

UNIVERSIDAD
SIGLO



La educación evoluciona

AUTOR: Facundo Nahuel MIRANDA

DNI: 34924140

LEGAJO: VABG110145

EL DERECHO CONSUMERIL Y PHISHING:

Cuando las empresas son responsables y pretenden no serlo

TUTOR: JUAN MANUEL NEGRINI

CARRERA: ABOGACIA

ÍNDICE

A.- Sumario

I.- Introducción:El derecho consumeril como defensa al delito de phishing (pág. 02)

B. Desarrollo del caso

I.- Reconstrucción de la premisa fáctica (pág. 02)

II.- Historia procesal (pág. 03)

III.- Ratio decidendi. (pág. 07)

IV.- Antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios. Análisis conceptual (pág. 11)

C.- Conclusión (pág. 13)

D.- Referencias (pág. 15)

I.- SUMARIO.

Introducción: El derecho consumeril como defensa al delito de phishing.

En los últimos tiempos ha crecido en forma significativa el delito de phishing: *ciberdelito a través del cual se obtiene en forma fraudulenta información confidencial de los usuarios de entidades bancarias y así se apropian de la identidad de esas personas con objeto de vaciar las cuentas o pidiendo préstamos.-*

Hasta el momento, en forma pacífica y unánime, la jurisprudencia tenía por excusadas a las entidades bancarias a raíz que tenían por acreditada el deber de seguridad del Banco para con sus clientes, y que el delito había sido perpetrado por culpa de la víctima (usuario) al haber entregado en forma voluntaria su clave (o algún dato personal) que hubiere permitido la vulneración de sus cuentas (haciendo oídos sordos a que eso se debía a una estafa y un ardid).-

El 28 de diciembre de 2023 la Sala I de Apelación en lo Civil y Comercial Sala de La Plata dio giró de 180 grados en la hasta ahora doctrina, pues resignificaron las herramientas del derecho consumeril en los casos de phishing, ya que los magistrados interpretaron que había una neta responsabilidad objetiva por parte del Banco Provincia habida cuenta que los estafadores fueron tan groseros en su ardid que evidenció un sistema de seguridad frágil por el que debían responder. Si bien la sentencia misma hace hincapié en que tal decisión es conforme las particularidades del fallo en concreto, ello no resta importancia al precedente.-

De tal modo, y a partir de este fallo traído en análisis, surge una reflexión aún más profunda y es que los Derechos en favor de los usuarios y consumidores fueron pensados en momentos donde el concepto phishing siquiera existía. Sin embargo, gracias a la versatilidad del derecho consumeril, el mismo pudo adaptarse en defensa de un sector vulnerable y siempre, pero siempre, bajo la premisa *in dubio pro consumidor*. Pues ellos son el sector débil en esta ecuación frente a las grandes corporaciones. De tal modo se erigió este fallo, siendo su pilar fundamental el art. 1094 del CCyCN.-

B.- DESARROLLO

I.- Reconstrucción de la premisa fáctica

El 23 de septiembre de 2020 EZQUERRA, Graciela Beatriz, una jubilada en tiempos de pandemia, fue víctima de phishing. A raíz de una estafa y/o engaño la actora

proporcionó sus claves a terceros ajenos al banco, lo cual permitió el vaciamiento de sus cuentas y la toma de préstamos y adelanto de haberes que, una vez acreditados, fueron inmediatamente transferidos a terceras personas.-

