Poder Judicial

BATISTUTA MARIA DELIA C/ NUEVO BANCO DE SANTA FE - DEMANDA DE DERECHO DE CONSUMO - (CUIJ 21-25024575-8) S/ RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJAS ADMITIDAS)

21-25024575-8

Secret. Tecnica de la Corte Suprema de Justicia

En la Provincia de Santa Fe, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Roberto Héctor Falistocco, Rafael Francisco Gutiérrez y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de su titular doctor Daniel Aníbal Erbetta, acordaron dictar sentencia en los autos caratulados "BATISTUTA, MARIA DELIA contra NUEVO BANCO DE SANTA FE SA -DEMANDA DERECHO DE CONSUMO- (CUIJ 21-25024575-8) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)" (Expte. C.S.J. CUIJ: 21-25024575-8). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿son admisibles los recursos interpuestos? SEGUNDA: en su caso, ¿son procedentes? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo, se emitieron los votos en el orden en que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores: Spuler, Gutiérrez, Falistocco y Erbetta.

A la primera cuestión -¿son admisibles los recursos interpuestos?-, el señor Ministro doctor Spuler dijo:

Mediante las resoluciones registradas en Autos y Sentencias T. 325, p. 131 y T. 325, p. 136 esta Corte admitió las quejas por denegación de los recursos de

inconstitucionalidad interpuestos por la actora y la demandada respectivamente contra la resolución N° 28 del 17.02.2022, dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, por entender que la postulación del recurrente contaba -prima facie- con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaba articular con seriedad planteos que podían configurar hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad suficiente como para lograr la apertura de esta instancia extraordinaria.

El nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a ratificar esa conclusión, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General (fs. 488/492 y 538/540).

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Falistocco, y el señor Presidente doctor Erbetta expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Spuler y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión -en su caso, ¿son procedentes?-, el señor Ministro doctor Spuler dijo:

1.- Conforme surge de la historia procesal de la causa, María Delia Batistuta interpuso demanda de derecho de consumo contra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. (en adelante NBSF) solicitando la nulidad del contrato de préstamo de $240.000 generado por cajero automático por no haber sido ella quien

lo solicitó. Conjuntamente, acumuló la pretensión de ser indemnizada por daño material (recupero de cuotas que le cobraron por débito automático de su jubilación), moral y punitivo.

Relató que siendo clienta del NBSF, el 04.04.2020 —en pleno Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio dispuesto por el COVID—, a las 17:00 horas, compareció junto a su hija Maira Agustini al sector de cajeros automáticos del NBSF ubicado sobre calle San Martín en la ciudad de Reconquista porque necesitaba retirar dinero y dadas las restricciones de circulación, obtener la clave y habilitar el homebanking para pagar los impuestos y servicios de forma remota.

Explicó que previo a hacer una larga fila, cuando quisieron entrar al sector de cajeros, una persona identificada con indumentaria y rotulado perteneciente a la Municipalidad de Reconquista les impidió el acceso a ambas, imponiéndole que entrara únicamente la persona titular y que ella la ayudaría si era necesario. La actora, según relata, logró retirar dinero en efectivo y, por la colaboración de dicha persona, generar una clave de homebanking para proceder luego a su apertura y habilitación por internet.

Advirtió que luego, ya estando en su casa, no pudo realizar dicha habilitación porque el código tenía una duración de 24 horas. Aseveró que unos días más tarde intentó buscar su tarjeta para ir nuevamente al banco y se percató de que no la tenía. Por tal motivo, el 14.04.2020,

concurrió personalmente al banco y retiró dinero mediante el mecanismo de Caja habitual y presencial. Ese mismo día dio de baja telefónicamente la tarjeta extraviada y gestionó una nueva, que llegó el 24.04.2020, procediendo a habilitarla el 26.04.2020. Volvió a dirigirse al cajero para obtener la clave de homebanking —que fue finalmente habilitada— y se encontró con que había una entrada y varias salidas de dinero de la cuenta que le eran desconocidas.

A su vez, tomó conocimiento de que un tercero no autorizado -mediante una maniobra delictiva- había solicitado un préstamo por cajero automático por $240.000 a cuatro años, que había sido extraído íntegramente.

Indica que en fecha 27.04.2020 se comunicó con personal del banco, hizo la denuncia policial y, pese a tener conocimiento de lo sucedido, el banco persistió en cobrarle íntegramente un préstamo sin que exista el consentimiento personal y libre de la persona titular, generando así el inicio del proceso judicial a los fines de reclamar la nulidad del contrato de préstamo y la reparación del daño ocasionado.

2. El NBSF contestó la demanda (v. fojas 53/60) resistiendo la pretensión de la actora, solicitando su rechazo. Para ello, en lo que aquí interesa, luego de desestimar el pedido de nulidad, rechazó la pretendida responsabilidad de su parte entendiendo que en el caso se presentaban dos eximentes de su responsabilidad (la que calificó como objetiva) de forma concurrente y que son la

verdadera causa adecuada del daño, que provocan una ruptura total del nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, a saber: el hecho del damnificado (señora Batistuta) y el hecho de un tercero por el cual su parte no debe responder (inspectora municipal Oliva, autora del delito). Afirma que fue la actora la que facilitó la tarjeta y el pin a la agente municipal y que ello no hubiese podido ocurrir sin el obrar negligente de la actora.

3. Producida la prueba y realizada la audiencia de vista de causa, en fecha 03.03.2021 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Reconquista dictó la Resolución N° 93 haciendo lugar a la demanda, declarando la nulidad del préstamo por cajero automático contratado con la tarjeta de débito de la señora Batistuta y ordenó al banco abstenerse de exigirle la ejecución de las prestaciones que le hubieran correspondido efectuar, en el caso de subsistir el negocio declarado nulo. También condenó a la entidad financiera a pagar a la actora la suma de $80.000 con más intereses desde la demanda hasta su efectivo pago, en concepto de daño extrapatrimonial, y rechazó las pretensiones de daños material y punitivo (ver fojas 370/371 del expediente principal).

4. Apelada esta sentencia por ambas partes, la Cámara se expidió a través de la resolución ahora recurrida, entendiendo que la nulidad se fundaba en el dolo esencial perpetrado por la agente municipal Oliva contra la actora. Además consideró que la actora era responsable por los

daños en un 50% al haber incumplido sus deberes de custodiar su tarjeta y clave, mientras que la demandada debería responder por el 50% restante por no haber contado con un factor de seguridad adicional para alertar sobre operaciones no habituales. Así establecidas las proporciones, correspondería a la actora reintegrar la mitad del monto del préstamo —que no percibió— con más intereses a razón de la tasa para plazos fijos a 30 días vigente en el período; y a la demandada la mitad de lo fijado como daño moral —que se elevó de $80.000 a $240.000— con más intereses a una tasa pura del 6% anual hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia y desde entonces conforme la Acta Acuerdo N° 30.

