



“MARCO NORMATIVO APLICABLE FRENTE AL PHISHING SUFRIDO POR UNA CONSUMIDORA HIPERVULNERABLE.”

NOTA A FALLO

Grupos Vulnerables

Tribunal: Superior Tribunal de Río Negro

Partes: “Bartorelli, Emma Graciela c. Banco Patagonia S.A. s/ Daños y perjuicios (sumarísimo) – Casación”

Fecha de sentencia: 17/10/2023

Publicado: https://fallos.jusriogro.gov.ar/protocolo/web/protocolo/protocolo?id_protocolo=2e99f808-1ace-4b59-a868-4c06954681ec&stj=1&usarSearch=1&texto=%E2%80%9CBartorelli%2C+Emma+Graciela+c.+Banco+Patagonia+S.A.+s%2F+Da%C3%B1os+y+perjuicios+%28sumar%C3%ADsimo%29+%E2%80%93+Casaci%C3%B3n&option_text=0

Carrera: Abogacía

Nombre del Estudiante: Gonzalo Tabares

Legajo: VABG72602

D.N.I: 36.232.567

Año 2024

Sumario: I. Introducción.- II. Reconstrucción de los hechos, de la historia procesal y sentencia.- III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia- IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- V. Postura del autor.- VI. Conclusiones.- VII. Referencias.-

I. Introducción

La vulnerabilidad es un presupuesto que el Derecho reconoce como merecedor de tutela en abstracto, es decir, sin que ello obedezca a ninguna situación particular a la hora de su configuración. No obstante, cuando en concreto exista alguna condición personal diferenciada de fragilidad, dará lugar a la hipervulnerabilidad (Barocelli, 2022).

En esa línea se inscribe la protección jurídica actual de consumidores y usuarios ya que ante el embate de la denominada “sociedad de consumo” (Barocelli, 2022, p.9), el Derecho no tuvo más opción que consagrar esa noción de vulnerabilidad en el marco de las relaciones suscitadas entre proveedores con consumidores. Ello lo logró creando una serie de reglas, normas, principios e instituciones tutelares (Barocelli, 2022).

Ahora bien, la cuestión de personas o grupos de ellas en situación de vulnerabilidad también motiva al análisis de las condiciones de especial debilidad en que ciertos sucesos las colocan, a saber: la edad, el género, la discapacidad, la condición social, etc. En razón de ello proviene la afirmación de que hay aspectos particulares y desfavorables que exponen a mayores riesgos o amenazas a ciertos sujetos (Acosta, 2021).

En ese sentido es fácil advertir que las estafas bancarias cometidas mediante Internet u otros medios de comunicación digitales son cada vez más usuales y afectan a una gran fracción de la población, entre las que se distinguen los consumidores de servicios financieros que son entendidos como grupo en condición de vulnerabilidad (Acosta, 2021). Tan grave es el escenario actual en materia de ciberdelincuencia que, tal como sostiene Vázquez Ferreyra (2023), incluso quienes conocen sobre los mecanismos de estafas virtuales pueden terminar también siendo engañados.

Lo antes manifestado resulta ser el hilo conductor que lleva al pronunciamiento dictado en el marco de la causa “Bartorelli, Emma Graciela c. Banco Patagonia S.A. s/ Daños y perjuicios (sumarísimo) – Casación” (STJ, Río Negro, 2023). Este

pronunciamiento se originó luego de que la Sra. Bartorelli fuera víctima de una estafa telefónica que resultó en el acceso a su cuenta bancaria.

Ahora bien, el problema jurídico que debieron resolver desde el Superior Tribunal de Río Negro era la determinación de la normativa dentro de la cual se circunscribía la acción pretendida por la actora de conformidad a todas las coyunturas que rodeaban la causa (CN, art. 42, Ley 24.240, CCCN, Comunicación "A" 5388 del BCRA, entre otras). Este tipo de problemática ha sido definida como problema de relevancia (Atienza, 1994) y es la que emerge cuando el tribunal o juez que interviene en un proceso para dirimir un conflicto tiene dudas sobre cuál es o cuáles son las normas de aplicación al caso concreto.

En lo que respecta a la relevancia jurídica de comentar esta sentencia, puede decirse que ella radica en el análisis que se hará de la responsabilidad de las entidades bancarias frente a ciberfraudes cometidos a consumidores hipervulnerables. Además es trascendente ya que se intentará promover la necesidad de implementar políticas orientadas precisamente a la tutela y prevención de los consumidores vulnerables, entendidos como aquellos consumidores que son susceptibles de sufrir un perjuicio debido a las características del mercado (Barocelli, 2020).