En las cuentas de la actora se realizaron operaciones por montos que resultaban inusuales respecto de los movimientos mensuales registrados, ya que en un muy corto período de tiempo se generó la clave bip token, se pidió y obtuvo un préstamo por la suma de \$ 219.000, se otorgó un adelanto de haberes por la suma de \$ 19.700 y se transfirió casi la totalidad del dinero existente en su caja de ahorro, que registraba un saldo de \$106.393,2. Todo el dinero recibido fue transferido a tres cuentas en forma casi inmediata, tal como corrobora la pericia contable, de la que surgen realizadas en favor de FALCON LUCAS E. TRANSFERENCIA POR \$ 100.000 en fecha 23/09/2020 (provenientes del préstamo acreditado por \$ 219.000 en la caja de ahorro 535375/0; SOSA MARCELO J. TRANSFERENCIA POR \$ 100.000 en fecha 23/09/2020 (provenientes del préstamo acreditado por \$ 219.000 en la caja de ahorro 535375/0); EVELYN AGUSTINA PUCHETA LOPEZ TRANSFERENCIA POR \$ 22.000 en fecha 23/09/2020 (provenientes del préstamo acreditado por \$ 219.000 en la caja de ahorro 535375/0 y destinataria de los fondos transferidos por DEBINES (5 x \$ 25.000) con fecha 23/09/2020, provenientes del saldo más el adelanto de haberes por \$ 19.700 acreditado en cuenta 5361087.-

Frente a la operatoria descripta, no se generó ningún tipo de alerta para detectar este tipo de actos irregulares e infrecuentes, sea por la entidad bancaria o por la movilización de fondos en un periodo de tiempo muy reducido.-

En el caso en análisis, es dable destacar que el delito se produjo en el marco del aislamiento social impuesto por la pandemia de COVID-19, época en que la indefensión de los consumidores se vio incrementada ante la imposibilidad de realizar los trámites que usualmente se efectuaban de manera presencial en las sucursales bancarias.-

II.- Historia procesal

Primera Instancia. El 7 de julio del 2023, RESOLVIÓ:

1) Admitió la demanda por nulidad de contrato y daños promovida por Graciela Beatriz Ezquerria contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires;

2) Decretó la nulidad de los contratos de préstamo por la suma de \$ 219.000 y adelanto de haberes por la de \$ 19.700, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de esos negocios;

3) Condenó a la accionada a pagar a Graciela Beatriz Ezquerria la suma de \$ 126.000 en concepto de daño material -por cuotas descontadas- con más las sumas que se adicionaron en la etapa de ejecución de sentencia por las cuotas debitadas en razón del préstamo personal declarado nulo y la suma de \$ 500.000 por daño moral y punitivo;

4) Impuso las costas a la demandada en su condición de vencida.

Segunda Instancia: Apelación - Agravios

Actor. 1) PRIMER AGRAVIO. Pone en crisis el rechazo del daño psicológico, por considerar que ha sido acreditado con el certificado médico acompañado.

2) SEGUNDO AGRAVIO. Solicita que la reparación por daño punitivo sea elevada mínimamente a la suma de \$ 2.000.000 o lo que en más se determine en esta sentencia. Sostiene que el monto indemnizatorio fijado en concepto de daño punitivo (\$ 300.000) es ínfimo para el banco demandado y está muy lejos de provocar un cambio de conducta y la realización de las inversiones necesarias en materia de ciber seguridad.

3) TERCER AGRAVIO. Cuestiona el monto otorgado por daño moral, considerando que se ha otorgado una suma insignificante (\$ 300.000 - en realidad se otorgó \$ 200.000-), que se disocia de los fundamentos dados al otorgarlo. Pide su elevación a \$ 2.000.000 o que en más se determine.

Demandado. 1) PRIMER AGRAVIO. La entidad bancaria se agravia al sostener que se le endilga una responsabilidad objetiva con una irrazonable aplicación de la ley de defensa del consumidor, entendiendo que debe ser aplicado el art. 1729 del C.C.C.N. en cuanto a la culpa de la víctima como interruptiva del nexo causal. Alega que el fraude y/o el hecho ilícito alegado por la actora no ha sido demostrado. Ello por cuanto la causa penal no ha sido resuelta ni se ha comprobado la comisión de un supuesto ilícito.

Sostiene que tanto el juez como el perito han reconocido que el banco cumple con el deber de información a sus clientes en orden a las consecuencias de ceder usuario y claves a terceros, conducta de la cual la actora no puede válidamente desentenderse.