5. Contra esa decisión, nuevamente ambas partes recurrieron, interponiendo ahora sus correspondientes recursos de inconstitucionalidad (ver fojas 446/465 y 496/511).

5.1. La actora, por su parte, consideró que la decisión de la Cámara era arbitraria en tanto no reunía las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción ni la fundamentación que exige la Constitución de esta Provincia en su artículo 95.

En primer lugar, le achacó a la sentencia haber omitido que tanto el delito de sustracción de la tarjeta y clave como la posterior estafa en la generación del préstamo fueron dentro del banco y que eso configuró un claro incumplimiento de sus deberes más básicos de seguridad y protección de los intereses económicos de su parte.

Consideró que la Alzada en reiteradas oportunidades presumió o acusó a su parte de obrar con negligencia o descuido cuando ello no se encuentra acreditado en autos, desconociendo la posibilidad de que la delincuente (señora Oliva) le haya robado o hurtado la tarjeta, ni que su origen es un delito cometido dentro de la entidad bancaria.

Entendió que se la está revictimizando como consumidora porque además de haber sido delinquida, se la tilda de ignorante y co-causante del delito. Agrega que no se tuvo la consideración necesaria sobre su condición de consumidora “hipervulnerable”.

Criticó el fallo por no valorar que en los cajeros no había folletos instructivos sobre cómo generar clave para crear usuario de homebanking y que eso fue lo que motivó la necesidad de su parte de solicitar la ayuda, que luego terminaría en el hecho delictivo.

Entendió que la sentencia la discrimina porque aun aumentando la suma otorgada en concepto de daño extrapatrimonial, sigue siendo insuficiente e incluso para estimarla se utilizó como parámetro lo que saldría una reparación (pintura u ornamentación) de su vivienda, y eso la ofende puesto que parecería que con eso tiene que estar agradecida de que puede “quedarse quieta” en su casa, soslayando que con la suma referida -descontando lo que debe pagar- no puede de ningún modo realizar las mejoras señaladas.

En segundo lugar, se agravió porque entendió que la sentencia desatendió que su parte jamás afirmó haberle

facilitado la contraseña ni la tarjeta a la delincuente, realizando una valoración probatoria arbitraria al tener por acreditado que fue su parte quien no mantuvo en secreto tanto la tarjeta como la contraseña cuando no existieron pruebas de lo acontecido en el cajero y, en caso de existir grabaciones, las mismas pertenecieron siempre al Banco y por lo tanto era dicha entidad la que estaba en mejores condiciones de probar lo que ella misma afirmaba.

En tercer lugar, entendió afectado el principio de congruencia al considerar la Cámara que la agente municipal (Oliva) había ejercido sobre su parte (Batistuta) dolo esencial (arts. 271 y 272 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN) que vició de nulidad el acto jurídico en cuestión, dejando de tal modo de lado la consideración de la falta de consentimiento de Batistuta como causa principal y excluyente; argumentando en su lugar que el Banco habría sido inducido a error por el hecho doloso de un tercero aplicando los artículos 270, 271 y 274 del CCCN.

A su vez, consideró que interpretar que el dolo esencial ejercido por Oliva fue sobre su parte y no sobre el banco, configura un agravio constitucional grave. Dijo que la culpa exclusiva es del prestador del servicio financiero que no controló la identidad de la contratante, decidiendo poner el dinero en la cuenta y permitiendo la extracción completa del mismo sin siquiera consultar, notificar o verificar a la dueña de la cuenta.

Explicó que no se planteó la nulidad por el tipo de

crédito sino porque no fue pedido por Batistuta y que en tal sentido el Tribunal no analizó la situación de que Oliva se apoderó ilegítimamente de la tarjeta y clave de la jubilada dentro del banco e hizo caso omiso al origen ilegal de la obtención del mecanismo de acceso a la cuenta de Batistuta. Luego de ello, acusó autocontradicción al afirmar que tratándose de una operación no habitual el banco debió advertir por correo electrónico y otro medio automático e instantáneo a la actora de la celebración y características de la operación (alerta al usuario) y afirmar que de haber existido dicha “alerta” se podrían haber evitado los perjuicios sufridos por la actora.

Continuó alegando que la sentencia es contradictoria porque, por un lado, reconoce que no fue su parte quien pidió el préstamo al NBSF pero de modo concomitante obliga a la misma al reintegro del 50% del capital que compone el crédito anulado. Es decir, que si ella no fue la causante de la nulidad no puede jamás ser conminada a algo respecto a lo que no tuvo papel determinante, porque afecta su patrimonio vulnerando su derecho de propiedad.

Por último, afirmó que la sentencia resuelve “extrapetita”. Sostiene que el juez de primera instancia había fijado los intereses del daño moral “a la misma tasa que tenía el crédito anulado” y ninguna de las partes expresó agravios contra dicha tasa. Sin embargo, entiende que arbitrariamente la Cámara modificó el índice estableciendo que dicha reparación devengaría intereses “desde que Batistuta tomó conocimiento de la estafa, por

ser el momento en que comenzó su sufrimiento (art. 1748 del CCCN) hasta la fecha de la presente sentencia al 6% anual, y de allí en más conforme Acta Acuerdo n° 31/21”. La recurrente explicó que en dicho acta la tasa de interés es la “activa en pesos de la cartera general nominal anual vencida del Banco Nación, más 1 mensual”. Luego de hacer cálculos, concluye que de aplicarse los intereses dispuestos por la Alzada, los mismos se verían reducidos en más de la mitad de los que se había dispuesto en primera instancia, lo cual afecta sus derechos constitucionales.

5.2. La demandada hizo lo propio a fojas 496/511. Se agravió en cuanto la sentencia realiza todas las consideraciones por las que concluye que el Banco no es responsable y sin embargo -sorpresivamente- al resolver, lo hace responsable en un 50%.

Explicó que esa corresponsabilidad que se le achaca se funda en dos motivos: falta de advertencia a la usuaria por correo electrónico -u otro medio automático e instantáneo- de la celebración y características de la operación crediticia y en la errónea aplicación de una comunicación del Banco Central (A 6878) que -según entiende- no le sería aplicable al supuesto de autos.

Criticó la sentencia por considerar que la condena a su parte se funda en la aplicación de normativa -Comunicación A 7318 y 7370- que entró en vigencia con posterioridad a la fecha de toma del préstamo o transferencias de la cuenta de Batistuta. Explicó que la normativa de segundo factor o aviso

por medios electrónicos de actividades de toma de préstamos o transferencias en la cuenta entró en vigencia a partir de julio del 2020 y el robo de la tarjeta fue el 04/04/2020 y la última transferencia el 14/04/2020.

