

**XLIX ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

La Matanza, junio de 2009

**AUTOR: EDUARDO ANIBAL MARSALA
DIEGO BRULLO
Instituto de Derecho Comercial "Angel M. MAZZETTI"
COLEGIO DE ABOGADOS DE LOMAS DE ZAMORA**

RESPONSABILIDAD BANCARIA POR LAS TARJETAS MAGNETICAS

PONENCIA: Existe responsabilidad del Banco cuando no ha elegido un software seguro para la confección de sus tarjetas de debito o crédito, permitiendo la copia de las mismas, aún cuando se haya divulgado el password y dicha responsabilidad no debe aplicarse únicamente cuando existen damnificados múltiples sino también cuando el sujeto que sufrió el perjuicio es uno solo.

I.- PRELIMINAR: Hace años que en sucesivas ponencias venimos postulando la invalidez de las clausulas limitativas de responsabilidad que establecen los bancos respecto a la liberación de responsabilidad por la divulgación que efectúe el cliente del password o clave personal.

Asi, veniamos postulando: "**¿ EL SISTEMA ES SEGURO ?:**

He aquí la cuestión fundamental, que pretendo traer a debate. El sistema implementado resulta seguro ?. ¿ Y en caso negativo, quién es el responsable ?.

Los Bancos como "oferentes del sistema" suelen incluir una serie de cláusulas eximentes de responsabilidad, las cuales resultan indudablemente (ya así lo ha interpretado la jurisprudencia) nulas. Entre ellas, se puede mencionar:

a) Las cláusulas por las cuales el Banco hace únicamente responsable al usuario por el "uso indebido del password o el uso del mismo por terceras personas" pues como veremos posteriormente puede existir supuestos en

los cuales la utilización de la clave por parte de terceros puede no resultar culpa del usuario.

b) Aquellas, por las cuales el cliente debe aceptar la eximición de responsabilidad por parte de la entidad financiera de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse por errores y fallas en los equipos o líneas o cualquier otra circunstancia, de cualquier origen, que impida el normal funcionamiento del sistema. Consecuentemente, el cliente asume en estos supuestos la consecuencia del caso fortuito y/o fuerza mayor derivados de los eventos referidos.

c) En otros casos, los términos y condiciones redactados estipulan que el banco no se responsabilizará por los errores u omisiones sobre la información brindada por terceros que publicitan en el sitio del Banco, o que a través de un link de acceso colocado en la página web del Banco se puede ingresar en sus páginas.

Pero sin perjuicio de tales cláusulas predispuestas, la responsabilidad podrá resultar del Banco.

La elección del sistema electrónico utilizado es responsabilidad de la entidad oferente, debe asegurarse que se trata de una "ambiente tecnológico técnicamente confiable y seguro". El banco es responsable de los defectos del hardware como el software, ya la que imputación de responsabilidad le corresponde a aquel que procede a la elección de los mismos. El usuario no tiene elección respecto de los medios tecnológicos que se utilizan, salvo en lo que hace a su propia PC. (1)

De tal forma: que propugnábamos: En los casos de uso indebido del password se debe invertir la carga de la prueba, y existir una presunción a favor del usuario. (1)

II.- HECHOS: Recientemente, han salido 2 fallos, que no solo siguen nuestra postura, sino que han dado un paso mas allá.

COMPLETAR: LOS FALLOS 15 RENGLONES CON EL RESUMEN DE CADA UNO.

III.- DOCTRINA DE LOS FALLOS: De los mismos se deduce, que la jurisprudencia ha avanzado en los siguiente lineamientos:

1. La confianza en el sistema no radica unicamente en la confidencialidad del password, sino principalmente en el sistema de software utilizado por el banco, para la confeccion de un sistema de tarjetas magnéticas inviolable. Ello, es así, porque si el sistema utilizado por el banco resultase suficientemente seguro, por mas que un tercero hubiera tomado conocimiento de la clave de identificación personal, de nada le serviría sino hubiera podido copiar la tarjeta.
2. Dicho software debe evitar que se puedan confeccionar tarjetas mellizas.
3. El banco no queda liberado de responsabilidad por la divulgación del password.

IV.- EL SOFTWARE DE UNA TARJETA: A que nos estamos refiriendo?.