Alega que el perito omite analizar correctamente la normativa dispuesta por el BCRA en relación al segundo factor de autenticación y la utilización por el sistema para convalidar la identidad del usuario. Considera que el contrato electrónico se ha perfeccionado válidamente por lo que no corresponde su anulación y que en la sentencia no se han valorado adecuadamente las particularidades de los contratos electrónicos, la formación del consentimiento y demás características.

Expresa que los mecanismos de seguridad del banco no comprenden la enajenación o divulgación que el cliente realice de sus credenciales de acceso (claves) a los distintos canales electrónicos, hecho que esta explícitamente vedado en los términos y condiciones del servicio y que es un incumplimiento contractual de la actora que se desnaturalizo en autos.-

2) SEGUNDO AGRAVIO. Si bien no se agravia de la aplicación de la normativa consumeril, cuestiona que no se tuvo en cuenta la adopción por el banco de la regulación del BCRA y aplicación de la sección 6 “Canales Electrónicos” de la Com. A 4609 del citado organismo y complementarias. Dice que el art. 1094 del C.C.C.N. ha sido erróneamente aplicado, pues a la fecha de los acontecimientos no había norma que obligara al Banco a adoptar mecanismos de reacción positiva para identificar a los tomadores de préstamos mediante canales electrónicos. Ello así, la identidad del usuario estaba verificada por dos factores de autenticación (identificación de usuario y token), conforme a las disposiciones del BCRA. En segundo lugar y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la entrega de las claves a terceros por parte del usuario, generó la causa del hecho. Advierte que de la pericia informática no surge DE NINGUNA MANERA, que la maniobra fuera perfeccionada por sistemas intrusivos ni imperfecciones en el funcionamiento en los sistemas sin intervención del usuario.

3) TERCER AGRAVIO. Cuestiona el reconocimiento del daño moral, entendiendo que no se lo puede tener por acreditado, en tanto no son responsables del hecho dañoso.-

4) CUARTO AGRAVIO. Cuestiona la aplicación del daño punitivo y su monto. Al respecto sostiene que no ha incumplido un deber contractual ni comunicación alguna del B.C.R.A., vuelve a insistir en la conducta de la actora como generadora del hecho dañoso, en la ausencia de beneficio por parte del banco en el hecho ilícito cuestionado -con base en que el ilícito fue cometido por terceros ajenos al banco. Señala

que al cliente se lo atendió y tomó su reclamo, se procedió al bloqueo de la cuenta en el momento en el que se solicitó y que no hay conductas reprochables al banco; que el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, lo que no se da en autos. Concluye que no existe justificación alguna para la procedencia del daño punitivo ni mucho menos para su cuantificación.-

Dictamen Fiscal de Cámara.

El 14/9/2023 se expidió considerando ajustada a derecho la sentencia dictada.-

Sentencia de Cámara.

Confirmó la sentencia de primera instancia ya que ponderó que el tipo de delito que se ventilaba, teniendo en cuenta la situación especial de la actora (condición de jubilada que opera con la cuenta haberes y de consumidora), la escasa información que se tenía en el momento en que ocurrieron los hechos -lo cual era de público y notorio conocimiento- y la restricción ambulatoria imperante, la calidad especial de la demandada, quien debía obrar con suma prudencia y pleno conocimiento de las normas de seguridad que permitan prevenir ilícitos conlleva a concluir que el obrar de la actora en el proceso de la estafa realizada era insuficiente para exonerar de responsabilidad al Banco de la Provincia de Buenos Aires.-