Afirmó que a las fechas indicadas no existía ninguna normativa del Banco Central ni de otra institución que exigiera un régimen de segundo factor distinto del uso de la tarjeta de débito y del PIN.

Aclaró que hoy en día rige la comunicación “A” 7318, modificada por la “A” 7370 del BCRA la cual difiere la acreditación del préstamo dejándola sujeta a una validación positiva del cliente.

Concluyó diciendo que la sustracción de la tarjeta de débito, el no darse cuenta por más de diez días de que la misma no estaba en su poder, el permitir que una persona (tercero) tomara conocimiento del PIN sin cambiarlo luego, implicaron acciones y omisiones que junto con la actividad delictiva de Oliva fueron los únicos desencadenantes de los daños materiales y morales expuestos en autos.

Por último se agravió por la fijación del daño moral puesto que la responsabilidad de la actora en autos amerita que la misma no sea premiada por una actividad negligente, como la antes referida.

6. Luego del trámite pertinente, la mencionada Sala en fecha 04.10.2022 denegó la concesión de ambos recursos de inconstitucionalidad mediante resoluciones n° 362 (fojas 523/524) y 363 (fojas 481/483) por entender -en síntesis- que se encontraban comprometidas la preparación de la vía y

el planteo de la cuestión constitucional, que los argumentos expuestos se trataban de una mera disconformidad con el criterio adoptado por ese Tribunal y que la solución arribada en la sentencia encaja dentro del marco de posibilidades lógicas de la hermenéutica jurídica.

7. Pues bien, la sola enunciación -compartida por la sentencia de Cámara de las circunstancias fácticas precedentemente descriptas- evidencia un daño en el patrimonio de la actora causalmente relacionado al servicio del que la demandada es proveedora, toda vez que se encuentra acabadamente probado que los créditos fueron sacados por otra persona que “sustrajo” la tarjeta de la actora dentro de las instalaciones del Banco demandado, sin el consentimiento de Batistuta y, subrogandose en su identidad, sacó un préstamo, retirando luego el dinero, todo ello sin que el Banco ni Batistuta se den cuenta; descontándole con posterioridad de su jubilación las cuotas de un crédito que ella no había solicitado -ni mucho menos aprovechado-; es decir, materializados dentro de la sucursal de la demandada algunos de los riesgos propios de la actividad (engaños, delitos, sustracción de tarjeta, obtención de préstamos, retiros de dinero por persona ajena a la relación de consumo, etc), quién cargó con parte de las consecuencias terminó siendo la actora.

Luego, como se relató, en primera instancia se hizo lugar a la demanda interpuesta por la actora, con los alcances antes indicados.

En segunda instancia, en lo que aquí interesa, se revocó parcialmente la resolución de primera instancia entendiendo que hubo concurrencia de culpas (del NBSF y de la señora Batistuta) disponiendo que la actora soporte la mitad del daño generado (50% del crédito) por su negligencia en la utilización del servicio bancario. Frente a la disconformidad de ambas partes con aquella distribución (ambas atribuyendo la totalidad a su contraria) quedaron los presentes en estado de ser resueltos.

8. Debo adelantar que declararé procedente el recurso interpuesto por la actora e improcedente el de la demandada.

Como aclaración preliminar, quisiera advertir que no se encuentra controvertido por las partes que el vínculo que las une se trate de una relación de consumo (art. 42 C. N., art. 1092 CCCN, y arts. 1, 2 y 3 LDC; incluso reconocimiento expreso de la demandada en su contestación de fojas 53/60).

Ello no es un dato menor pues activa una especial argumentación en materia de normas y principios propios de tal microsistema que recae en manos de los magistrados y las magistradas encargados de aplicar el derecho vigente al caso, con la gravosa consecuencia que de no hacerlo -juzgar sin la perspectiva propia del derecho de consumo- se configuraría un supuesto de arbitrariedad normativa que habilitaría la presente instancia extraordinaria y tornaría descalificable la sentencia a tenor de la doctrina de la

arbitrariedad (v. C.S.J.N., Fallos 342:1004; 340:172, 337:1431; 333:203; 331:819; 343:2255, entre otros; y esta Corte en “Rodriguez” T. 280, p. 342; “Torres Gonzalez” T. 304, p. 37; “Prevosto” T. 327, p. 59; “Piñol” T. 329: p. 462; entre otros).

9. Enfocado entonces en el marco normativo que debe integrar el caso, debo decir que -como ya es sabido- los principios son normas abiertas, indeterminadas, guías de razonamiento legal, criterios ordenadores, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y en compatibilidad con otros principios competitivos (Lorenzetti, Ricardo Luis -dir.-, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 37/38).

Dicho en palabras de Alexy, los principios son mandatos de optimización (Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf) en tanto pretenden la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas que se presenten en concreto.

9.1. En este sentido, el derecho contractual, como cualquier otra disciplina jurídica, no resulta ajeno al terreno de los principios. Sin desmedro de los principios clásicos de la contratación en general, y de aquellos principios generales del derecho privado como lo son -por mencionar solo algunos- los principios de buena fe, abuso del

derecho, actos propios, entre tantos otros, que tienen un amplio campo de acción en todo el ámbito contractual (que incluye lógicamente la órbita de los contratos de consumo), encontramos ciertos principios que se traducen en ineludibles deberes que cuentan con especial incidencia dentro del marco del régimen del consumo y que muchas veces se encuentran reñidos con las directrices y soluciones que brindan los primeros.

Algunos de ellos que aquí interesará destacar son -en orden de consideración- el deber de seguridad, de advertencia (información), de trato digno y equidad.

9.2. En primer lugar, en el caso que nos ocupa, debo advertir que no se valoró correctamente la conducta de la demandada quien no ha cumplimentado con el deber de confianza que pesa sobre su espalda, relativo a la custodia sobre el dinero depositado en las cuentas de la actora.

Ello así toda vez que a través de este valor se pretende resguardar las legítimas expectativas depositadas por la consumidora en el proceso declarativo de voluntad emitido por la persona del cocontratante, más aun en el contexto de relaciones jurídicas masificadas y despersonalizadas como la que une a las partes de este proceso.

Cabe recordar que no se encuentra controvertido el hecho de que la señora Oliva (con condena penal firme por el hecho que hoy se ventila en autos) era una agente municipal que estaba asignada para controlar el distanciamiento social en la zona de cajeros automáticos

(en las instalaciones del Banco demandado) situación en la cual ofreció su ayuda a la señora Batistuta (en ese entonces de 65 años de edad) para operar en uno de sus cajeros, y que a través de “engaños y/o sustracción” obtuvo de aquella su tarjeta de débito y su PIN, utilizandolos luego para sacar un préstamo y retirar el dinero.