Es por lo señalado hasta aquí que el pronunciamiento dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, incluso el voto disidente, da una enorme oportunidad para repensar sobre estas cuestiones antes aludidas. Además permite reflexionar sobre las prácticas comerciales y también sobre el perfil de los consumidores, al tiempo que se busca visibilizar la diversidad, las necesidades y las diferencias de los sectores más vulnerables de la sociedad.

El comentario está ordenado del siguiente modo: descripción de los hechos y de la recorrida procesal de la causa, luego se expone sintéticamente la sentencia. Por último se manifiesta la postura del autor y se deja una breve reflexión.

II. Reconstrucción de los hechos, de la historia procesal y sentencia

En abril de 2020 una persona se comunicó telefónicamente con el esposo de la Sra. Bartorelli y le dijo ser empleado de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). El ciberdelincuente también le manifestó que necesitaba corroborar los datos de la cuenta bancaria donde se realizaría un depósito como parte de un estímulo para ciertos monotributistas debido a la imposibilidad de trabajar frente al aislamiento social obligatorio debido a la pandemia por COVID-19.

En esa situación, Bartorelli junto a su marido, se dirigieron hacia un cajero automático del Banco Patagonia del cual eran clientes esperando una nueva comunicación del supuesto empleado de ANSES. Al conectarse nuevamente, este sujeto les ordenó que generaran un cambio de clave en su cuenta y así lo hicieron.

Al rato el ciberdelincuente se volvió a comunicar para expresarle a la actora que por error se le había transferido una suma mayor y que debía efectuar la devolución del excedente a diferentes cuentas que le fueron proporcionadas. Hechas las transferencias, el individuo cortó la comunicación y si bien el matrimonio insistió telefónicamente, fueron inútiles sus intentos.

Al efectuar una consulta del saldo de la cuenta bancaria, el matrimonio se percató de que habían sido víctimas de una ciberestafa ya que se les había otorgado un préstamo personal pagadero en sesenta cuotas mediante la modalidad de débito automático. Ante ello la actora promovió demanda contra la entidad bancaria pretendiendo la declaración de nulidad del contrato de préstamo, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con más la imposición de una multa en concepto de daño punitivo.

El Banco accionado presentó su defensa fundada en el hecho de que fue la propia actora quien brindó al tercero la información necesaria para que aquel pudiera acceder a su cuenta bancaria sin tomar siquiera los mínimos recaudos. Alegó también que la Sra. Bartorelli nunca se tomó el tiempo de verificar la identidad de la persona que se comunicó con ellos y que la propuesta del sujeto era para acreditar un beneficio destinado a monotributistas, condición fiscal que no ostentaban ni la actora ni su esposo. En suma, la demandada sostiene que el comportamiento de la actora fue imprudente y que es la única causa que permitió al tercero acceder y operar en su cuenta bancaria.

En primera instancia, la Unidad Jurisdiccional N° 1 de Viedma admitió la demanda de daños y perjuicios interpuesta por la parte actora y declaró la nulidad del contrato de préstamo y condenando al Banco Patagonia al pago de la suma total de \$ 809.710,37. Esta sentencia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minería, de Familia y Contenciosa Administrativa de Viedma.

Contra esa resolución el Banco demandado interpuso recurso de casación ante el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que dictó sentencia con un voto en disidencia. Así rechazó el recurso de casación interpuesto por el Banco Patagonia S.A. e impuso las costas a la recurrente perdedora (art. 68 del CPCyC). En suma, el resultado al que arribó es que la clienta había sido manipulada mediante la técnica de ciberdelincuencia que

utiliza el fraude y el engaño para operar y así lograr que revelen datos personales y confidenciales; en razón de ello condenó al banco a indemnizar a su clienta.

III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia

El voto de la mayoría, expuesto por el Dr. Apcarian, entendió que en lo que respecta a la responsabilidad de la entidad bancaria, que entre la actora y la accionada existía una relación de consumo y que el ilícito se había podido consumir no tanto por la intervención de Bartorelli sino más bien a causa de la violación del deber de seguridad que recae sobre los Bancos (arts. 1384, 1092, 1093, 1094, 1097 y cc. del CCyC, que se complementa con las reglamentaciones dictadas por el BCRA).

Otro de los argumentos brindados por el Superior Tribunal de Río Negro señala que “...La obligación de seguridad, se ha dicho, ‘...no resulta abastecida por el solo cumplimiento de los recaudos promovidos por la normativa del BCRA en materia de seguridad, en tanto ello es un piso mínimo regulatorio’...”.

