delictivas, más aún teniendo en cuenta que las había conocido y denunciado penalmente el hecho ante la Policía Federal.- Banco de la Ciudad de Buenos Aires contestó (fs. 80/87) negando genéricamente los hechos invocados por su contraria mas reconociendo la titularidad de esta respecto de la tarjeta y de la cuenta, así como su saldo de \$ 11.307,11 al 13.01.2004. Destacó que no había violado la ley 24.240, acompañó la solicitud de apertura de cuenta y señaló que las normas y condiciones generales de adhesión al servicio Moderban constan publicadas en su página web y que en los cajeros automáticos y en la página del banco se advierte que no debe divulgarse el PIN. Esgrimió que no se encontraban reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil y, en particular, que la actora había sido víctima de un ilícito por el que el banco no debía responder. Dijo haber adoptado diversas medidas de seguridad. Y, finalmente, invocó la prejudicialidad de la causa penal y ofreció prueba.-

2. La sentencia de f s. 413/424 hizo lugar a la demanda y condenó al Banco de la Ciudad de Buenos Aires a abonar a la Sra. María del Carmen Traverso la suma de \$ 16.307,11 de los cuales \$ 5.000 correspondieron a daño moral.-

Básicamente se consideró probado que fueron indebidamente extraídos fondos de la cuenta de caja de ahorro de la actora y que el banco incumplió su obligación de seguridad respecto del cliente, lo que surgía de la pericia contable y resultó corroborado por el propio Departamento de Prevención de Fraude en Banca Automática (declaración de Jorge Repetto). Sobre tales bases, admitió el reclamo en la extensión indicada.-

3. Apelaron la actora (f s. 425) y la demandada (f s. 427) y fundaron sus agravios a f s. 450/1 y 442/8, los que fueron respondidos a fs. 460/2 y 453/7, respectivamente.- La Sra. Traverso se agravó del monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral pues lo juzgó exiguo.-

El Banco Ciudad, en cambio, se quejó que se hubiera hecho lugar a la acción interpuesta, y -en particular- de que se hubiera declarado procedente la indemnización por daño moral.-

4. Razones de orden lógico imponen atender en primer término los agravios del banco demandado que persigue la revocación de la condena, para luego y en su caso, pronunciarse respecto de la queja de la actora relativa a la cuantificación del daño moral.-

4.a. Las críticas ensayadas por el banco no logran conmovir el argumento medular del fallo que radica en que esa parte violó su obligación de seguridad, al no advertir oportunamente a sus clientes sobre la modalidad delictiva de la que fue víctima la Sra. Traverso.-

De acuerdo a las probanzas rendidas en autos, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires se encontraba en conocimiento de la perpetración de ilícitos como aquél del que fue víctima la Sra. Traverso, desde el 05.09.2003, fecha en la que se presentó como damnificado y radicó una denuncia por ante la División Fraudes Bancarios de la Policía Federal, que dio lugar a las actuaciones "A.V. Estafa" identificadas bajo el N° 163/03 (v. contestación de oficio de la Policía -f s. 340- y testimonial del coordinador de seguridad y tecnología del Banco



-fs.

311-)-

Sin embargo, no previno a sus clientes sobre lo que estaba ocurriendo sino hasta febrero de 2004 (v. testimonial Garegnani -fs. 226-, Bonel -fs. 227-, Formoso - fs. 228- y Munne -fs. 237 vta.-) , es decir, una vez que el daño ya había sido infringido a la actora.- Destaco, en cuanto a las medidas de seguridad que dice haber desplegado el banco recurrente, que la autenticidad de la nota alertando a los clientes que lleva fecha "enero de 2004" (fs. 102) y de las "condiciones generales" para el "uso de la tarjeta Moderban" (f s. 91/3) fue negada por la actora (fs. 107) y que no se produjo prueba al respecto; que no pudo determinarse si el despliegue de stickers en cajeros automáticos (v. testimonial de fs. 313 y reconocimiento de fs. 152) o el mensaje aconsejando la no divulgación del PIN (v. informe Link de fs. 138) existía a enero de 2004 (fecha del fraude) pues las distintas constataciones efectuadas lo fueron mucho tiempo después (en febrero de 2005 -fs. 152- y junio de 2004 -fs. 103/5-); que esas calcomanías eran insuficientes para informar a todos los clientes del banco pues muchos de ellos no usan los cajeros automáticos y operan directamente en los puntos de venta o por ventanilla, o eran deficientes para imponerlos de los serios riesgos que corrían frente a la modalidad delictiva en cuestión pues no explicitaban el modus operando de la banda que perjudicaba a los clientes del banco; y, finalmente, que la publicación en el Diario Clarín no fue realizada a instancias del banco ni a raíz de información que el mismo suministró, sino a instancias de la proporcionada por "fuentes de la Policía Federal" (v. f s. 139/140).- Por lo demás, señalo que el hecho de que mediante la apertura de una cuenta en el Banco y la obtención de una tarjeta por uno de los miembros de la banda delictiva, ésta haya logrado hacerse del "patrón original de la banda" de la tarjeta Moderban, debiendo luego solamente "reemplazar [en la tarjeta falsa] el nombre tal cual lo habían pedido" a las víctimas en la comunicación telefónica en la que se habían hecho pasar por empleados del Banco Ciudad (v. fs. 312 de la testimonial del coordinador de seguridad), revela también la vulnerabilidad del sistema que la propia entidad financiera manejaba y utilizaba con sus clientes (v. rta. G de la pericia contable).-

Cuadra entonces concluir que la entidad financiera incumplió la obligación de seguridad -garantía expresa o tácita que asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución (López Herrera, Edgardo; "Teoría general de la responsabilidad civil", Lexis Nexis, Lexis N° 7004/004379)-que ha sido reconocida como principio general del derecho protector de todas las relaciones jurídicas y que encuentra fundamento en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), en la solidaridad social, en el principio de buena fe (conf. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Facultad de Derecho de la UBA) y en el art. 5 de la ley 24240.-

Así las cosas pues las personas que contratan con los bancos lo hacen en función de la confianza y apariencia de seriedad y seguridad que ostentan y, con la apertura de una caja de ahorro, no sólo esperan poder operar con ella sino que también entienden que la entidad crediticia realizará todo lo que esté a su alcance para evitar que -mediante su utilización- sufra daños en su persona o bienes.- Y aún si se juzgara inaplicable al caso la ley 24.240 -como lo pretende la entidad financiera recurrente en su expresión de agravios (fs. 442/3)- podría atribuirse al Banco Ciudad responsabilidad por haber incurrido en culpa al no haber adoptado las diligencias que el caso exigía. Así podría, por ejemplo, haber informado fehacientemente a sus clientes de la modalidad delictiva mediante comunicaciones cursadas a sus domicilios particulares (como hizo tiempo después de que Traverso fuera damnificada), o a través de la publicación de notas periodísticas o solicitadas en medios de prensa escritos, o por la presentación del tema en noticieros y programas de interés general, a fin de que -debidamente alertados de lo que ocurría- no fueran engañados. Nada de eso hizo el Banco permaneciendo, por el contrario, inactivo durante un lapso prolongado, por lo que su conducta no puede sino catalogarse de negligente, con el agravante de que nos encontramos frente a un profesional del "manejo del crédito y del dinero ajeno con alto grado de especialización (arts. 902 y 909 del cód. civil y esta sala, 16.08.2007, "Loglen, Jorge Aníbal c. BBVA Banco Francés S.A.", La Ley Online).- Finalmente, la relación de causalidad entre la omisión del demandado y los daños sufridos por la actora no se vio interrumpida por el accionar de los delincuentes del que da cuenta la causa penal (v. f s. 271/326) pues el banco (que empleaba a un "coordinador de seguridad de tecnología de información" al frente de un sector denominado "Departamento de prevención de riesgo y análisis de fraude en banca automática") debió conocer, por ejemplo, lo endeble que era el sistema para operar las tarjetas -v. testimonial f s. 311-, por lo que bien pudo prever el riesgo que corrían sus clientes (que, de hecho, había advertido desde el momento en que formuló denuncia penal -v. f s. 340-) y extremar las medidas para evitarlo.-