Es evidente que la especificidad propia de la actividad, como así también la publicidad y las prácticas comerciales crean en los consumidores expectativas legítimas que son depositadas en el vínculo contractual, y es justamente allí adonde apunta la confianza referida, impregnada de un fuerte matiz protectorio, y orientada a garantizarle al consumidor/a la concreción de la seguridad en su persona y en su patrimonio de manera imperativa.

En otras palabras, la confianza con la que cuentan los bancos torna exigibles las razonables expectativas que los consumidores depositan en ellos, cuestión de trascendental importancia a la hora de otorgarle la custodia de su dinero y de sus datos.

Siendo entonces la confianza la piedra basal sobre la que se apoya la existencia misma del sistema bancario, cobra una calificada incidencia, para casos como el presente, cuando se la amalgama con otros deberes especiales, diseñados por el legislador en el estatuto del consumidor, relativos a las exigencias de seguridad, derivadas de nuestra Carta Magna, tales como: la obligación de seguridad en sentido estricto regulada por la ley 24.240 como garantía objetiva de

inocuidad y de resultado, el deber de advertencia de la misma normativa y de su decreto reglamentario; la responsabilidad por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa o por el servicio prestado (art. 40 de la LDC y art. 1107 y 1757 CCCN), y el trato digno que merecen las personas consumidoras con especial relevancia en caso de consumidores hipervulnerables; entre otros.

9.3. A partir del artículo 42 de la Constitución Nacional que dispone que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno; y de la Ley de Defensa del Consumidor y sus reformas, ha quedado conformado un principio general de seguridad en beneficio de los consumidores y usuarios, con un enfoque claramente preventivo.

Considero que una interpretación comprometida con la función judicial no puede obviar discurrir acerca de cuál es el mejor modo de entender cómo se expresa y cómo debe leerse dicha norma constitucional en cuanto a lo que aquí particularmente interesa, esto es, el deber de seguridad de la entidad bancaria frente a los consumidores y consumidoras.

Obsérvese cómo el argumento de la Cámara se desarrolla a partir de una premisa correcta, esta es, que existía en cabeza del actor un deber de custodia sobre el plástico y el PIN de acceso y que ambos elementos eran necesarios para

efectuar la operación; no obstante, dicha premisa pierde peso cuando, elípticamente, infiere la conclusión de que hubo un hecho de la actora por infracción a ese deber -negligencia en la utilización del servicio bancario- con aptitud para interrumpir el nexo causal de responsabilidad, restando a su vez incidencia a que un tercero, vulnerando primero la seguridad dentro de las instalaciones de la demandada y, luego, del sistema de seguridad de los cajeros automáticos, obtuvo a través de un delito el acceso al crédito y los posteriores retiros de dinero.

Nótese que, en principio, una vez acreditado por la actora el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad, correspondía a la entidad bancaria (proveedora del servicio) demostrar la causa ajena para eximirse de responsabilidad (arts. 1.717, 1736, 1737, 1744 y 1757 CCCN y art. 40 LDC); puesto que sin la concurrencia de esa premisa intermedia, el argumento defecciona en su conclusión de concurrir la culpa.

Es que el contenido de la obligación de seguridad, en el marco de las relaciones de consumo, supone incorporar al mercado productos o servicios seguros conforme no solo a las exigencias normativas -que servirán como guía estipulando siempre el piso legal- sino también a las razonables expectativas del consumidor.

Estas exigencias normativas a las que refiero, constituyen tan solo un catálogo de medidas mínimas que obligatoriamente deben adoptar las entidades regidas por la

norma, mientras que, lejos de agotarse allí el plexo de compromisos y obligaciones asumidos por las entidades bancarias, encontramos otros deberes de conductas que a diferencia de las anteriores se encuentran indeterminadas, que van de la mano con las razonables expectativas que depositan los consumidores en la relación de consumo y que quedan atadas a la específica ponderación de los riesgos previsibles, con base en los estudios de seguridad que habrán de efectuar estas instituciones, entre otras finalidades, con el objeto de proteger a las personas y el dinero que ellas custodian en virtud de los contratos celebrados y cuya adopción queda a exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas.

Cabe advertir, que dentro de ese “piso” se encuentran diversas comunicaciones del Banco Central de la República Argentina que resultan de insoslayable cumplimiento por parte de las entidades bancarias como la aquí demandada.

Al solo efecto ejemplificativo, además de las citadas por el Banco a lo largo del proceso para resistir la pretensión de la actora, encontramos varias comunicaciones de fecha anterior al hecho que originó el presente conflicto. Por ejemplo la Comunicación A 6878 que dispone en referencia al uso de cajeros automáticos, transferencias, depósitos, entre muchas otras cuestiones, que “las entidades deberán tener implementados mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones” para luego especificar que las entidades bancarias deberán “prestar atención al funcionamiento de

las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas”, agregando que “deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes”.

Otro ejemplo lo configura la Comunicación A 3390 del año 2001 que titula su sección 5.1. como “Medidas mínimas de seguridad en la instalación de cajeros automáticos” y dispone que “Las entidades financieras que instalen cajeros automáticos deberán ajustarse a las especificaciones y medidas mínimas de seguridad que en cada caso se determinan. Dichas disposiciones revisten el carácter de mínimas quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de las entidades financieras la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los estudios de seguridad que efectúen, con el objeto de asegurar la protección de los valores atesorados en cada cajero automático y de los respectivos usuarios”.

Por lo tanto, además de las medidas de seguridad detalladas a lo largo de la sección 5.1. de la Comunicación A 3390, el proveedor del servicio de cajero automático deberá adoptar otros recaudos conforme surjan de los estudios de seguridad que deba efectuar de aucerdo a la actividad profesional que despliega.

Cabe destacar que, de acuerdo con la sección 1.1. de la

mentada comunicación, la adopción de las mencionadas medidas de seguridad mínimas es obligatoria para el proveedor, debiendo analizar en cada sector o servicio en particular si corresponde adoptar mayores medidas para proteger a las personas y los valores, cabiendo recordar una vez más que nos encontramos frente al otorgamiento de préstamos por cajeros automáticos, es decir, se trata de uno de los servicios de mayor aprovechamiento por parte de los Bancos, y por lo tanto, de mayores riesgos.