En cuanto a los daños punitivos y moral confirmaron los montos otorgados, mientras que por el daño psicológico confirmaron su rechazo. Por su parte la disidencia fue parcial, de tal modo el Dr. doctor Francisco Agustín Hankovits, estimó que correspondía un análisis severo y en principio restrictivo en relación a la responsabilidad del demandado por lo que propuso revocar los rubros de daño moral y punitivo; sin perjuicio de confirmar la sentencia en cuanto decreta la nulidad de los contratos de préstamo por la suma de \$ 219.000 y adelanto de haberes por \$ 19.700, disponiendo que cesen los efectos y las consecuencias generadas en función de esos negocios y condena a la accionada a pagar a Graciela Beatriz Ezquerra la suma de \$ 126.000 en concepto de daño material por cuotas descontadas con más las sumas que se adicionarán en la etapa de ejecución de sentencia por las cuotas debitadas en razón del préstamo personal declarado.-

III.- Ratio decidendi

En primer lugar, y en lo atinente al principio de *Litis pendencia* la Cámara entendió la respuesta del fuero represivo en el delito denunciado por la actora fue escasa o nula, sobre todo teniendo en cuenta que la incautación de las cuentas de destino no fue rápida, y no se avanzó en la medida de lo esperado, por lo que la respuesta debía ser brindada en el fuero civil, siendo ello decisivo para el cliente consumidor (arts. 163, 164, 260, 261, 375 y 384, C.P.C.C.)

En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad del Banco y en lo que respecta al deber de seguridad para con el cliente, es objetiva, razón por la cual responde más allá de su culpa, por lo que el hecho de que el banco demandado haya cumplido con la normativa del B.C.R.A. es irrelevante para exonerarlo de responsabilidad si razonablemente pudo tomar recaudos mayores, lo cual diluye gran parte de los agravios vertidos por la demandada (arts. 1, 2, 7, 1709, 1716, 1717, 1721, 1722, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729 y 1757, C.C.C.N.; 163, 164, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).

Cabe agregar que la obligación de seguridad, como principio general del derecho, protege todas las relaciones jurídicas y tiene su fundamento en los arts. 19, 41, 42, 3 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como en la solidaridad social y el principio de buena fe, inscribiéndose dentro de los horizontes preventivos del moderno Derecho de daños (arts. 1, 2, 7, 1710, 1716 y 1717, C.C.C.N.). Esta obligación es más fuerte en el ámbito de la intermediación financiera, ya que no se limita al resguardo de los fondos depositados, sino a la actividad que permite realizar pagos o transferencia de fondos, o tomar dinero, que, cuando no es presencial, requiere de cuidados especiales y una actuación preventiva muy fuerte frente a la posibilidad de ataques de terceros.-

A mayor abundamiento se destacó que tratándose de un banco, en su calidad de institución colectora de fondos públicos, el interés general exige que los servicios que presta al recibir y entregar fondos funcionen correctamente, máxime su carácter profesional (art. 1725, C.C.C.N.), por lo que su responsabilidad es objetiva en la relación de consumo generada a raíz de la operatoria bancaria, frente a la parte más débil, el cliente actor (art. 40, ley 24.240; 1757, C.C.C.N.).

Atento ello, la manifestación del banco recurrente en orden al cumplimiento de las normas bancarias dispuestas por el B.C.R.A. a la fecha en que ocurrieron los hechos

es insuficiente para eximirlo de responsabilidad, ya que el cumplimiento del deber de seguridad que pesa sobre toda entidad bancaria no sólo se integra con la observancia de la normativa bancaria que imperativamente dispone el B.C.R.A., sino que, además, se deben ultimar los recursos y técnicas suficientes -a tenor de un buen hombre de negocios o profesional en la materia (arts. 902, Código Civil; 1725, C.C.C.N.) Si se estaba frente a un sistema que permitía en menos de 24 horas obtener una clave, contraer préstamos y adelantos de haberes, transferir a cuentas no vinculadas y con las que antes no se han efectuado transacciones, todo por importantes sumas de dinero, no se puede sostener -al menos con seriedad por parte de un profesional en la materia- que el sistema tiene las medidas de seguridad esperables (arts. 163, 164, 260, 261, 375, 384 y 474, C.P.C.C.; 1, 2 y 1725, C.C.C.N.).