4.b. Sentado lo anterior, cuadra pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización del daño moral que cuestiona el banco recurrente, para luego, de corresponder, ponderar la queja traída por la Sra. Traverso respecto del monto de la misma.- Si bien es cierto que en casos de responsabilidad contractual quien reclama la indemnización debe acreditar las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que el incumplimiento de su co-contratante provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio espiritual (esta sala, 29.10.2007, "Wolffman, Pablo Gerardo c. Siembra Seguros de Vida S.A.", La Ley Online), no lo es menos que en algunas oportunidades no requiere de una prueba acabada sino que es admisible inferirlo razonablemente de las circunstancias del caso (esta sala, 01.06.2004, "Lewi, Osvaldo Daniel y otro c/ Banco del Buen Ayre S.A." [Fallo en extenso: elDial - AA22A0]y 28.03.2006, "Palacio, Pablo Alejandro c/ BankBoston N.A. s/ ordinario").- En el caso, mediante una maniobra fraudulenta que el banco conocía y había denunciado ante la justicia y frente a la cual permaneció inactivo omitiendo alertar debidamente a sus clientes, la Sra. Traverso se vio privada de los salarios que tenía depositados en su cuenta.- Bajo tales premisas me parece indudable que la actora sufrió un menoscabo espiritual que fluye de los hechos antes referidos y, consecuentemente -apreciando el hecho generador y las circunstancias precedentemente reseñadas (art. 522 del cód. civil), juzgo equitativo confirmar la indemnización por daño moral que otorgara la sentencia de \$ 5.000.-

5. Por ello propongo al acuerdo rechazar los agravios de ambas partes y confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide. Costas de esta instancia por su orden, atento el modo en el que se decide (art- 71 del cód. procesal).-



El señor Juez de Cámara doctor Ramírez dice:
Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.-
Por análogas razones el Señor Juez de Cámara doctor Sala adhiere a los votos anteriores.-
Buenos Aires, junio de 2008
Y VISTOS:
Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: rechazar los agravios de ambas partes y confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide. Costas de esta instancia por su orden, atento el modo en el que se decide (art. 71 del cód. procesal).-
Fdo.: Ángel O. Sala, Martín Arecha y Rodolfo A. Ramírez.-
Ante mí: Sebastián I. Sánchez Cannavó

ANEXO III

Fallo Zappettini Raúl Martín c/ Banelco S.A. s/ ordinario

En Buenos Aires, a 11 de agosto de 2009, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "ZAPPETTINI RAUL MARTÍN c/ BANELCO S.A. s/ ORDINARIO", registro n° 13676/2005, procedente del JUZGADO N° 2 del fuero (SECRETARIA N° 3), donde esta identificada como expediente N° 90343, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?
A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia dijo:

1°) Raúl Martín Zappettini promovió la presente demanda contra Banelco S.A y BBVA Banco Francés S.A., en concepto de daños y perjuicios, reclamándoles la suma de \$ 20.043, o lo que en más o en menos resultare de la prueba, intereses y costas.
Al efecto, relató que el día 28/9/03, aproximadamente a las 10,10 hs., concurrió a la sucursal Guaqueguay del banco demandado para operar con el cajero automático allí instalado, y que tras insertar en este último la tarjeta Banelco Electrón que se le había suministrado a ese fin, le fue retenida por el citado aparato mecánico pese a haber ingresado en el sistema correcta y reiteradamente la pertinente clave personal de usuario. Precisó que, en esas condiciones, se retiró sin poder realizar operación alguna. Manifiesto que a la noche de ese mismo día consultó por vía remota (internet) el saldo de su cuenta bancaria asociada, advirtiendo con sorpresa que se habían efectuado distintas extracciones dinerarias por un total de \$ 9.920. Por tal motivo, dijo, se presentó a las oficinas del banco demandado, donde le informaron que, seguramente, había sido víctima de la colocación de un "pescador", esto es, un elemento que puesto en la ranura del cajero automático donde los usuarios ingresan las tarjetas, permite la retención de la colocada y su posterior extracción por un tercero.
La demanda, a la que se llegó después del fracaso de diversos reclamos extrajudiciales y de la mediación obligatoria, comprendió el resarcimiento del daño material determinado por los citados \$ 9.920; del daño moral, estimado en \$ 10.000; y de la recuperación de gastos extrajudiciales por \$ 123 (fs. 24/27).

2°) La sentencia de primera instancia -dictada a fs. 603/610- admitió parcialmente la demanda y condenó al BBVA Banco Francés S.A. al pago de la suma de \$ 1.000, con más sus intereses. Para así decidir, el señor juez a quo señaló que fue probado que el actor contrató con el codemandado BBVA Banco Francés S.A. la apertura de una cuenta bancaria, como así también la entrega de una tarjeta Banelco Electrón. Y enmarcado el asunto en el ámbito de la responsabilidad contractual, juzgó que jugaba en la especie una inversión de la carga de la prueba, pues al banco demandado le tocaba demostrar que el actor había actuado con dolo. Sostuvo que éste último no se había comprobado y que, por el contrario, pericialmente se había acreditado -aunque en fecha posterior a la del hecho- que el habitáculo donde funcionaba el cajero automático no cerraba adecuadamente, y que era posible operar por algunos minutos con un "pescador" que había fabricado el perito actuante. Sin perjuicio de ello, entendió que la omisión del actor en hacer una pronta denuncia de lo ocurrido, había permitido dos de las tres extracciones que en perjuicio de él se realizaron el mismo día en otras sucursales (en Guaqueguaychú, a las 12,13 hs., por \$ 4.000; y en la ciudad de Zárate, entre las 17,31 hs. y las 17,33 hs., por \$ 4.920), encontrando responsable al banco demandado, por ello, solamente por la extracción efectuada en la ciudad de Guaqueguay, un minuto después de los hechos, por un total de \$ 1.000, importe este último por el que, en definitiva, con más sus intereses, se dictó la condena ya que, de otro lado, no se entendió probado el daño moral.
Cabe observar que la sentencia absolvió a Banelco S.A. por no encontrar que respecto de esta parte se hubiera acreditado un incumplimiento causalmente relacionado con el evento.

3°) Tanto el actor como el BBVA Banco Francés apelaron contra el pronunciamiento reseñado (fs. 612 y fs. 615).

El actor expresó sus agravios en fs. 629/631, que fueron contestados en fs. 638/640 por Banelco S.A. y en fs. 645/647 por el BBVA Banco Francés S.A.. De su lado, el banco demandado hizo lo propio en fs. 623/627, mereciendo la respuesta del actor de fs. 642/643.
El actor basó su crítica al fallo en los siguientes puntos: i) en la contradicción en la que habría incurrido el juez



a quo al considerar acreditada, por un lado, la responsabilidad del Banco por el incumplimiento del deber de seguridad, pero por otro lado, al considerar que hubo culpa de su parte por no hacer nada para evitar el despojo, o sea, por obrar negligentemente; ii) en la eximición de responsabilidad respecto de la codemandada Banelco S.A.; iii) en el rechazo del rubro daño moral por no encontrarlo debidamente acreditado; iv) en la no valoración por parte del juez a quo de cierta causa judicial ofrecida como prueba; y v) en la imposición de las costas a su cargo. De su lado, el banco demandado se agravó por: i) la atribución de culpa a su parte ante el supuesto incumplimiento del deber de seguridad que estaba a su cargo; ii) la errónea apreciación del peritaje informático; iii) la inversión de la carga probatoria con relación a la culpa de la víctima; y iv) la aplicación de intereses en la condena.