En sintonía, también encontramos la Comunicación “A” Nº 6017 relativa 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”, exige en su artículo 6.7.1., que “los contenidos del programa de concientización y capacitación deben incluir: técnicas de detección y prevención de apropiación de datos personales y de las credenciales mediante ataques de tipo ‘ingeniería social’, ‘phishing’, ‘vishing’ y otros de similares características”, mientras que en el artículo 6.7.4., en lo referente a los mecanismos de monitoreo y control de las entidades bancarias, resalta que “las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus canales electrónicos, que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a) Preventivo: Detectando y disparando acciones de

comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones. b) Reactivo: Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas. c) Asumido: Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas".

De todos modos, a pesar de que existió una evidente negligencia por parte del Banco demandado conforme a las reseñas apuntadas, pensar que se agotará la responsabilidad de la entidad bancaria en el simple cumplimiento de las normas mínimas (piso) que regulan la actividad resultaría un absurdo, puesto que ello dependerá del caso que se trate y de las especiales circunstancias de la causa; no alcanzando de manera alguna su mera alegación como factor determinante para la pretendida exclusión de responsabilidad.

Dicha prestación de seguridad —atendiendo a su función tanto preventiva como resarcitoria— presenta un marco de complejidad, cuyo contenido resulta variable, pues se expresa en conductas que pueden suponer, según los casos, un dar, un hacer o hasta incluso un no hacer. Las implicancias apuntadas involucran al banco en un doble carácter, esto es, como proveedor de los servicios contratados y como responsable ante los usuarios de la seguridad en el uso de los cajeros automáticos ubicados a los fines pertinentes en sus instalaciones (v. en este sentido SCJBA en "G.M.F. c. Banco Galicia", 07.08.2020).

En efecto, tal como tiene dicho esta Corte en varios de sus precedentes dictados en los últimos años (“Rodriguez” T. 280, p. 342; “Diez” T. 281, p. 342; “Torres Gonzalez” T. 304, p. 37; “Prevosto” T. 327, p. 59; “Piñol” T. 329: p. 46, entre otros) receptando lo sostenido y reiterado en numerosas oportunidades por la Corte Nacional (v. “Ledesma” Fallos 331:819; “Uriarte Martinez” Fallos 333:203; “Maules” Fallos 337:1431; “Vela” 343:2255; entre otros) y la doctrina imperante en la materia (Lorenzetti, Stiglitz, Vázquez Ferreyra, Pizarro, Vallespinos, Hernández, Frustagli, Mosset Iturraspe, entre muchos otros prestigiosos autores) considero que el razonamiento de la Cámara se trata de un desenfoque del sistema de responsabilidad objetiva que debe regir para la obligación de seguridad que tiene el Banco como prestador de servicios, la cual se trata de una obligación de resultados consistente en garantizar a los consumidores y usuarios que no sufrirán daños (en las personas o en los bienes) dentro del ámbito abarcado por la relación de consumo.

Es en este sentido que la sentencia omite examinar que la falta (culpa) que se le imputa a la víctima, ni siquiera se encontraba probada de manera fehaciente, ni con la “estrictez” que exigen las pautas trazadas por esta Corte y por la Nacional para analizar los supuestos de interrupción del nexo causal (esta Corte en A. y S. T. 238, P. 99; T. 303, p. 375; 304, p. 37; T. 327, p.59; entre otros; y CSJN, Fallos: 311:1227; 312:2412; 317:768; 333:203; 331:819; entre muchos otros).

Tampoco se encuentra acreditado en autos -carga probatoria en cabeza de quien la invoque- que la eximente de responsabildad pretendida haya sido la causa exclusiva y excluyente del hecho ni que tenga las características de ser imprevisible, inevitable e irresistible, similares a la del caso fortuito y de la fuerza mayor.

Es así que la afirmación de la Cámara vinculada a que el ilícito fue causado -en parte- por la propia culpa de la víctima, no traspasa el límite de la suposición, puesto que como se dijo y ahora se reitera, no se desprende de la sentencia en qué pruebas se apoyaría tal tesitura.

Bien se aprecia, la demandada invocó la culpa de la propia actora como causa ajena para eximirse de la responsabilidad endilgada, extremo que -desde ya vale adelantarlo- conduce a un examen circunstanciado de la cuestión que tome en cuenta las condiciones de la propia consumidora y las del objeto relativo a la relación, como asimismo el riesgo empresario (conf. Chamatrópulos, A., Estatuto del Consumidor Comentado, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 102; Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R., “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada”, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 515/516).

Así las cosas, todo indica, especialmente a partir de la prueba irrefutable de que la actora se encontraba dentro de las instalaciones de la entidad bancaria, que la maniobra tanto de sustracción como la posterior concreción de la operación crediticia y de retiros de dinero, se perpetraron

sin su consentimiento; que incluso la falta de diligencia de la titular de la tarjeta en la conservación o custodia de ella -extremo no comprobado en autos- no se infiere en forma ineludible, ni con la estrictez necesaria para romper el nexo de causalidad toda vez que se encuentra probado (condena penal firme no controvertida en autos) que se trató de un delito del cual la señora Batistuta resultó damnificada.

Cabe agregar que si el Banco consintió (o se le impuso) la permanencia de una persona ajena a la entidad en un sector de tanta sensibilidad como el de los cajeros automáticos, debió actuar custodiando los intereses y valores inherentes a su actividad profesional y responder, en consecuencia, por los daños que esa persona pueda causar a sus clientes dentro de sus instalaciones violando el deber deber de seguridad aludido, quedando -en consecuencia- en sus espaldas la carga argumentativa y probatoria de cualquier eximente que pretenda hacer valer, cuestión que no se desprende de las constancias de esta causa.

A su vez, la sentencia no es para nada contundente sobre la supuesta negligencia o imprudencia cometida por la señora Batistuta por cuanto relata que Oliva se hizo de la clave de la actora a través de “engaños y/o sustracción”, sin brindar mayores certezas de la ocurrencia del hecho principal como para considerarlo factor determinante, toda vez que de haberse adoptado los medios o elementos de seguridad por parte del prestador del servicio (que la

misma Cámara consideró incumplidos, el hecho (préstamo) no se hubiese llevado a cabo.

Este último extremo mencionado, es admitido incluso por la propia Sala al afirmar que “...en esta omisión encuentro un incumplimiento del NBSF que de no haber existido pudo haber evitado los perjuicios sufridos por la reclamante...” (v. foja 439 del expediente principal). Un correcto encuadre de la litis debería haber llevado a los magistrados a la inmediata operatividad de las consecuencias que acarrea la garantía objetiva de seguridad por los daños que tuvieran una relación de causalidad adecuada.