Ahora bien, en la sentencia se considera que la actividad fraudulenta no está conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos, sino en la falta de medidas adecuadas de seguridad, como lo es asegurarse la identidad del usuario y un sistema de alerta frente a la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales. Al respecto la Cámara no compartió tal punto de vista, ya que la facilitación de datos por parte de la víctima es una condición necesaria para el delito en análisis (phishing) y hace, innegablemente, a la relación de causalidad. El tema es si tal conducta pudo ser razonablemente advertida -para los “ojos” de un experto- por el banco a efectos de impedir el ilícito, lo cual puede tener entidad para interrumpir total o parcialmente el nexo de causalidad (arts. 1719, 1721, 1722, 1723, 1724, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729, 1730 y 1731, C.C.C.N.).

Respecto del hecho o culpa de la víctima (proporción de claves), que ha tenido una innegable incidencia en el hecho denunciado -es más es uno de los elementos que hacen al delito cibernético en tratamiento- consideraron que no se trataba de un hecho exterior, ajeno a la actividad bancaria.-

Empero, esta Instancia hizo hincapié en que no todos los casos de estafas o engaños al cliente, efectuados por terceros ajenos al banco, éste deba responder. La incidencia del damnificado debe tratarse en cada caso, analizando su culpa o cualquier otra circunstancia especial (art. 1729, C.C.C.N.). Pues se tuvo en cuenta la situación especial de la actora (condición de jubilada que opera con la cuenta haberes y de consumidora), la escasa información que se tenía en el momento en que ocurrieron los

hechos -lo cual es de público y notorio- y la restricción ambulatoria imperante, la calidad especial de la demandada, quien debe obrar como suma prudencia y pleno conocimiento de las normas de seguridad que permitan prevenir ilícitos -en el caso cibernéticos-, las medidas adicionales que pudo adoptar la demandada para evitar delitos como el denunciado -que da cuenta el perito, han sido indicadas y se consideran razonables y esperables en un profesional-, el obrar de la actora en el proceso de la estafa realizada es insuficiente para exonerar de responsabilidad al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por lo que se decidió confirmar la sentencia apelada.-

En tercer lugar, se analizó el daño punitivo. Al respecto las notas distintivas de la indemnización pecuniaria disuasiva prevista en el art. 52 bis, ley 24.240, son las siguientes: a) requiere petición de parte (consumidor dañado), lo que impone que el interesado precise el monto en la demanda e impide su aplicación de oficio; b) es necesaria la existencia del incumplimiento de una conducta legal y/o contractual respecto del consumidor, por lo que no requiere de una culpa agravada ni un daño grave -tal como ya se ha dicho- y sólo se aplica en el ámbito de una relación de consumo; c) si bien el incumplimiento es una condición necesaria, no es suficiente, ya que su carácter “punitivo” requiere la presencia de una actitud intencional, negligente o despreocupada por parte del proveedor (se trata de un daño “inadmisible” cuya reparación tiene apoyatura en la “ejemplaridad”); d) el legitimado pasivo es el proveedor de bienes o servicios; e) es una condenación pecuniaria autónoma de la conferida en concepto de resarcimiento del daño (no resarce un daño, sino que tiene la naturaleza de una penalidad); f) el beneficiario de la indemnización es el consumidor (víctima que sufrió el daño); g) sólo deben recaer en los proveedores que sean autores -sea por autoría o complicidad- del hecho que motiva la sanción; h) tiene un tope según la remisión al art. 47 inc. b de la ley; i) su monto se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (esta Sala, causa 128.561 citada).