Del pronunciamiento también surge que la facilitación de los datos por la propia actora fue porque ella resultó víctima de un engaño y que si bien fue una condición para que el delito se consumara, esta circunstancia no tiene la entidad suficiente que el banco demandado pretende imputarle. El tribunal explica que en realidad se trata del incumplimiento de la entidad bancaria en la implementación de mecanismos de seguridad idóneos en el sistema que debieron ser puestos a disposición de la actora (y de todos los clientes) y que resulta una derivación razonable del deber de seguridad que pesa sobre el Banco.

Por otra parte, se afirmó en el pronunciamiento que la defensa desarrollada por la entidad bancaria estuvo direccionada solamente a atribuirle a la actora su indispensable intervención para la concreción del suceso perjudicial. Tal es así que el tribunal recalzó que el Banco:

...nada expuso ni intentó probar respecto de las medidas complementarias de seguridad que hubiese adoptado en atención a lo establecido en la Comunicación BCRA A N° 6017 del 15/07/2016 y modificatorias, referente a los "Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras [...] Del marco normativo referido surgen, como aspectos centrales del deber de

seguridad que pesa sobre las entidades bancarias, por una parte la necesaria implementación de mecanismos de monitoreo transaccional vinculados al perfil del usuario para advertir y actuar ante situaciones sospechosas y, por la otra, la exigencia de mecanismos de comunicación alternativos y de identificación positiva....

Con respecto al voto en disidencia, proveniente del Dr. Sergio Barotto, allí se señaló que el comportamiento de la actora a partir de la comunicación telefónica recibida es concluyente para la producción del evento lesivo del que resultó víctima. Explica el magistrado que la actora no actuó ni con un mínimo de “cuidado y previsión” (art. 961 y ccds., CCyC), sino que puso su confianza en lo dicho telefónicamente por un extraño; en esa inteligencia, interpreta también que Bartorelli incumplió con el deber de confianza que tenía, por imperativo legal (art. 1067, CCyC), con su cocontratante, al disponer de información que hacía al manejo seguro de su cuenta bancaria.

También destacó que no se presentan dudas respecto a que “el hecho del damnificado” (art. 1729, CCyC) fue categórico en la producción del perjuicio, circunstancia ésta que excluye la responsabilidad objetiva imputada al Banco demandado. Asimismo consideró que la relación que unió a Bartorelli con la entidad bancaria es de naturaleza contractual por lo que resulta aplicable lo previsto en el art. 961 del CCyC que “...establece a la buena fe como uno de los principios rectores de toda relación contractual lo que incluye, obviamente, la etapa de cumplimiento...”.

IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La protección de los consumidores encuentra sustento en el reconocimiento de la vulnerabilidad estructural en que se ubican como consecuencia de estar incluidos dentro de una sociedad de consumo. Por tal razón se han propuesto desde la legislatura sistemas de tutela diferencial a usuarios y consumidores donde se incluyen leyes, principios e instituciones que obedecen al vínculo asimétrico entre estos —entendidos como sujetos vulnerables— y el conglomerado de proveedores (Chamatropulos, 2019).

De esta manera, en toda relación de consumo existe una parte fuerte (proveedor) y una parte débil (consumidor) (Stiglitz, 2012). Esta vulnerabilidad de los consumidores, al decir de Barocelli (2011), se vislumbra en diferentes facetas:

- a) Es técnica, ya que el consumidor no posee conocimientos específicos.
- b) Es jurídica o científica, por la masificación de las operaciones en el mercado.

c) Es socio-económica, material o fáctica, por cuanto son los proveedores quienes cuentan con los medios económicos y mecanismos de control de la producción.

d) Es psicológica, debido a los efectos de la publicidad y el *marketing*.

e) Es informativa, ya que es el proveedor es quien tiene o está en mejores condiciones de acceder a la información sobre los bienes y servicios y a las condiciones en que las operaciones que realizan.

f) Es en acceso a la justicia, ya que la falta de información y educación respecto a los derechos del consumidor y usuario genera que muchos de ellos no reclamen o no obtengan respuestas eficaces, rápidas y justas.

Por lo expuesto es que surgió la necesidad de adoptar medidas especiales para grupos vulnerables como son los consumidores. Uno de los instrumentos internacionales que intervienen en ese sentido son las *100 Reglas de Brasilia* sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, pero también colaboran las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor o la Resolución N°36/GMC/19 de principios fundamentales de los sistemas de protección al consumidor del MERCOSUR.

No cabe la menor duda que la relación jurídica que une a las partes de la causa comentada es una relación de consumo en los términos del art. 3 de la ley nacional 24.240 y el art. 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación. En virtud de ello, al asunto se le debía dar tratamiento desde el halo tutelar de consumidores y usuarios (Chamatrópulos, 2019).