Aunque con distinta orientación, según se aprecia, tanto el actor como el banco demandado se agravan de lo resuelto en materia de responsabilidad. Comenzaré, por ello, con tal aspecto de la litis, de tratamiento preliminar a cualquier otro, bien que sin seguir el orden expositivo elegido por los contendientes porque metodológicamente entiendo correcto el que desarrollo a continuación.

4°) Es pertinente recordar, ante todo, que si bien con anterioridad a la sanción de la ley 26.361 (promulgada después de ocurrir los hechos que dieron origen a la presente litis) la doctrina no se había manifestado conteste en cuanto a si el cliente de un banco podía considerarse un consumidor protegido por la ley 24.240, la mayoría de los autores se había inclinado por dar una respuesta positiva (en este sentido: Mosset Iturraspe, J., El cliente de una entidad financiera –de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240, JA 1999-II, p. 841; Stiglitz, R., Últimas resistencias contra la protección del consumidor, JA 1999-II, p. 843; Farina, J., Defensa del consumidor y del usuario, Buenos Aires, 2004, p. 103 y ss.; Paolantonio, M., El control judicial de las cláusulas predisuestas y un fallo ejemplar, ED 176-458; Vázquez Ferreyra, R., Cuenta corriente bancaria, contratos de adhesión y tutela del consumidor, ED 177-237; Gerscovich, C., Bancos, clientes y protección de los consumidores, JA 1999-II, p. 973; Barbier, E., Contratación bancaria. Consumidores y usuario, Buenos Aires, 2000, p. 40; Moeremas, D., Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores, LL 1997-E, p. 1267; etc. En contra, Bonfanti, M., El cliente de banco y la ley 24.240, JA 1999-III, p. 704; y planteando el tema: Barreira Delfino, E., La contratación bancaria, en Lorenzetti, R. y Schötz, G., "Defensa del Consumidor", Buenos Aires, 2003, p. 177, espec. ps. 195/196, n° 5). De ahí que, en términos generales, puede decirse que ya antes de la sanción de la ley 26.361, había coincidencia en que estaban comprendidas en el ámbito de la ley 24.240 las operaciones bancarias que prestan las entidades alcanzadas por la ley 21.526 a sus clientes, tales como la cuenta corriente, las cuentas de ahorro, el uso de tarjetas de débito o crédito y similares, o los distintos servicios de depósitos (conf. Villegas, C., Contratos mercantiles y bancarios, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 113). Indudablemente, también quedaba aprehendido en ese marco -y lo está actualmente- el servicio de utilización de cajeros automáticos, que es accesorio de tales otras operaciones bancarias (conf. Cám. Cont. Adm. y Trib. Cdad. de Bs.As., Sala I, 2/9/2003, "Banco Río de la Plata S.A. c/ G.C.B.A."; Drucaroff Aguiar, A., La responsabilidad bancaria: actualidad jurisprudencial, en la obra "Cuenta corriente y responsabilidades bancarias" -dirig. Favier Dubois (h)-, Buenos Aires, 2006, p. 288, espec. ps. 290/292 y 335/341). De su lado, esta Sala, en su actual integración, destacó la pertinencia de aplicar lo dispuesto por la ley 24.240 al servicio de utilización de cajeros automáticos (causa "Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", sentencia del 15/5/08, voto del juez Vassallo). En concreto, con relación específica a la utilización de cajeros automáticos, el vínculo que une al cliente con el banco no deja de ser una típica relación de consumo, definida por el art. 1° de la ley 24.240, de naturaleza contractual (conf. Goldsztein Marote, M. y Barbier, E., Responsabilidad del prestador del servicio de cajero automático, JA 1990-III, p. 748; Mazzinghi, M., Responsabilidad del banco por la extracción fraudulenta de fondos, LL del 1/9/2008). Se ha señalado también, en criterio que cabe compartir, que calificada la relación como contractual, la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación "de resultado" en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc. (conf. Goldsztein Marote, M. y Barbier, E., ob. cit., loc. cit.) y, a la vez, "de seguridad" en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros (conf. Trigo Represas, F. y López Meza, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 432; Dubini, A., Notas sobre la actualidad de la jurisprudencia en materia de responsabilidad bancaria, en la obra "Cuenta corriente y responsabilidades bancarias" -dirig. Favier Dubois (h)-, Buenos Aires, 2006, p. 301 y ss., espec. ps. 309/311 y fallo allí transcripto). Dentro de ese marco contractual, trasciende por su relevancia la prueba del daño sufrido y la comprobación del defecto o falla del sistema, como así también sobre quién recae la carga del onus probandi. Al respecto, ha de entenderse que las entidades bancarias al encontrarse en una posición ventajosa frente al usuario -que es la parte débil de la contratación- son las que ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para aportar los elementos de prueba necesarios para dirimir un conflicto suscitado con un usuario determinado. Por ello, en base a la teoría de la carga dinámica de la prueba, el banco deberá probar que no se ha producido una falla en el software, el fraude del administrador del sistema o una imperfecta o inadecuada información respecto del funcionamiento y operación del servicio de cajero automático (conf. Trigo Represas, F. y López Meza, M., ob. cit., t. IV, p. 433). Es de observar, asimismo, que el problema es resuelto en el derecho comparado con una análoga orientación. En tal sentido, en España es criterio cada vez más extendido el que amplía la responsabilidad del banco en materia de prueba. Es decir, recae sobre el banco la prueba de las disposiciones a través del cajero. Así, una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 18 de enero de 1993 (AC 1993/35) dispuso hacer recaer la carga de la prueba sobre el banco emisor, que es quien controla o debe controlar el funcionamiento de los cajeros, y quien tiene en sus manos el tratamiento de todos los datos. Por su parte, una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo del 27 de junio de 1992, llegó a la conclusión aplicando la ley de defensa al



consumidor española, de que es la entidad bancaria la responsable de los defectos, errores o averías causados por los mecanismos automáticos de que disponen sus clientes para realizar operaciones de ingreso o extracción, siempre que no se pruebe que tales defectos, errores o averías fueron provocados por éstos, de suerte que, en esas condiciones, incumbe al banco la prueba de la culpa, dolo o de la mala fe del cliente, nada de lo cual puede ser presumido. Y si bien existe algún fallo de sentido contrario (Audiencia Provincial de Ciudad Real, del 20/5/93), este último ha sido fuertemente criticado, y la tendencia jurisprudencial más asentada es, según lo destaca la doctrina especializada, exigir responsabilidad al banco, que cada día necesita invertir más en dar mayor seguridad a los sistemas, pues también las posibilidades de fraude avanzan con los progresos tecnológicos y se hacen más sofisticadas. Asimismo, la misma doctrina especializada recuerda que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha resuelto que la "responsabilidad objetiva por fallos del sistema, debe ser asumida por quien lo implanta y no por quien lo utiliza" (conf. Nieto Carol, U., Contratos bancarios y parabancarios, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, ps. 883/884; Sequeira, A., Gadea, E. y Sacristán, F., La contratación bancaria, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 472/473). Cabe observar, en fin, que el recordado fallo de la Audiencia Provincial de Oviedo del 27 de junio de 1992 ha sido difundido y comentado entre nosotros por un destacado autor nacional, quien señala que sus conclusiones, especialmente en punto a la carga probatoria que pesa sobre la entidad bancaria, son perfectamente aplicables en el marco de la ley 24.240 (conf. Vázquez Ferreyra, R., Cajeros automáticos y defensa del consumidor, JA 1997-I, p. 791); y que, en los términos indicados, el banco debe responder frente al titular por la no ejecución o ejecución incorrecta de operaciones, incluso cuando la operación se inicie a través de mecanismos electrónicos que no están bajo el control directo y exclusivo del emisor, es decir, incluso cuando el cajero sea de otro banco, pero asociado al sistema (conf. Nieto Carol, U., ob. cit., loc. cit.).