En ese marco, era esperable una interpretación de que lo acontecido en el caso no se trató de un hecho aislado, sino de una modalidad que evidentemente se llevó a cabo en un contexto propicio, con habilidad y astucia, pues ha resultado eficaz para inducir incluso al engaño a varias personas (al menos tres conforme surje de las constancias de la causa), lo que conduce a descartar las calificaciones que realiza la demandada sobre la conducta desplegada por la actora al señalar que actuó con una grosera negligencia.

En conclusión, siendo la obligación de seguridad de carácter objetiva, a la actora solo le incumbía probar el hecho y la relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que el Banco para eximirse de responsabilidad debía acreditar -con la estrictez agravada que más adelante explicaré- la ruptura del nexo causal, proveniente de la víctima, de un tercero por el cual no deba responder o bien

por caso fortuito o fuerza mayor.

Pero además de ello, y no menos importante, también corresponde constatar la inexistencia de alguna omisión previa del propio prestador del servicio. Es decir, no basta con el eventual acaecimiento de la culpa de la víctima, sino que además será necesario que ello no haya acontecido por una omisión previa imputable subjetivamente a la propia demandada.

En punto a esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en algunos de los ya mencionados precedentes vinculados al deber de seguridad -en el marco del contrato de transporte de pasajeros- ha referido a que se debe ponderar la eventual posibilidad de las empresas prestadoras del servicio de adoptar medidas razonables para evitar la producción del daño (de modo que revistan imprevisibilidad e inevitabilidad).

A modo de ejemplo, encontramos que en “Ledesma” (Fallos 331:819) caso en que se había alegado la culpa de la víctima como eximente por introducir el pie en un hueco existente entre el vagón y el andén, la Corte sostuvo que la empresa podría haber adoptado medidas para un descenso y ascenso de pasajeros ordenado, evitando aglomeraciones, y respetando el trato digno que se debe dispensar al consumidor; señalando que ello se podría haber logrado por ejemplo con una mayor frecuencia de las unidades de servicio.

En similar sentido, en "Uriarte Martínez" (Fallos 333:203), supuesto en que se había invocado la culpa de un

tercero que habría provocado un hecho delictivo al damnificado, la Corte entendió que si bien este evento podría ser imprevisible para el prestador (a quien no cabría exigirle que se constituya como un guardián del orden social), ello no le quita la posibilidad de exigirle las medidas de seguridad a su alcance en orden a evitar tales daños.

Así en la referida omisión, el Máximo Tribunal encuentra un claro reproche a la conducta de la accionada transportista, extremo que le impide la alegación de la eximente, en tanto entendió que pudo haber provisto de un personal de seguridad adecuado.

En el caso "Maules" (Fallos 337:1431), se trataba de daños originados en un piedrazo arrojado por terceros que se encontraban fuera del tren. En esta causa, el dictamen del Procurador (al cual remite la Corte) sostuvo que la alegación del elevado costo que importaría la colocación de vidrios blindados en las ventanillas (afirmación de la Cámara para rechazar la demanda), no había sido acreditada en la causa, ni tampoco había sido probado por la demandada el hecho de que ello hubiera sido la única medida posible para evitar los daños acaecidos.

Así entonces, en la consideraciones de la Corte Nacional, la obligación de seguridad respecto del consumidor debe ser interpretada en términos amplios, compatibles con el valor de los bienes jurídicos comprometidos, imponiendo al proveedor (experto en la relación) la necesidad del efectivo

cumplimiento de todas las medidas razonables tendientes a su protección, teniendo en cuenta el carácter vulnerable del consumidor.

En ese contexto, no surge que la demandada haya producido prueba idónea que en consonancia con la facilidad y rapidez con la que otorga dichos créditos, demuestren la aptitud e idoneidad con las normas de seguridad y el control de calidad que debe observar cualquier empresa que pretende prestar dinero de manera no presencial, ya que tal conducta debe apreciarse conforme al estándar de responsabilidad agravada exigible del profesional titular de un emprendimiento con alto nivel de especialización. En definitiva, las pruebas aportadas no permiten extraer siquiera indicios referidos a que la demandada haya adoptado medida alguna para evitar este tipo de estafas/defraudaciones, fenómeno cuyo exponencial crecimiento es de público conocimiento.

En concreto, el razonamiento y las conclusiones de los sentenciantes sobre la materia y el sistema de responsabilidad en juego, denotan que se desatendieron las particulares circunstancias de la causa, el carácter de la consumidora como víctima de un delito cometido dentro de la entidad demandada, afirmaciones o suposiciones dogmáticas sin apoyo en las constancias de la causa (que Batistuta brindó la contraseña o “dejó que se hagan de ella”); incorrecto análisis del cumplimiento de la obligación de seguridad en el ámbito de una relación de consumo como si se tratara de una obligación de medios y no de resultado

(con las consecuencias que ello acarrea), entre otras cuestiones que a continuación se detallarán.

9.4. Siguiendo el orden de reflexión propuesto, encuentro un yerro en la valoración del deber de advertencia, el cual aparece como una manifestación específica del deber de informar, erigiéndose como un instrumento o herramienta esencial para garantizar la seguridad de los consumidores y usuarios.

Esta “advertencia” implica poner a disposición del consumidor la información necesaria y suficiente para alertarlo de los riesgos propios que pueden derivarse de la prestación del servicio o producto que se consuma, con el marcado propósito de evitar los potenciales daños que pudiesen surgir.

Así vemos que el deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad, imponiendo la necesidad de adoptar medidas positivas tendientes a la evitación de daños, dotando a este deber de una función netamente preventiva.

El deber de advertencia se diferencia del deber de informar en que importa un "plus" sobre la información a suministrar: implica poner en conocimiento del consumidor no cualquier cantidad o tipo de datos, sino aquellos suficientes y adecuados para evitarle un daño.

De allí que constituye una manifestación específica del deber de informar, que tiene carácter instrumental respecto de la obligación de seguridad. La obligación del proveedor de

advertir al consumidor no está limitada a los supuestos de comercialización de cosas o servicios riesgosos: es exigible con independencia de cuál sea la naturaleza o cualidades del producto o servicio prestado, es decir, aun cuando se trate de cosas o servicios que puedan catalogarse como no riesgosos en sí mismos. La obligación de advertir comienza en el momento que el proveedor de bienes y servicios ofrece sus productos en el mercado (es decir, durante toda la etapa precontractual), rige durante la etapa de ejecución y subsiste aun luego de haber celebrado el contrato (v. Tevez, Alejandra N., “El deber de advertencia en las relaciones de consumo”, diario La Ley 05.05.2015, cita AR/DOC/12652015).

