

**L ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS
COLEGIOS DE ABOGADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Mar del Plata, diciembre de 2009

TEMA: DERECHO BANCARIO

Responsabilidad bancaria. Entrega voluntaria del password

AUTOR: *Dr. Eduardo MARSALA y Dr. Diego BRULLO*

Instituto de Derecho Comercial del

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

“Angel M. MAZZETTI”

PONENCIA: El fallo en comentario, ha determinado la responsabilidad del Banco, a pesar que la cliente, ha entregado la tarjeta y el password a otra persona, por no haber acreditado el buen funcionamiento del cajero automático. No se comparte en su totalidad el fallo.

I.- INTRODUCCION:

La jurisprudencia ha venido produciendo una serie de progresos en este tema, avanzando sobre la responsabilidad de los bancos en cuestiones, en las cuales antes los mismos eran eximidos. Es así, que se esta dictaminando la responsabilidad aún en los casos de divulgación de la clave persona, o password o pin.¹ Y conforme ponencia presentada por los suscriptos.²

Así, veníamos 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

¹ C.N.COM. SALA D, 15-05-2008, BIENIAUSKAS, Juan C. C/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario - Fecha: 15/05/2008

² XIII Encuentro De Institutos De Derecho Comercial Colegios De Abogados De La Provincia De Buenos Aires. La Matanza, Junio De 2009. MARSALA-BRULLO: *RESPONSABILIDAD BANCARIA POR LAS TARJETAS MAGNETICAS*

(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 eximisión 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 predisuestas, 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

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*³

³) 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

II.- EL FALLO:

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, en la causa: *Barni Mauricio O. c/Banco Río de la Plata S.A. y Otro s/Daños y Perjuicios por enriquecimiento*”, ha resuelto la responsabilidad del banco, en base a los siguientes fundamentos:

1. La cliente, le había entregado la tarjeta y el password a la hermana, para que realizara una extracción, y esta, a su vez, al tener inconvenientes con el cajero, le pidió a una tercera persona que la ayudara, con lo cual, esta ultima también tomo conocimiento del password.
2. Si bien, en principio se acreditó este hecho, no se acreditó que el mismo tuviera nexos causales con las extracciones provocadoras del daño.
3. De dicho hecho, no cabe presumir la responsabilidad del cliente.
4. El fallo se fundó en la Ley del Consumidor, pero dejando aclarado, que idéntica resolución se debía adoptar en base a las normas del Código Civil.
5. El banco no logró acreditar que el sistema funcionara bien, ni intentó ejercer prueba alguna al respecto.
6. la falta de filmaciones del cajero, lo que se vincula tanto a la omisión de una prueba eficaz de descargo como a un incumplimiento obligacional del prestador en cuanto a la seguridad del servicio ya que no fueron grabadas las operaciones efectuadas en dicho cajero.
7. Conforme la normativa del BCRA, debe preverse el registro de no menos de tres imágenes cada vez que se realice una operación, ya que 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
8. la carga dinámica de la misma resulta apropiada, llevando al plano de la obligación al empresario quien debe cooperar en la tarea de dar claridad a los hechos ya que esta en **mejores condiciones de** probar circunstancias que están dentro del dominio de sus *actividades*

9. *No es ocioso aquí detenerme en recalcar que la gran mayoría de supuestos judiciales (y de los que sin llegar a esa instancia se conocen informalmente) de "cuentos del tío" o instalación de "pescadores" en cajeros, ocurre en fines de semana o días inhábiles, sin que las entidades adopten medidas especiales para esas circunstancias.*
10. el banco o la titular de la red no acreditó negligencia en el momento de utilizar el cajero automático en la ocasión, sino que tampoco probó el adecuado funcionamiento del mismo.

III.- CONCLUSION:

Consideramos que el fallo, se encuentra en la senda correcta, si bien no lo compartimos plenamente. Los bancos son los oferentes del sistema y los responsables de la seguridad del mismo, ya que cuenta con los medios tecnológicos para ello, siendo de plena aplicación, el principio de las pruebas dinámicas. En consecuencia, en los casos en los cuales el cliente hubiere perdido o entregado su password, el banco no solo tendrá que acreditar dicho extremo, sino además, el nexo causal entre aquel y el daño producido, a los fines de eximirse de responsabilidad, como así también, el perfecto funcionamiento del sistema.

Porque no lo compartimos en su totalidad? Porque el fallo, no declara la nulidad de la cláusula de eximición de responsabilidad del banco por la pérdida o divulgación del password, lo cual debería haberse efectuado, a los efectos de arribar a la solución expuesta en el fallo.

Finalmente, consideramos se debería haber tratado de un supuesto de culpa concurrente. La culpa del cliente derivada de la divulgación de la clave, y la del banco por no acreditar el buen funcionamiento del sistema.