5º) Lo desarrollado en el considerando anterior, permite advertir la corrección de la sentencia de primera instancia, en cuanto puso en cabeza del banco demandado la carga de probar que el cliente actuó con dolo o con intención de perjudicar, aunque ello no como resultado de una inversión del onus probandi a contrario de lo señalado por el fallo, sino como simple asignación de la carga probatoria en función de las características del servicio bancario prestado y la posición que frente a él tiene el actor en tanto consumidor amparado por la ley 24.240.

Sentado ello, y bajo la premisa de que no se ha discutido ante esta alzada la existencia del prius necesario para que funcione la responsabilidad contractual endilgada en autos, esto es, el daño representado por las diversas extracciones de dinero cumplidas el 28/9/2003 sin intervención del actor (véase, además, el peritaje contable, fs. 302; y los testimonios de fs. 320 y 321, respuesta 15a. en ambos casos), cabe señalar que lejos ha estado el banco demandado de acreditar que el ilícito estuviera causalmente relacionado con la culpa o negligencia de aquél, y menos con su dolo o intención de perjudicar. En tal sentido, no solo el banco demandado no acreditó una negligencia del actor en el momento de utilizar el cajero automático en la mañana del día 28/9/2003, sino que tampoco siquiera intentó probar que dicho medio mecánico funcionaba correctamente en esa ocasión. De hecho, el BBVA Banco Francés S.A. no ofreció prueba pericial para esto último, ni ninguna otra cuyo objetivo fuera acreditar el adecuado funcionamiento del cajero automático o, lo que hubiera sido mejor, que una utilización fraudulenta como la denunciada por el actor, proveniente de un tercero, le fue insuperable de acuerdo a la tecnología existente y con la adecuada previsión que le era exigible como entidad profesional (arg. arts. 513 y 902 del Código Civil). Antes bien, el peritaje presentado por el ingeniero en computación Marcelo J. Zanitti (prueba ofrecida por el actor) acreditó que por la boca que el cajero automático tiene para ingresar la tarjeta operativa, es posible colocar un elemento extraño o "pescador", merced al cual cualquier tarjeta puede quedar retenida para, después, ser ella retirada mediante una pinza puntiaguda hacia el exterior. Concretamente, el experto informó haber improvisado un "pescador" con una lámina de fotografía doblada en dos, y haber podido operar con el cajero por varios minutos antes de que se bloqueara el sistema operativo (fs. 391/392, puntos 1, 2 y 3; y fs. 400). Es decir, pericialmente se demostró que era fácilmente vulnerable el cajero automático del que se valía el banco demandado en la época de los hechos (no se ha alegado en autos que el cajero examinado por el perito hubiera sido otro distinto al instalado el 28/9/2003). Debe ser observado, por otra parte, que el referido informe pericial no fue objetado oportunamente por el banco demandado, por lo que la impugnación que sobre el particular recién ensaya al expresar agravios (fs. 625), aparece como una reflexión tardía y, además, valga señalarlo, sustancialmente inconsistente, porque si la constatación pericial hecha con el improvisado "pescador" se transforma, en definitiva, en una inferencia reconstructiva de lo que efectivamente pudo ocurrir el 28/9/2003, ello no es más que la consecuencia directa -e imputable al banco demandado- de la falta de otra prueba con aptitud para controvertir eficazmente esa constatación.

Tampoco el banco ofreció como medida de prueba la filmación que pudiera haberse tomado el día 28/9/03 con la cámara de seguridad existente en el habitáculo que contiene el cajero automático (fs. 393). Esa filmación podría haber acreditado, por hipótesis, que no hubo ninguna utilización por parte de terceros de mecanismos aptos para retenerle al actor su tarjeta dentro del cajero automático, con posterior apropiación indebida de ella. En las condiciones que anteceden, no habiendo el banco demandado probado el dolo, la culpa o la intención fraudulenta del actor, y tampoco siquiera acreditado que el hecho le fue insuperable de acuerdo a la tecnología existente y con la adecuada previsión que le era exigible como entidad profesional, su responsabilidad debe ser mantenida.

Sólo interesa agregar a lo anterior que no forma óbice el cumplimiento que dicha parte pudo haber dado de la normativa del Banco Central que impone la obligación de colocar avisos que detallan las "Recomendaciones de Seguridad" que deben ser observadas por los usuarios (fs. 624), porque tal cosa es independiente del cumplimiento de la obligación de "seguridad" inherente a la utilización del sistema de cajeros automáticos que pesa sobre las entidades bancarias.

6º) La sentencia de la instancia anterior concluyó, de otro lado, que la conducta del actor influyó en la causación del daño, concurriendo su culpa con la del banco demandado a ese fin, porque no denunció inmediatamente el hecho de que su tarjeta había sido retenida por el cajero automático. En tal sentido, ponderó



el juez a quo que si la retención de la tarjeta tuvo lugar a las 10,10 hs., pudo haber formalizado el actor la denuncia de lo ocurrido esa misma mañana antes de las 13,00 hs. en que cerró la sucursal bancaria, pero que, sin embargo, no hizo semejante cosa, preocupándose por conocer el saldo de su cuenta recién en horas de la noche por vía remota (internet). De tal modo, concluyó el magistrado, la negligencia del demandante en denunciar lo acaecido impidió el pronto bloqueo del sistema lo cual, si bien por razones de inmediatez temporal no habría evitado la primera extracción realizada por \$ 1.000, sí habría impedido las posteriores cumplidas horas más tarde en Gualegaychú y Zárate (606 vta./607 vta.). Esta parte del fallo de primera instancia agravia al actor porque, a su juicio, no tuvo en cuenta que el día 28/9/2003 fue domingo, y el siguiente feriado en la Provincia de Entre Ríos, de manera que hizo la denuncia el primer día hábil posterior; porque obró así bajo la creencia de que la tarjeta había quedado retenida en el cajero, sin suponer la posibilidad de su posterior retiro por terceros de manera ilícita; y porque, a todo evento, el modo en que se distribuyó la culpa concurrente fue arbitrario, pues se hizo incidir en el consumidor o usuario el mayor peso de ella (fs. 629/630).

La crítica lleva a recordar, ante todo, que el art. 5.1.1.7. de la Comunicación "A" 3390 del Banco Central de la República Argentina establece que "...en los lugares donde se encuentren los cajeros automáticos deberán colocarse en forma bien visible, carteles que indiquen las precauciones que deben adoptar los usuarios del sistema...".