En efecto, entendiendo al deber de advertencia con las precisiones antes señaladas, sumado a la condición de alta profesionalidad del proveedor que tiene un acabado conocimiento sobre el mercado y sus clientes, es que considero que existió una clara omisión por parte del Banco demandado de su deber de seleccionar la advertencia adecuada que debería haber suministrado ante una operación que, como quedó demostrado en autos, era absolutamente atípica para el perfil de la clienta que la estaba realizando.

Esta situación, si bien fue advertida por los sentenciantes (v. foja 439 del expediente principal) se trasladó arbitrariamente a las consecuencias que ello debía generar, cambiando la suerte del pleito en cuanto al peso atribuido en miras de quebrar (o no) el nexo de causalidad.

Es que el deber de advertencia que pesa sobre el proveedor constituye una manifestación del principio protectorio que reconoce la debilidad estructural del consumidor, encontrando su razón de ser en una pretensión de corrección la cual se traduce en la adopción de medidas y pautas objetivas de conducta que propendan a la seguridad y a la prevención de los daños en situaciones en las que se enfrentan las prerrogativas de dos partes, una profesional y otra profana.

9.5. Lo expuesto se relaciona directamente con la función preventiva de la responsabilidad civil, la cual se torna palmaria en materia de protección al consumidor.

En efecto, en el art. 1710 del CCCN se estableció el deber de prevención en cabeza de toda persona. Esta obligación se acentúa cuando, debido a la actividad desplegada, resulta previsible la producción de daños como consecuencia de aquella, teniendo especialmente en cuenta las disposiciones del inciso b) del mentado artículo.

A tal fin, los consumidores esperan que los proveedores de los servicios que utilizan, adopten medidas razonables de prevención tendientes a evitar el daño o, en su defecto, disminuirlo al máximo posible.

Es justamente esto lo que ocurre con un hecho que se ha omitido ponderar y que a esta altura resulta innegable: la contratación por medios electrónicos y la utilización de cajeros automáticos son servicios riesgosos (art. 40 LDC y arts. 1107 y 1757 CCCN).

Es que parece claro que ese modelo de negocios, esa vía de gestionar la actividad profesional de intermediación, se encuentra expuesta a incertidumbres y riesgos que deben ser monitoreados, analizados y supervisados por quienes son responsables de su implementación y control.

Asimismo, resulta indudable que quienes se encuentran en mejores condiciones de proporcionar las herramientas para fortalecer la seguridad de esas operatorias, con un mayor conocimiento del servicio brindado para conocer las debilidades del sistema, y con mejor capacidad para prever y prevenir los riesgos a menores costos, son las empresas proveedoras.

Es por ello que considero que nos encontramos frente a la existencia de un riesgo calificable como una de las tantas “fallas de sistema” que suelen suceder cuando se sustraen tarjetas tanto de crédito como de débito y el uso fraudulento de las mismas por parte de terceras personas (ajenas a la relación contractual bancaria) que acceden en muchos casos a tales instrumentos y a la información secreta de los mismos (claves o PIN) por medio de ardid, engaño, o -en muchos casos- técnicas mucho más sofisticadas.

Por ello, en el caso de uso de cajeros automáticos, las consecuencias perjudiciales que pueden derivar de su riesgo, a no ser que el perjuicio causado sea imputable exclusiva y excluyentemente al titular de la tarjeta, en principio han de ser asumidas por las entidades prestadoras

del servicio pues son ellas la parte fuerte o dominante del contrato bancario pertinente, las generadoras de la fuente del riesgo dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el contrato de adhesión y por último porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad, ya que son las que también han configurado los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad.

Por lo demás, el dato de que la tarjeta haya sido utilizada por una tercera persona para la obtención ilícita de créditos y dinero, no equivale ni es sinónimo de la falta de diligencia de la consumidora, pues resulta irrefutable que el sistema de seguridad no es perfecto, siendo conocido, en tal sentido, el empleo de diversos mecanismos y artilugios para obtener la información técnica duplicada en los propios cajeros (bocas simuladas, cámaras microscópicas, etc.) sin que ello pueda ser advertido por aquel y sí, en cambio, por las entidades bancarias, profesionales del sector y sobradamente conocedoras de las técnicas ilícitas desplegadas sobre cajeros automáticos para tales finalidades.

En ese escenario, operada la apropiación ilícita de la tarjeta por un tercero y sin certezas acerca de la obtención de la clave y demás circunstancias que la actora manifiesta desconocer, resultaría desproporcionado e injusto el imponerle en tal situación una sanción cuando resulta completamente ajena a tal proceder y grabarle con una carga

probatoria claramente perjudicial, por cuanto es la entidad bancaria quien en tal tesitura debe demostrar esa falta de cuidado en el mantenimiento del secreto del PIN pues caso contrario se concluye la exoneración del riesgo al Banco por usos fraudulentos de la tarjeta de débito en los que la incidencia que tiene el comportamiento del usuario no resulta exclusiva ni excluyente.

En este orden de reflexión debo apuntar que este tipo de servicios generan nuevos riesgos para los usuarios quienes se ven expuestos a una cantidad creciente de modalidades que vulneran su seguridad y los exponen frente a riesgos que eran impensados bajo las modalidades clásicas de contratación (por ejemplo, atención personal en sede bancaria).

Esta modificación al paradigma contractual clásico, si bien puede entenderse que presenta ciertos beneficios para la mayoría de usuarios, ha sido introducida de manera unilateral por los proveedores, quienes -por lo tanto- deben ser considerados los creadores de dichos riesgos, asumiendo objetivamente tanto sus beneficios como -en consecuencia- los daños que se ocasionen por su utilización (v. en similar sentido Hernández, C., Stiglitz, G., y Barocelli, S., en “La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles”, AR/DOC/2991/2015; en concordancia con ello también se pronunciaron las conclusiones unánimes de la comisión quinta de derecho de los consumidores de las “XXVIII Jornadas Nacinoales de Derecho Civil”, prov. de Mendoza, año 2022).

A su vez, una deseable prestación de servicios nos llevaría a demandar para los consumidores y consumidoras, como mínimo, la igual protección en entornos electrónicos (cajeros automáticos) que personales (cajeros personales), es decir, la garantía al usuario de un grado de seguridad lo más cercano posible al que existiría si es que la operación se hubiese perfeccionado ante un empleado del banco, correspondiendo preguntarse si, frente a una persona que hubiese atendido a la actora, las operaciones de estafa pergeñadas hubieran sido materialmente posibles.

Ello así, puesto que si en un establecimiento comercial se produce un hecho que afecte la integridad física o patrimonial de un consumidor, el proveedor titular del establecimiento será responsible por lo antes dicho (deber objetivo de seguridad interpretado como una obligación de resultado), ¿cuál sería el argumento para apartarnos de esa regla frente a la utilización de cajeros automáticos, en donde la falta de inmediatez y la tecnología predeterminada por el proveedor acrecienta especialmente dichos riesgos?