Sobre tal base y la necesidad de un trato digno hacia el consumidor (arts. 8 bis, ley 24.240; Comunicación A. 6664 BCRA del 4/4/2019, punto 2.6), se analizó si procedía la multa civil. Al respecto, se tuvo por acreditado tanto el incumplimiento del deber de seguridad por parte de la demandada como las circunstancias atenuantes señaladas precedentemente -entre las cuales se encontraba la restricción ambulatoria

generada por el COVID a fin de obtener una atención y el mejoramiento por parte del banco de las medidas de seguridad-, y la necesidad de mantener la condena desde el punto de vista preventivo, por lo que se estimo prudente confirmar el monto por daño punitivo.-

En cuarto lugar, y respecto del Daño psicológico la jueza de la instancia de origen lo rechazó con base en que sólo ha merecido la prueba de un certificado médico emitido por un psiquiatra que atribuye el cuadro de la actora a razones personales además de la estafa bancaria, y en tal sentido los camaristas también entendieron que era menester producirse mayor prueba a los fines de determinar la existencia del daño invocado y su atribución al evento daño. Ergo, Los agravios de la actora son insuficientes para modificar lo resuelto (arts. 163, 164, 260, 261, 385 y 384, C.P.C.C.).

En quinto lugar, y respecto al Daño moral concedido se expresó que el mismo refiere a la lesión a derechos que afectan la tranquilidad, la seguridad personal, padecimientos físicos y espirituales originados en el hecho dañoso. En el caso particular se sopesó que se ha demorado por un tiempo más que razonable la solución de dicha problemática, el daño moral aparece innegable (arts. 163, 164, 165, 260, 261 y 384, C.P.C.C.). Pues no se trata de punir al responsable, infringirle un castigo, sino procurar una compensación del daño sufrido (art. 1741, CCCN; ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", 2da. ed., Bs. As., 1960, pág. 230, N° 57).

En función de lo afirmado, se consideró que los inconvenientes suscitados por la demandada, quien pudo haber adoptado mayores recaudos en materia de seguridad, y han permitido la generación de un préstamo no tomado y el vaciamiento de la cuenta sueldos, tienen suficiente entidad a fin de afectar los sentimientos de la actora y acceder al reclamo por daño moral, por lo que se considera razonable confirmar la suma de PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000) establecida en la sentencia apelada (arts. 17, 18, 28, 31 y 42, C.N.; 38, Const. Prov.; 1, 2 y 7, C.C.C.N.; 1, 2, 3, 4, 11, 10 bis, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19 y 53, ley 24.240; 163, 164, 260, 261, 266, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).-

Por su parte la disidencia fue parcial, pues entendió que los conceptos de daño punitivo y moral fueron entendidos en modo por demás flexible, no compartiendo únicamente en esos puntos, el otorgamiento de esos rubros.-

IV.- Antecedente jurisprudenciales y doctrinarios. Análisis conceptual.-

Tal como recalqué al comienzo del trabajo, lo innovador del fallo puesto en análisis es que se ha dejado de lado la responsabilidad objetiva como matriz para fallar respecto de los delitos de phishing.-

A modo ilustrativo hemos de citar como ejemplo *“Cipriano, Ricardo José y otro*

c/ Banco Credicoop Coop. Ltda. s/ Ordinario” del 28 de diciembre de 2020, donde la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, absolvió a una entidad bancaria de su responsabilidad ante el daño sufrido por el consumidor en su patrimonio e intereses económicos, aduciendo la culpa de la víctima por haber brindado los datos personales a terceras personas por las cuales no debe de responder el banco. Y no quedando en eso realiza un análisis limitativo de las obligaciones de los proveedores indicando que la obligación de seguridad es una obligación de medios, y no de resultado, por lo que la entidad financiera habiendo demostrando que brindó una información clara y simple sobre el no comunicar a terceros sus datos personales se tiene por acreditado haber cumplido acabadamente con su deber de información.-

Bajo mismo sentido se expidió el 13 de agosto de 2021 la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú en *“G. B. I. c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ sumarísimo”*, aquí los considerandos fueron muchos explícitos al referir: *“...Imponer responsabilidad a la entidad financiera cuando ha quedado en evidencia que la víctima, plenamente lúcida respecto del tema, colaboró activamente para que el delito se cometa, implica permitir una situación de consecuencias absurdas; no hace falta mucho, a este ritmo, para que quienes deseen operar un cajero automático deban hacerse acompañar por un oficial de policía o quienes compren un cuchillo demanden a la fábrica porque se lastimaron la lengua al pasarla por el filo...(…) Si un cliente del banco, cede a la tentación de compartir sus claves debido a la promesa que se le hace del otro lado, por descabellada que sea, ello es imposible de impedir, no hay medida de seguridad que valga ni alcance...”*.-