En ese orden de cosas, el peritaje en informática acreditó que en el cajero automático en cuestión aparece una pantalla inicial con la siguiente advertencia: "...si el cajero automático retuvo su tarjeta no admita ningún tipo de ayuda de extraños...Llame de inmediato al 4334-5466..." (fs. 434 y 443). De tal suerte, no es dudoso que el actor le fue informado adecuadamente cuál era la actitud que debía seguir para el caso de retención de la tarjeta por el cajero automático. En concreto, al sufrir la retención de su tarjeta, debió inmediatamente comunicarse por vía telefónica y hacer la denuncia correspondiente. La expresión "...de inmediato..." utilizada en la pantalla del cajero automático, de la cual el actor tomó o debió tomar conocimiento, tiene una significación inequívoca: sin dilaciones, sin demoras, sin retardos. La circunstancia de que el 28/9/2003 fuera un domingo y el día siguiente feriado provincial, en nada impedía cumplir con la apuntada denuncia, ya que es público y notorio que los centros de atención telefónica que los bancos tienen para eventos como el indicado funcionan todos los días del año, las veinticuatro horas. De ahí que, si el demandante no hizo la denuncia telefónica de manera inmediata, ello obedeció a su propia conducta discrecional que, en el caso, se tradujo en una negligencia culpable con lógica incidencia en el plano de la responsabilidad examinada.

No modifica esta última conclusión la alegación del actor de haber sido víctima de un "pescador", porque aun si la tarjeta hubiera sido retenida por el cajero automático sin una posterior extracción ilícita de ella, igualmente habría tenido que realizar la denuncia, ya que esta era procedente frente a la mera retención. A la luz de las precedentes reflexiones, entiendo que la omisión incurrida por el actor en formalizar la pertinencia denuncia telefónica, efectivamente facilitó las extracciones dinerarias realizadas en las ciudades de Gualeguaychú y Zárate.

Y en este punto creo pertinente detenerme para plantear una primera discrepancia con el fallo apelado, pues mientras este último entendió que la apuntada omisión actuó como concausa del hecho ilícito, en realidad, desde mi punto de vista, solamente agravó sus consecuencias, esto es, agravó el daño. En efecto, como fuera ya dicho, nada fue probado en autos que indique que, de alguna manera, el señor Zappettini hubiera actuado negligentemente en el momento de intentar utilizar el cajero automático en la mañana del día 28/9/2003. Su conducta, por tanto, no fue causalmente relevante en la producción misma del hecho ilícito representado por la sustracción de su tarjeta. Empero, su omisión de denunciar la ocurrencia de este último extremo de manera inmediata, sí contribuyó al agravamiento del consiguiente daño pues, ciertamente, facilitó las extracciones dinerarias realizadas en las ciudades de Gualeguaychú y Zárate. Sobre esto último cabe recordar que, en efecto, el hecho del acreedor, puede dar lugar no solo a la denominada "culpa concurrente", sino también a una situación de agravamiento del daño cuando tal hecho es distinto y posterior del que resulta responsable el deudor. Dándose esto último (agravamiento del daño), tanto las reglas que gobiernan, en general, lo atinente al hecho del acreedor (arg. art. 1111 del Código Civil), como las que configuran el régimen de extensión del resarcimiento, adunadas a la cooperación que impone el estándar de la buena fe negocial, conllevan ineludiblemente a eximir al deudor de las consecuencias dañosas que pudieron ser razonablemente evitadas por el acreedor, dado que las mismas no se derivaron necesariamente del incumplimiento, sino de una conducta omisiva posterior no imputable a aquél (conf. Agoglia, M., Boragina, J. y Meza, J., La exoneración de la responsabilidad contractual. La causa extraña, RDPC n° 18 (responsabilidad contractual II), 1998, p. 9 y sgtes., espec. p. 16, n° 2). Es que, como lo ha destacado caracterizada doctrina, la buena fe también entra en juego en la parte patológica del incumplimiento, de modo que el acreedor aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte; hay aquí una exigencia de corrección que le impone, incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento, debiendo calificarse de culposa la conducta del acreedor insatisfecho que, después de comprobarse el hecho del incumplimiento, no se cuida de limitar, en cuanto sea posible, los daños que se deriven de ese incumplimiento (conf. Mosses Iturraspe, J., Responsabilidad por daños - Eximentes, Buenos Aires, 1980, t. III, ps. 129/130, n° 28).

Pues bien, en las condiciones precedentemente reseñadas, cabe confirmar, en general, lo resuelto en la instancia anterior en cuanto ponderó la conducta del actor posterior al ilícito, para juzgar la medida de la responsabilidad del banco demandado. Creo, sin embargo, que asiste razón a la apelación en cuanto crítica a la sentencia por el modo en que ponderó la incidencia de tal conducta posterior del actor. Ello es así, porque la omisión del demandante en hacer una inmediata denuncia de la retención de la tarjeta de crédito, aunque haya facilitado el agravamiento del daño, no constituye elemento de juicio que conduzca a una exoneración plena de la responsabilidad del banco demandado por las extracciones ilícitas hechas en Gualeguaychú y Zárate ya que, en definitiva, tales extracciones tampoco habrían tenido lugar sin el



incumplimiento a la obligación de "seguridad" imputable a dicha entidad. Dejo de tal manera planteado un segundo disenso con la sentencia apelada, la cual -incorrectamente según mi opinión- derivó de la omisión imputable al actor una exoneración plena del banco demandado en cuanto a la responsabilidad por las citadas extracciones ilícitas.

Y ese disenso se ha de traducir, según lo entiendo justo, en una exoneración meramente parcial del banco, para definir la cual no veo mejor solución que una distribución paritaria en la apreciación de la gravedad de la culpa no concurrente imputable individualmente a cada una de las partes, toda vez que no se puede establecer a ciencia cierta cuál intervino en mayor o menor medida (conf. Bustamante Alsina, J., Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1993, p. 302; Orgaz, A., La culpa (actos ilícitos), Buenos Aires, 1970, p. 235).

Por ello, propondré al acuerdo mantener la responsabilidad plena del banco demandado en cuanto a la extracción de \$ 1.000 realizada en la ciudad de Gualeguay, y asignarle el 50% de la culpa, exonerándolo en lo demás, con relación a las extracciones posteriores realizadas en las ciudades de Gualeguaychú y Zárate (conf. CNCom. Sala A, 12/2/08, "Traglia, Rafaela c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario", caso análogo al presente en el que también se recurrió al criterio de la atribución paritaria). En suma, además de los citados \$ 1.000 el banco demandado debe responder por la suma de \$ 4.460 (50% de \$ 4.920).

7°) El actor, de otro costado, cuestiona el hecho de que el sentenciante hubiera desligado de toda responsabilidad a Banelco S.A. Esta última empresa al contestar la demanda sostuvo que es "...sólo una transmisora y teleprocesadora de los datos que las entidades cargan o comunican a su computador central, a fin de llevar a cabo las operaciones que se cursan por la citada red de cajeros automáticos..."; adujo también que "...es ajena a la concreción efectiva o no de tales operaciones, como así de los eventos irregulares que puedan referirse a las mismas y/o a la utilización de los cajeros, los que son atendidos y están a cargo exclusivo de las entidades financieras que los titularizan..." (fs. 71 vta.). Señálase que el peritaje de fs. 441/444 hizo una breve descripción de las funciones específicas que Banelco S.A. tiene en la prestación del servicio de teleprocesamiento de operaciones cursadas por cajeros automáticos, que resultaron confirmatorias de lo sostenido por esa parte en su responde a la demanda. En esas condiciones, Banelco S.A. no puede responder por los hechos que se produzcan en cajeros cuya atención y cuidado no están a su exclusivo cargo. Con lo cual, considero que el agravio del actor, que insiste en hacer responsable a esa empresa por el hecho de que el cajero automático fue objeto de una maniobra con un "pescador", debe ser rechazado.