Quando hablamos de una **Tarjeta de Debito**, estamos hablando de una "**Tarjeta Inteligente**", que se la define como: *Una tarjeta inteligente es una tarjeta de plástico del tamaño de una tarjeta de crédito con un circuito integrado construido en él. Este circuito integrado puede consistir solamente de EEPROM en el caso de una tarjeta de memoria, o también puede contener ROM, RAM y hasta un CPU. La mayoría de las tarjetas inteligentes han sido diseñadas con la apariencia de una tarjeta de crédito o débito, pero puede funcionar por lo menos en tres niveles (de crédito - débito - información personal). La tarjeta inteligente es un mini-ordenador sin la pantalla y el teclado. Las tarjetas inteligentes contienen un microchip con un circuito integrado capaz de procesar y almacenar miles de bytes de datos electrónicos. Debido a la portabilidad y el tamaño de las tarjetas inteligentes que se ven como la próxima generación de intercambio de datos. (2)*

Las tarjetas inteligentes contienen un sistema operativo al igual que los ordenadores personales. Las tarjetas inteligentes pueden almacenar y procesar la información y son totalmente interactivos. Avanzada tarjetas inteligentes contienen también una estructura de archivos con claves secretas y algoritmos

de cifrado. Debido al sistema de ficheros cifrado, los datos pueden ser almacenados en archivos separados, con plena seguridad. (2)

La tarjeta inteligente es un dispositivo electrónico de registro. La información contenida en el microchip puede comprobar instantáneamente el titular de la tarjeta de identidad y los privilegios a los que el titular de la tarjeta puede tener derecho. Información, como las retiradas, las ventas, y los proyectos de ley pueden ser procesados de inmediato y si / cuando sea necesario, los registros pueden ser transmitidas a una computadora central para el archivo de actualización. (2)

SEGURIDAD: Una de las principales cuestiones a tener en cuenta, a los efectos de determinar si las Tarjetas inteligentes cumplen con las normas de seguridad, es determinar si las mismas cuenta con la ISO 7816, que es una familia de normas que tratan principalmente con los aspectos de interoperabilidad de tarjetas inteligentes con respecto a la comunicación las características, propiedades físicas, y la aplicación de los identificadores y datos de chips implantados.

QUE ES EL SOFTWARE DE UNA TARJETA INTELIGENTE (DEBITO):

Es el programa con el que se confeccionan las tarjetas, y el que les dá mayor o menor grado de seguridad a las mismas.

En ese sentido, el Banco debe asegurarse que el software elegido sea inviolable, y no pueda ser copiado a tarjetas mellizas, mediante lectoras de tarjetas, fácilmente conseguibles en el mercado, y que usualmente son colocadas en los mismos cajeros automáticos, para leer todas las tarjetas que se introducen en el mismo, y copiar los datos almacenados en la misma.

Por lo expuesto, el sistema de seguridad, se fundamenta en dos aspectos:

- 1.- La clave de identificación personal.
- 2.- La Tarjeta inteligente.

El tercero que intenta un fraude requiere de ambas cosas para poder ejecutarlo, de nada le servira contar con la clave de identificación, sino a podido copiar la tarjeta, y de nada le servirá esta, sino cuenta con la clave.

Por ello, resulta fundamental la eleccion del software que resulte mas seguro a la inviolabilidad del sistema de tarjetas, y el Banco como entidad profesional, tiene una responsabilidad agravada en tal sentido.

Ya hemos dicho que es el Banco, quien elije el sistema, quien lo ofrece a sus clientes y lo hace garantizando la seguridad del mismo.

IV.- CONCLUSION: Nuestra postura, acompaña la doctrina de los fallos citados, y propugna la responsabilidad del Banco cuando no ha elegido un software seguro para la confección de sus tarjetas de debito o crédito, y dicha responsabilidad no debe aplicarse únicamente cuando existen damnificados múltiples sino también cuando el sujeto que sufrió el perjuicio es uno solo.

(1) Ponencias presentadas en: a) Primer Congreso Internacional De Derecho Comercial y De Los Negocios. Facultad De Derecho De La Universidad De Buenos Aires, junio 2007 b) I Congreso Nacional de Derecho Bancario, en Lomas de Zamora 2007 c) XXXVIII Encuentro De Institutos De Derecho Comercial De Los Colegios De Abogados De La Provincia De La Provincia De Buenos Aires. *Necochea, Noviembre De 2003.* d) XXXIX Encuentro De Institutos De Derecho Comercial De Los Colegios

De Abogados De La Provincia De La Provincia De Buenos Aires. *Lomas De Zamora,*
Mayo De 2004

(2) Conforme: <http://es.tech-faq.com/smart-card.shtml>