Hasta el momento los fallos seguían un mismo sentido, y los antecedente des doctrinarios sobre tal base se desarrollaban: a grandes rasgos pregonaban que al quedar comprendidos los usuarios pertenecientes a la cartera de consumo dentro de la categoría

de consumidores, traen consigo la tutela protectora que consagra todo el sistema consumeril, que está compuesto no solo ya por la ley N°24.240, sino por el Art. 42 de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial a partir del art 1092 y ss. Y art 1389 en materia de contratos bancarios, y demás normativas nacionales e internacionales suscriptas por el estado argentino. Ante este encuadramiento, los proveedores bancarios y financieros asumen la responsabilidad objetiva que trae el art. 40 de la Ley 24.240, y solo podrán eximirse de su responsabilidad demostrando los eximentes previstos para este tipo de responsabilidad, que es que el daño fue causado por una causa ajena, un tercero por el que no debe responder, caso fortuito o fuerza mayor, o culpa de la víctima.-

Como podrá apreciarse, los argumentos hasta ahora distan considerablemente de lo sentenciado en el fallo objeto del presente análisis (*Ezquerria Graciela Beatriz C/ Banco De La Provincia De Buenos Aires S/ Nulidad De Contrato*). Y por muy disímiles que parezcan es menester poner de resalto que hasta el momento la jurisprudencia era pacífica al respecto: en tanto la víctima hubiera dado voluntariamente sus claves o datos personales, la entidad bancaria no respondía por tenerse por interrumpido el nexo causal (culpa de la víctima) en el marco de una relación sesgada por los preceptos de responsabilidad objetiva.-

Este revés jurisprudencial, que hasta entonces enmarcaba en forma categórica la responsabilidad objetiva y culpa de la víctima como eximente, conlleva a resignificar los conceptos y alcances de la relación entre grandes corporaciones bancarias y usuarios. De tal modo siguiendo la hermenéutica del art 3, de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que establece el principio general que determina que las normas legales deben de interpretarse en el sentido más favorable para el consumidor, y que únicamente podrá ser invocada en casos excepcionales de gravedad⁹. De igual forma, el deber de información no se acaba únicamente al haber informado al usuario sobre los peligros de compartir sus datos al momento de la celebración del contrato por el cual hace uso del sistema de la banca electrónica u Home Banking, sino que deberá de ser cumplido en cada etapa de la ejecución del contrato y aun con posterioridad a él y solo de este modo se satisface en plenitud la finalidad que se busca con la imposición de este deber. Cabe recordar que la banca electrónica u Home Banking no es solo un contrato de prestación de un servicio, sino que es un contrato que sirve para dar inicio a

múltiples contratos nuevos, como ser un contrato de mutuo, un contrato de apertura bancaria, contratos de transferencias, contratos de seguros y demás, hace que el deber de información esté presente en cada momento y ante cada conducta que el usuario despliega, informando y advirtiendo y re confirmando las acciones tendiente a celebrar algún contrato dentro de la plataforma de servicio.-

Puntualmente en el caso bajo análisis, fue el concepto de seguridad en su forma más estricta lo que logró cambiar la postura jurisprudencial. Advertir que cada relación de consumo es única y puede ser puesta bajo la lupa nuevamente, fue lo que logró determinar que los movimientos en la cuenta, la adquisición de préstamos, adelantos y recepción de fondos a terceros, dejaron en evidencia lo falible que resultaba el sistema de seguridad del banco, no circunscribiendo el análisis únicamente a si la actora otorgó o no claves.-