8°) Determinado todo lo atinente a la responsabilidad, cabe ingresar en el tratamiento de los restantes agravios de las partes. El actor critica el hecho de que el magistrado de grado hubiera rechazado la indemnización del daño moral que reclamara.

Entiendo que la queja no es procedente. Aunque la indemnización del daño moral que es consecuencia de la privación de bienes materiales no es absolutamente inadmisibles, ni siquiera tratándose de supuestos de responsabilidad contractual (conf. Lorenzetti, R., Daño moral contractual derivado de la privación de bienes, LL 1998-E, p. 389), lo cierto es que su admisión está sujeta a la demostración acabada de que el hecho o el incumplimiento ha proyectado una verdadera lesión espiritual, un menoscabo serio de los bienes no patrimoniales que hacen a la dignidad de las personas, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los efectos familiares, etc..

No presentándose esto último, la regla es la de la inadmisibilidad del resarcimiento, pues la privación transitoria de bienes materiales no configura por sí misma una lesión subjetiva indemnizable a título de daño moral que, se insiste, solamente está reservada para resarcir aquellos ataques a bienes sin contenido patrimonial, tales como el honor, la integridad física, los íntimos afectos o similares (conf. CNCiv. Sala A, 13/9/89, "Carrasale, Luis Carlos c/ Empresa de Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios"; sala I, 23/2/94, "Vázquez, Carlos Alberto c/ Garage Galicia s/daños y perjuicios").

En este orden de ideas, se ha dicho que el cercenamiento de las prerrogativas del propietario respecto de bienes materiales no configura necesariamente un daño moral (conf. CNCiv. Sala A, 15/9/99, "Cionci, Sebastián Carlos c/ M.C.B.A. s/ daños y perjuicios"), criterio que es aun más pertinente si de lo que se trata es de un supuesto de privación de dinero, puesto que no es en tal hipótesis predicable el establecimiento de un lazo afectivo o emocional, ni tal falta de disponibilidad parece que de suyo pueda conducir a un desmedro extrapatrimonial (conf. CNCom., esta Sala, 22.12.2008, "Aime, Aníbal Raúl y otro c/ HSBC BANK Argentina S.A. y otro s/ Ordinario").

Por otro lado, y como razonamiento coadyuvante al anterior, cabe recordar que la indemnización de que se trata constituye un remedio de excepción y no un modo genérico de engrosar el resarcimiento económico (conf. CNFed. Civ. Com., Sala II, causas 1247 del 14.5.82; 2166 del 18.5.84; 5889/93 del 11.2.97; 1264/94 del 15.7.98, 1088/93 "Astilleros Sudestada SRL c/ Cirio, Ricardo Orestes y otro s/ daños y perjuicios", del 22/12/98; id., causa 16.096/96, "Ruiz, Susana Lucrecia y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ incumplimiento de contrato", del 19/9/2000).

Corresponderá, pues, confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la indemnización del daño moral.

9°) Afirma el actor que el juez a quo obvió ponderar lo que resulta del expediente "Primofrutto Francisco Roberto c/ Banelco S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", recibido como prueba ad effectum videndi et probandi (fs. 631).

Se trata de una crítica inexplicable pues, contrariamente a lo afirmado, el magistrado de la instancia anterior valoró esas constancias, destacando especialmente no compartir los términos de la sentencia allí dictada (fs. 609, punto 9).



10°) Se queja el demandado por entender que resulta excesiva la aplicación de intereses conforme la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina. En este sentido considero que el planteo es inadmisibles. La tasa aplicada por el juez a quo es la utilizada obligatoriamente en el fuero (conf. CNCom. en pleno, 27/10/94, "S.A. La Razón"), y no configura el caso en estudio una situación de excepción que justifique otra solución.

11°) Finalmente cuestiona el actor la imposición de las costas correspondiente a los trámites de la instancia anterior.

Teniendo en cuenta que la demanda prospera solamente de manera parcial, y que por el presente voto propicio elevar el monto de la condena contra BBVA Banco Francés S.A., entiendo ajustado a derecho que las costas corran en el 60% a cargo de dicha entidad, y en el 40% a cargo del actor (arts. 71 y 279 del Código Procesal). Propiciaré al acuerdo, pues, que se admita la apelación con tal alcance, manteniéndose desde luego lo decidido en materia de costas en el considerando 8, apartado (i) de fs. 609.

12°) En cuanto a las costas de alzada, cabe resolver lo siguiente:

- (a) El banco demandado cargará con las costas que originó su propio recurso (fs. 642/643), ya que ninguno de sus agravios prosperó, resultando totalmente vencido (art. 68 del Código Procesal).
- (b) El actor, en cambio, cargará con las costas correspondientes a la presentación de Banelco S.A., habida cuenta su vencimiento respecto de esta última empresa (fs. 638/640)
- (c) Siguiendo el criterio adoptado en el considerando anterior, las expensas se imponen en el 40% a él y en el 60% al banco demandado, por restantes tareas cumplidas ante esta alzada.

13°) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo modificar el fallo apelado, elevando la condena a la suma de \$ 5.460, y disponiendo que las costas de ambas instancias corran en la proporción indicada en el considerando 11°.

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Dieuzeide adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara Acuerdan:

- a) Modificar el fallo apelado, elevando la condena a la suma de \$ 5.460, y disponiendo que las costas de ambas instancias corran en la proporción indicada en el considerando 11°.
- (b) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto se hayan regulado los de la anterior instancia. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Pablo D. Heredia - Juan José Dieuzeide - Gerardo G. Vassallo
Gastón M. Polo Olivera - Secretario de Cámara



ANEXO IV

Contratos de adhesión

Banco BAPRO

Términos Y Condiciones Del Servicio Home Banking

Su incorporación al servicio **Home Banking** del **Banco de la Provincia de Buenos Aires**, quedará sujeto y subordinado a los **Términos y Condiciones** que se detallan a continuación:

Acceso al Servicio
El acceso al servicio se realizará mediante una **Clave Personal** y un **Usuario** con los que operará desde una computadora, dispositivo similar o equipo de telefonía celular, conectado a la Red Internet.

El Cliente generará e ingresará al sistema su **Clave Personal**, a través de un **Cajero Automático** de la **Red Banco Provincia/Link**. La aplicación le devolverá su **Usuario** para el presente servicio.

El Usuario y la Clave son personales, secretos, confidenciales e intransferibles, estando prohibida su divulgación a terceros por parte del Cliente. Si el Cliente llegara a saber y/o sospechar que cualquier tercero posee conocimiento de su Clave, deberá modificarla de inmediato. El Cliente sólo podrá utilizar su usuario y clave para sí y no podrá emplearla para que terceros efectúen transacciones y/o reciban información, ni tampoco para realizar transacciones por cuenta y orden de terceros.

En vista que su clave será de su exclusivo conocimiento, al ingresar al sistema con sus datos se validarán las operaciones como si hubiesen sido instrumentadas con su firma personal.

El Banco queda totalmente liberado de responsabilidad por el uso que un tercero pueda hacer del sistema, utilizando su clave personal.

Deja expresa constancia de haber sido debidamente informado sobre las operatorias a realizar a través del servicio **Home Banking**.

Requisitos

El Cliente podrá operar el presente servicio desde una computadora personal que reúna los siguientes requisitos mínimos de Hardware y Software:
Intel Celeron 1.2Ghz; 256 Mb RAM; Windows 98SE.
Navegadores soportados: Internet Explorer versión 7 o superior (Microsoft); Firefox versión 2 o superior (Mozilla); Safari 4 (Apple); Chrome (Google).