En esa línea, no se puede dejar de mencionarse que el actor no era un usuario del servicio financiero cualquiera. Él era una persona en contexto de hipervulnerabilidad agravada (Wajntraub, 2020)

Se ha dicho que una persona es hipervulnerable agravado cuando surgen en ella más de una de las causas de hipervulnerabilidad reguladas por el art. 2 de la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación. Entre las condiciones objetivas de hipervulnerabilidad, que dispone la citada resolución se encuentran, entre otras: niños, niñas y adolescentes; personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); personas mayores de 70 años; personas con discapacidad; la condición de persona migrante o turista, etc (Hernández, Stiglitz y Tambussi, 2023).

Quaglia (2014) se ha sabido preguntar si a la vulnerabilidad estructural que de por sí ostenta el consumidor se le puede sumar una vulnerabilidad tecnológica que radicaría en la ausencia de conocimientos específicos sobre el mundo digital o en el hecho de

encontrarse circulando en ámbitos peligrosos precisamente por esa carencia de capacitación por parte del proveedor.

Mendieta (2020), en línea al cuestionamiento de Quaglia, explicó que es posible una vulnerabilidad tecnológica. De allí que resulta indispensable que el principio protectorio de consumidores y usuarios opere enérgicamente en los entornos virtuales dada la situación de vulnerabilidad generada por la exposición al ambiente virtual que innegablemente acrecientan la fragilidad (Quaglia, 2024).

En el sentido que se viene exponiendo, acto seguido se resume una sentencia donde se advierten los riesgos del mundo virtual, algo que se agrava en casos donde el consumidor ya no es solamente vulnerable sino que es hipervulnerable. En “Olguín, Mónica c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Nulidad de Contrato” la justicia de Mar del Plata, el 5 de agosto de 2021, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenó al banco demandado que se abstenga de debitar de la cuenta de la accionante las cuotas originadas en el préstamo bancario impugnado. También dispuso congelar los fondos del crédito que quedaron en la cuenta caja de ahorros (CCIVcom, Mar del Plata, 05/08/2021).

Ahora bien, con respecto al *phishing* se la conceptualizado como:

...el medio informático como instrumento para atentar contra el patrimonio de un tercero", con la finalidad de obtener "ganancias económicas". Desde este vértice, se ha afirmado que quienes perpetúan dichos actos, "simulan pertenecer a entidades bancarias de reconocido prestigio y solicitan a los cibernavegantes datos de tarjetas de crédito o claves bancarias, a través de un formulario o un correo electrónico con un enlace que conduzca a una falsa página web con una apariencia similar a la de la *web* original (Monastersky y Costamagna, 2005, s.d).

En línea a lo que se viene exponiendo, y tal como surge del propio fallo que se comenta es que surge que se aplicará a la actividad bancaria en general y a los casos de *phishing* en particular la normativa tuitiva de los consumidores entre las que se distingue la Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

V. Postura del autor

Tras el análisis efectuado en este breve comentario, se puede sostener que en la mayoría de los casos de *phishing*, siendo la sentencia anotada uno de esos casos, existe una relación de consumo entre el cliente y el banco. Esta relación conlleva un deber de seguridad por parte de la entidad bancaria (CN, art. 42; arts. 5° y 6°, LDC).

Va de suyo que el vínculo jurídico entre el cliente estafado con la entidad bancaria es una relación de consumo, pues: el cliente se encuentra comprendido en el concepto de consumidor previsto en el art. 1° de la ley 24.240, siendo una persona física usuaria de un servicio bancario como destinatario final; y en el otro extremo, la entidad bancaria tiene las características de proveedor en los términos del art. 2° del mismo plexo normativo, lo que configura un "vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (esto es, una relación de consumo en los términos de los arts. 42, CN y 3°, LDC).

Además, toda vez que las herramientas digitales que el banco pone a disposición del cliente para que este pueda operar (v.gr., el *homebanking*) han sido diseñadas e impuestas por la propia entidad bancaria, se está ante un producto o servicio riesgoso (art. 1757, CCyCN).

Por tal motivo, la responsabilidad de las entidades bancarias ante casos de ciberfraudes será de carácter objetivo y de resultado (art. 40, LDC; art. 1757, CCCN), pudiendo eximirse solo en caso de que el hecho del consumidor que rompe el nexo de causalidad reúna los requisitos del caso fortuito, cuestión que siempre deberá ser interpretada con carácter restrictivo.

El fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, incluyendo el voto en disidencia del Dr. Barotto, proporciona una nueva oportunidad para reflexionar sobre estas cuestiones y examinar si se establecen precedentes claros sobre la responsabilidad de las entidades financieras en casos de fraude por *phishing* en aras de la protección de los consumidores y usuarios.

A pesar de coincidir con la decisión, no puede dejar de señalarse que hubiese dejado un aporte mayor a la órbita jurídica y a la sociedad en general el hecho de que el tribunal hubiese realizado un mayor esfuerzo analítico en relación a las condiciones del actor en cuanto a su contexto de hipervulnerabilidad.

VI. Conclusiones

En esta oportunidad, se analizó un fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. En este caso, se advirtió un problema jurídico de relevancia, ya que era indispensable determinar el marco normativo aplicable para resolver el conflicto. Con tal motivo, y con el fin de brindar una respuesta ajustada a derecho a la parte justiciable, el tribunal debió dilucidar la legislación bajo la cual se circunscribía la acción pretendida por la actora.

Tras el análisis de la normativa, el tribunal concluyó que existía una relación de consumo entre el cliente y el banco demandado. Además, manifestó que dicha relación, encuadrada en un vínculo de consumo, conllevaba un deber de seguridad por parte de la entidad bancaria (art. 42, CN; arts. 5° y 6°, LDC).

En esta instancia, no puede dejar de señalarse que el pronunciamiento dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro se convirtió en una oportunidad para reflexionar sobre diversas cuestiones, destacándose especialmente la determinación de la normativa aplicable al caso concreto y la consideración de la hipervulnerabilidad de la parte accionante. También, resulta distintiva la manifestación de la magistratura provincial acerca del conjunto de herramientas tutelares disponibles para proteger a este segmento de la población frente al poder de negociación que ostentan los proveedores de bienes y servicios, cuyo impacto, en este caso, se ve agravado por los riesgos inherentes a la tecnología.

Más allá de que se celebra el fallo, es necesario y urgente advertir que se deben continuar ideando métodos de prevención y protección para el segmento de consumidores hipervulnerables, con el fin de evitar problemas análogos o más graves en el futuro.

VII. Referencias

- Acosta, M.A. (2021). “Abuso financiero contra los adultos mayores”. LA LEY AR/DOC/1476/2021
- Atienza, M. (1994) “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Barocelli, S. (2020). “El reciente reconocimiento de la categoría del consumidor hipervulnerable en la Argentina y en el Mercosur”, en *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 127/2020, p. 45 - 73
- Barocelli, S. (2022). La protección de los consumidores en entornos digitales. Aportes para una teoría general, en *La defensa de las y los consumidores en los entornos digitales*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Investigación, 2023
- CACivCom, Sala Segunda, Mar del Plata, “Olguín, Mónica c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Nulidad de Contrato” (2021)
- Chamatrópulos, D. A. (2019) Estatuto del consumidor (2da. ed. actualizada y ampliada) Buenos Aires: La Ley
- Constitución Nacional [Const] Diciembre de 1994 (Argentina).
- Hernández, C., Stiglitz, G. y Tambussi, C. (2023). “Contratos conexos y Derecho del consumidor”, transcriptas por Girardi, Natalia Lucía, Conexidad contractual, acciones directas y consumo, en *Revista Código Civil y Comercial* - nro. 6, diciembre 2023
- Ley N° 24.240. Ley Defensa del Consumidor. 13 de octubre de 1993 (Argentina)
- Monastersky, D., y Costamagna, C. (2005) “Phishing y pharming: nuevas modalidades de estafas on line”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, Año 2005, Id SAIJ: DACC050104, v. <http://www.saij.gob.ar/daniel-monastersky-phishing-pharming-nuevas-modalidadesestafas-on-line-dacc050104-2005/123456789-0abc-defg4010-50ccanirtcod>
- Mendieta, E. (2020) “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, 9, diciembre 2020, IJCMXXXVI26

- Quaglia, M. (202) “Vulnerabilidades 4.0 de la Persona Consumidora”, en *Sup. Innovación y Derecho 2024* (abril), 1 - LA LEY2024-B,
- Stiglitz, G., (2012). *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho, sin políticas*, (T. I) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- STJ, Río Negro, “Bartorelli, Emma Graciela c. Banco Patagonia S.A. s/ Daños y perjuicios (sumarísimo) – Casación” (2023)
- Wajntraub, J.H., (2020) “Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa”. LA LEY 16/06/2020, 16/06/2020, 2
- Vázquez Ferreyra, R. A., (2023) “Ciberestafas bancarias y procesos de consumo”, LA LEY, 2023-D, 551, TR LALEY AR/DOC/1997/2023.