C.- Conclusión

En septiembre de 2020 EZQUERRA, Graciela Beatriz fue víctima de phishing, su cuenta vaciada y consolidados préstamos que no ella no había solicitado. Lo que nunca hubiera imaginado es que su caso iba a marcar el antecedente para que las grandes corporaciones sean responsables ante los usuarios por intervención y aplicación del derecho de defensa del consumidor, complemento de causas penales que no avanzan o no logran identificar a los delincuentes.-

La ley 24.240 se erigió como complemento al derecho civil. Como un derecho autónomo ante la vida diaria que dejó en evidencia que los numerosos contratos ya no podían ser solo tamizados por una responsabilidad objetiva o subjetiva de las partes, sino que hay condimentos que versan más sobre la posición de una de las partes como determinante en el modo de conclusión del contrato, sus términos y condiciones, las famosas adhesiones.-

El derecho consumeril es el paliativo que los usuarios y consumidores necesitaban frente a un desequilibrio de partes al momento de celebrar actos jurídicos.-

Corporaciones que niegan la baja de un servicio basándose en la fecha del llamado (que si no llamaste un día par, de mes par y hasta tal hora no se puede rescindir), productos que demoran su entrega, servicios que niegan prestaciones

básicas y demás ejemplos son los que validan la Ley 24.240, su vigencia, alcance y necesidad de un estado presente.-

EZQUERRA, Graciela Beatriz peleó contra un monstruo, nada más ni nada menos que un banco. Una entidad que excusándose en la responsabilidad objetiva y en cumplimiento de la normativa del Banco Central hubiera dado por sentado que el deber de seguridad estaba satisfecho. Sin embargo, la carga dinámica de la prueba conjuntamente con el precepto *in dubio pro consumidor* (art. 03 ley 24240) es lo que permitió cambiar la perspectiva e imponerse ante una gran corporación.-

Si bien constantemente el fallo de Cámara hace hincapié que el antecedente se corresponde a las particularidades del caso concreto, aún así el antecedente quedó marcado y las empresas advertidas: no es suficiente cumplir estrictamente con la normativa (lineamientos del Banco Central) en sino con el precepto del *buen hombre de negocios*. Ridículo resultaba creer que una persona vacíe su cuenta, pida tres préstamos, lo destine a tres personas distintas y el Banco no advierta nada inusual en ello.-

Lo que personalmente remarco no es el fallo en sí, su sentencia o fundamentos; lo trascendente fue la importancia de la aplicación del Derecho de Defensa al Consumidor. Su existencia, génesis y trascendencia es lo que permitió a los jueces fallar como lo hicieron. Es un derecho dinámico que entiende la vulnerabilidad de los usuarios y bajo tal premisa se construye, y ello es lo que posibilitó la solución a la que se arribó. El derecho penal no había logrado identificar a los culpables, el derecho civil circunscribía a una responsabilidad objetiva y fue el derecho consumeril el que permitió analizar el real comportamiento de las partes y bajo tal óptica condenar a nada más ni nada menos que una entidad bancaria.-

Conforme lo expuesto precedentemente, es el dinamismo y adaptabilidad del derecho del consumidor lo que me atrae, lo entiendo y percibo como una real aplicabilidad del concepto de equidad (virtuosa rectificación de la justicia), siendo el fallo traído a análisis un ejemplo más que claro de lo que pretendo exaltar, y esperando con ansías más fallos como el de Ezquerra, es decir, casos donde el derecho consumeril y su versatilidad logre dar respuesta cuando las otras ramas del derecho no la tienen.-

D.- REFERENCIAS

- *codigo civil y comercial de la nacion.* (2015). buenos aires: errepar.
- iturraspe, j. m., & wajntraub, j. (2008). *ley de defensa del consumidor.* Buenos Aires: rubinzal.
- Shina, Fernando (2024), *Ley de defensa del consumidor.* Buenos Aires: Hammurabi
- <https://virtualidadjuridica.abogado.org.ar/wp-content/uploads/2021/12/VJ7-web.pdf>