El Cliente podrá operar el presente servicio desde un teléfono celular conectado a la red Internet, que soporte las tecnologías Java MIDP2.0 o superior y se encuentre homologado por Red Link, en el cual se haya descargado el aplicativo **Link Celular**. Para comenzar a operar el servicio con telefonía celular, el Cliente deberá solicitar el aplicativo Link Celular a través de un **Cajero Automático** de la **Red Banco Provincia/Link** o del servicio **Home Banking**. Le será requerida la registración de un número telefónico de equipo celular, en el cual recibirá un mensaje SMS conteniendo un hipervínculo que permitirá la descarga del aplicativo Link Celular y su instalación. El Cliente ejecutará **Link Celular** y accederá al servicio ingresando los datos de identificación que le sean requeridos.

La obtención del aplicativo Link Celular y/o la realización de transacciones con el mismo, implican la aceptación de los presentes "Términos y Condiciones".

Operaciones

habilidades

Luego del ingreso de su Usuario y Clave el Cliente podrá realizar todas las operaciones que el Banco determine y se encuentren disponibles en el Menú del servicio, incluida la adquisición de productos y/o servicios, bajo las condiciones particulares de cada uno de ellos, siempre que las cuentas sobre las que opere se encuentren abiertas y sin pesar sobre ellas suspensiones del servicio de pago, ni medidas cautelares que las afecten.

Una vez que el Cliente haya efectuado las operaciones deseadas, y quiera dejar de operar el servicio, deberá concluir la sesión utilizando las opciones correspondientes.

“La Responsabilidad Bancaria Frente A Fraudes Cometidos Por El Uso De Los Servicios Informáticos” Autor: Gallasso Marisel L. Agosto de 2010



Toda transacción que se efectúe en el servicio, mediante Usuario y Clave se entenderá realizada por el Cliente, considerándose las mismas como válidas, legítimas y auténticas sin necesidad de realizar otro tipo de confirmación.

Las operaciones cursadas no podrán revocarse.

Las operaciones cursadas a través del servicio **Home Banking** serán tomadas "en firme", salvo aquellas que deban ser necesariamente confirmadas por el Banco. En caso de efectuar, por este u otro sistema distinto, operaciones que se contrapongan entre sí, se entiende que la única válida es la primera procesada por el Banco.

Responsabilidad

Asume expresamente las siguientes obligaciones:

·Efectuar las operaciones ajustándose estrictamente a las instrucciones dadas por el Banco.

·Mantener la confidencialidad de la identificación utilizada para acceder al servicio **Home Banking** del **Banco de la Provincia de Buenos Aires**.

El Cliente asume la responsabilidad por el uso del sistema, haciéndose cargo de todos los daños y perjuicios emergentes del uso indebido y/o incumplimiento de las obligaciones que asume en el presente documento.

El Cliente acepta que las órdenes impartidas por éste, a través de los medios especialmente habilitados al efecto para este servicio, serán tenidas como prueba de su voluntad de haber realizado las transacciones; del mismo modo acepta expresamente la información que surja de los soportes magnéticos, microfichas o listados de computación aportados por el Banco.

Ocurrida una interrupción por cualquier causa, el Cliente siempre tendrá la alternativa de solicitar la información u ordenar las transacciones requeridas mediante los medios habituales.

El Banco no asume ninguna responsabilidad por los inconvenientes que el Cliente tuviera con el equipo hardware y/o software utilizados para conectarse a este servicio.

El Cliente exime al Banco de toda responsabilidad por inconveniente, daño o perjuicio que tuviera con el equipo hardware y/o software utilizados para conectarse a este servicio, fallas de equipos o líneas u otras contingencias, cualquiera fuera el origen, que impidan el normal funcionamiento del sistema, como así también respecto de aquellos relacionados y/u ocasionados por el prestador del servicio de telefonía celular.

Autorización

Autoriza expresamente al Banco a que, por motivos de seguridad, utilice cualquier sistema idóneo para acreditar la pertenencia de la orden cursada de las operaciones realizadas y de los servicios utilizados, incluyendo la grabación de las conversaciones telefónicas, que serán aceptadas como medio de prueba hábil y fehaciente aún en juicio.

Costo del Servicio
El Banco podrá cobrar comisiones por el mantenimiento y/o uso del servicio **Home Banking**, notificando al Cliente con 60 días de anticipación, entendiéndose expresamente facultado para efectuar los correspondientes débitos en la cuenta del Cliente.
A través del servicio **Home Banking** sólo se comisionan las siguientes operaciones:
Transferencia Intrabanco – Intersucursal: 0,5%- Mínimo \$1,50
Transferencia Interbanco: 4%- Mínimo \$2,50

Domicilio especial. Ley aplicable. Competencia.
A todos los efectos emergentes de esta adhesión, el Banco constituye domicilio en la calle San Martín 137 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina y el Cliente que adhiere en el domicilio especial fijado en la Solicitud de Apertura de Cuenta. Queda expresamente establecida la aplicación irrevocable de la Ley Argentina para cualquier divergencia que se suscite como consecuencia de la prestación de este servicio. Cualquier divergencia que se suscite será dirimida por ante los Tribunales con competencia en materia Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina.

Ingreso al servicio.
El Click en SI ACEPTO importará la expresa aceptación a todos y cada uno de los términos y condiciones indicadas precedentemente.



Banco MACRO

Términos y Condiciones

Estimado Usuario, al acceder al sitio, en la dirección www.macro.com.ar, usted reconoce, acepta y se compromete a cumplir los términos y condiciones que se detallan a continuación: (En caso de no estar de acuerdo con los mismos, rogamos no acceder al sitio).

Banco Macro S.A. se reserva todos los derechos sobre sus marcas registradas e identificatorias de los servicios ofrecidos a través de este sitio, como así también sobre los contenidos del sitio, todo lo cual se encuentra protegido por las leyes de Propiedad Intelectual.

Los contenidos del sitio son para uso exclusivo del Usuario, por lo que los mismos no pueden ser objeto de copia, duplicación o transmisión a terceros, sea gratuita u onerosamente, aún citando las fuentes.

Banco Macro S.A. se reserva el derecho de modificar total o parcialmente los términos y condiciones, sin previo aviso y en cualquier momento. Dichas modificaciones regirán desde el momento de su publicación en este medio.

Los contenidos exhibidos en el sitio son al único efecto informativo. En ningún caso deben ser entendidos como una oferta de compra o suscripción, ni como una forma de asesoramiento o recomendación para su contratación, por lo que Banco Macro S.A. puede modificar, cancelar o suprimir los mismos no generándole ningún tipo de responsabilidad.

Es facultativo para Banco Macro S.A., el otorgamiento de cada uno de los productos y/o servicios que se informan en el sitio, encontrándose sujeto su aprobación al cumplimiento de las condiciones que la entidad establezca al efecto en cada caso. La elegibilidad para ciertos productos y servicios esta sujeta a la determinación y aceptación final de Banco Macro S.A.

Banco Macro S.A. no se responsabiliza de los daños y perjuicios que el Usuario pudiera sufrir derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de la Web.

Asimismo, no se responsabiliza por los daños y perjuicios a los sistemas, redes o a la información contenida en el sitio, que sean ocasionados por terceros hechos no imputables al Banco.

Banco Macro S.A. no se responsabiliza por las interrupciones de este servicio, por cualquier causa que impida el acceso a esta página.

Banco Macro S.A. facilita al Usuario el acceso o vinculación con sitio de terceros, con el único objeto de proporcionarle un canal de comunicación con links o vínculos que puedan resultar de su interés. Dichos sitios pertenecen a sus respectivos propietarios, Banco Macro S.A. no verifica sus contenidos ni posee ningún tipo de injerencia sobre los mismos, por lo que no se responsabiliza sobre los mismos ni por las consecuencias que pudieran derivarse al Usuario por su utilización.

El Usuario se responsabiliza frente a Banco Macro S.A. y frente a terceros, por todos los daños y perjuicios que causara tanto su accionar propio, el de sus dependientes o el de terceros conectados a través del Usuario, como los que se originen de la inobservancia de leyes, reglamentos, mal uso del servicio o hechos ilícitos.

Política de privacidad

Banco Macro S.A. se compromete a tratar con toda la confidencialidad del caso la información suministrada por el Usuario, no revelando ni compartiendo la misma con otras empresas u organizaciones, salvo que exista una obligación legal o una autorización o pedido expreso del Usuario.



Banco ITAÚ

Términos y Condiciones que rigen el servicio de Itaú Home Banking

Primero: Objeto

"Itaú Home Banking" es un servicio que se encuentra a disposición de los clientes y tiene por objeto facilitar, por medio de una terminal de computación de su propiedad, un sistema de información y transacciones con Banco Itaú Argentina S.A.

Segundo: Medios de utilización

Las informaciones y transacciones se cursarán a través de Internet.

Tercero: Clave de Itaú Home Banking

El Cliente deberá adherirse a Itaú Home Banking mediante su terminal de computación, luego de haber aceptado los presentes "Términos y Condiciones" o por otro medio que el Banco disponibilice, generándose una Clave provisoria que le será informada al cliente. Esta Clave, será única para todos los conjuntos de servicios que el cliente posea en el Banco, deberá ser cambiada la primera vez que acceda al servicio, por una que será de su particular elección, personal, confidencial y de su exclusiva responsabilidad. Esta última debe estar integrada por seis caracteres distintos de su/s Clave/s de Tarjeta Electrónica Itaú, no pudiendo ésta/s última/s formar parte integrante de la Clave de Itaú Home Banking. En lo sucesivo, el Cliente podrá modificar su Clave de Itaú Home Banking a través de su terminal de computación. **El Cliente responderá ilimitada y solidariamente por las operaciones cursadas con la utilización de su Clave.**

Cuarto: Acceso al sistema

El Cliente podrá realizar todas las operaciones que se encuentren disponibles luego del ingreso de su Clave de Itaú Home Banking. **La utilización de la Clave por parte del Cliente es muestra absoluta e irrevocable de la legitimidad de las operaciones, deslindando el Banco de cualquier responsabilidad por el uso de la misma, y siendo ésta exclusiva del Cliente.** El Cliente deberá ingresar la Clave de Tarjeta Electrónica Itaú del conjunto sobre el cual esté operando, en aquellas transacciones que así lo requieran. Esta clave puede ser modificada por él mismo, a través de los canales habituales y no así por el servicio Itaú Home Banking.

Quinto: Validez

La/s transacción/es monetaria/s ordenada/s en línea, únicamente tendrá/n validez si el Cliente utiliza las pantallas previstas al efecto. Banco Itaú Argentina S.A. informará la recepción por intermedio de un mensaje de confirmación a través de la pantalla, para cada operación en particular, en respuesta a las instrucciones del Cliente. No tendrán validez alguna, las instrucciones formuladas a través del E-Mail (Correo Electrónico). El Cliente se obliga a ejecutar la/s transacción/es y consulta/s previstas siguiendo las instrucciones expresamente emitidas por Banco Itaú Argentina S.A.

Sexto: Fecha de las operaciones

Toda/s la/s operación/es registrará/n en la fecha que se curse/n, excepto la/s que se curse/n fuera del horario bancario y/o en días no hábiles, las que se registra/n en el día y hora hábil inmediato siguiente.

Séptimo: Irrevocabilidad

La/s operación/es ordenada/s no podrán revocarse. La confirmación del Banco se traducirá en un mensaje de confirmación para cada operación en particular.

Octavo: Confidencialidad

La Clave de Itaú Home Banking será personal, secreta, confidencial e intransferible, encontrándose inhibido el Cliente de su divulgación a terceros.

Si el Cliente llegara a saber y/o sospechar que cualquier tercero posee conocimiento de su Clave de Itaú Home Banking, deberá modificarla de inmediato. **El Banco deslinda cualquier responsabilidad, que por el uso de claves, permitan acceder a operaciones crediticias.** El Cliente sólo podrá utilizar la conexión para sí y no podrá emplearla para que terceros efectúen transacciones y/o reciban información, ni tampoco para realizar transacciones por cuenta y orden de terceros.

Noveno: Responsabilidades

El Cliente asume la responsabilidad por el uso del sistema, haciéndose cargo de todos los daños y perjuicios emergentes del uso indebido. El Banco se reserva el derecho para suspender y/o interrumpir el servicio, previa notificación a los clientes dentro del plazo legal correspondiente. Ocurrida una interrupción por cualquier causa, el Cliente siempre tendrá la alternativa de solicitar la información u ordenar las transacciones requeridas mediante los medios habituales. **El Banco no asume ninguna responsabilidad por los inconvenientes que el Cliente tuviera con el equipo y/o hardware utilizado para conectarse a este servicio.**

Décimo: Prueba de las transacciones

El Cliente acepta que las órdenes impartidas por éste, a través de los medios especialmente habilitados al efecto para este servicio serán tenidas como prueba de su voluntad de haber realizado las transacciones, especialmente su contenido y expresamente las que obren en soporte magnético, microfichas o listados de computación aportados por el Banco.

Décimo Primero: Rescisión del servicio

En cualquier momento el Cliente y/o el Banco podrán rescindir este servicio sin expresión de causa y sin derecho a exigir indemnización alguna. La rescisión del servicio por parte del Cliente deberá ser solicitada

“La Responsabilidad Bancaria Frente A Fraudes Cometidos Por El Uso De Los Servicios Informáticos” Autor: Gallasso Marisel L. Agosto de 2010



personalmente en cualquiera de las sucursales del Banco. El Banco podrá anticipar la rescisión por correo electrónico u otro medio, sin perjuicio de remitir al domicilio del Cliente, dentro del plazo legal correspondiente, la notificación fehaciente por el medio que considere conveniente. El servicio se considerará rescindido desde la fecha de recepción de la comunicación que cualquiera de las partes curse.

Décimo Segundo: Domicilio especial. Ley aplicable. Competencia

A todos los efectos emergentes de esta adhesión, el Banco constituye domicilio en la calle Cerrito 740 19° piso de la Ciudad de Buenos Aires de la República Argentina y el Cliente que adhiere en el domicilio especial fijado en la Solicitud de Adhesión. Queda expresamente establecida la aplicación irrevocable de la Ley Argentina para cualquier divergencia que se suscite como consecuencia de la prestación de este servicio. Cualquier divergencia que se suscite será dirimida por ante los Tribunales con competencia en materia Comercial de la Ciudad de Buenos Aires de la República Argentina.



Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor: **GALLASSO MARISEL LILIAN**

E-mail: marisel_mg@hotmail.com

Título de grado que obtiene: **ABOGADO**

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español: **La responsabilidad bancaria frente a fraudes cometidos por el uso de los servicios informáticos.**

Título del TFG en inglés: **Responsibility banking against fraud committed by the use of the computer services.**

Integrantes de la CAE: **Dr. Mischis Tomás
Dra. Librizzi M. Florencia**

Fecha de último coloquio con la CAE: **17 de Agosto de 2010**

Versión digital del TFG: **PDF**
contenido y tipo de archivo en el que fue guardado

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica: Inmediata

Después de 3 (tres) mes(es)

Firma del alumno