Una buena gestión del riesgo creado, más aun cuando su proyección tiene alcance colectivo, supondrá partir de las medidas mínimas de seguridad obligatorias para proyectarse frente a las circunstancias que surjan del análisis de la seguridad que deben desarrollar las entidades en su cualidad técnica como profesionales en la prestación del servicio bancario.

Ello hace suponer que el Banco tiene las herramientas

para implementar mayor cantidad y mejores medidas de seguridad, tal como sucede con los sistemas que actualmente existen (detección de operaciones sospechosas, confirmación telefónica para movimientos de montos no habituales, claves alfanuméricas, notificación de alertas, autenticación vía SMS, detección de una operación no frecuente sobre el perfil habitual del cliente, sistema de preaprobación sujeta a posterior verificación de identidad y confirmación, confirmación de operaciones vía mail, autorización de operaciones inusuales vía telefónica previo a contestar ciertas preguntas del perfil personal del cliente, entre muchísimas otras) para mitigar los peligros de operar en canales electrónicos, considerados por el mismo BCRA como riesgosos frente a las modernas ingenierías sociales que se aprovechan de la debilidad del sistema que no previene este tipo de delitos o estafas con medidas adicionales de seguridad (recuérdese que en aquel contexto, el banco demandado otorgaba préstamos sin ningún otro requisito que el ingreso de la tarjeta y el PIN en el cajero automático).

La modalidad de otorgamiento de un préstamo de esta naturaleza ha incrementado innecesariamente un riesgo que no tiene por qué trasladarse al consumidor y menos aun cuando se presenta frente a circunstancias que denotan la inadecuación a las características del perfil y patrón transaccional de la consumidora, lo cual requería que el Banco actúe en protección de su clienta realizando una verificación positiva de su identidad por otros canales.

Incluso, ampliando el argumento, es un dato que no puede desconocerse por quienes operan estos servicios que, durante la pandemia de COVID-19 (situación en la que aconteció el hecho de autos) hubo un vuelco masivo en la utilización de redes y sistemas digitales y, paralelamente, un incremento sostenido de actos ilícitos mediante maniobras y ardides, con técnicas diversificadas de distinto grado de complejidad y sofisticación que captaban (y captan) los datos de los clientes o acceden a ellos mediante técnicas de piratería informática.

Esto se verifica en autos en donde, conforme surge de las constancias de la causa, la actora acudió para generar por primera vez su clave de homebanking para proceder luego a su apertura y habilitación a través de internet.

Este escenario, además de agravar la situación de vulnerabilidad de los usuarios y consumidores por la tecnología empleada y lo novedoso de estos sistemas (con mayor incidencia en personas en condiciones de vulnerabilidad específicas como la actora de autos), puso en evidencia las fallas de seguridad, la ausencia de previsiones y protocolos sobre delitos informáticos como, asimismo, el relieve y la dimensión riesgosa del medio empleado para operar.

9.6. Aunque lo dicho basta para anular el pronunciamiento y reenviarlo al subrogante legal para su nuevo examen, quisiera referirme -por último- a la falta de valoración de ciertos extremos que a continuación se precisarán y evidenciarán la omisión del Banco demandado de

brindar un trato digno a la señora Batistuta como consumidora especialmente vulnerable por su condición de adulta mayor (mujer de 68 años) teniendo en cuenta que se trata del deber de seguridad bancario por el uso de cajeros automáticos, lo cual como ya se dijo, configura un servicio riesgoso que representa una mayor incidencia en personas mayores por la brecha digital generacional existente (Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, art. 20, inc. d).

Para ello es necesario distinguir -por un lado- la identificación de una categoría objetiva de personas a los fines de esa inclusión, como son los consumidores y consumidoras que por su desigualdad estructural frente al mercado de bienes y servicios resultan vulnerables (ver en tal sentido CSJN, Fallos: 340:172, considerando 6; 344:983; art. 24 y 75 inc. 23 CN).

En este sentido, vale la pena remarcar la asimetría de conocimiento con la que nacen todas las relaciones de consumo, en las que un consumidor inexperto se enfrenta a proveedores profesionales que, por mucho, lo superan en recursos técnicos, financieros y logísticos. Ello se agrava en materia de seguridad informática, área en la cual el usuario es más inexperto en su manejo; la brecha cognoscitiva, entre unos y otros, se hace directamente impracticable.

Esta caracterización de situaciones o contextos, hace que quienes se hallen inmersos en la primer categoría, se vean especialmente afectados por la interseccionalidad o

confluencia de otros factores, en este caso, la avanzada edad y la falta de conocimientos informáticos/digitales que colocan a la actora en una situación de desventaja frente al aprovechamiento por parte de los bancos de estos maravillosos progresos tecnológicos.

A esta última caracterización la encuentro enraizada en el concepto de equidad, el cual se centra en la noción de razonabilidad circunstanciada, entendida como un “criterio razonable de justicia”, muy apegado a las circunstancias concretas de cada situación en particular.

Así, en el campo de las relaciones de consumo, este principio de equidad adquirió jerarquía constitucional con la reforma al art. 42 de la Carta Magna, que alude, entre los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, a “condiciones de trato equitativo y digno”.

Este reconocimiento, opera con especial incidencia en materia de daños a los consumidores y consumidoras, terreno en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial" (Fallos, 331:819, 333:203), lo que equivale a exigir una culpa un tanto más grave por parte del consumidor o usuario para que ella pueda tener relevancia causal.

A su vez, en esta línea, la Corte Suprema de Justicia de

la Nación también ha calificado constitucionalmente como grupo particularmente vulnerable a los adultos mayores (Fallos 328:566, 342:411, entre otros).

Es por ello que encontrándonos frente a una adulta mayor, que reviste una especial tutela en razón de nuestra Constitución Nacional y la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual -como ya dije- reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d), es que corresponderá evaluar los elementos obranes en estos autos desde esta óptica a fin de dilucidar si se encuentra debidamente acreditado un hecho de la víctima de tal envergadura que permita atribuirle la eficacia causal en la producción del daño.

La vulnerabilidad agravada que presentan ciertos consumidores debe ser ponderada al momento de valorar si se ha cumplimentado adecuadamente la obligación de seguridad y si se torna operativo el funcionamiento de las eximentes de responsabilidad, en especial, el hecho de la víctima como interruptivo del nexo causal. A su vez, también para considerar si su condición dificulta o no para ejercer con plenitud sus derechos como consumidora (artículo 1 de la Resolución 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior)

En este sentido, se agudiza la estrictez con la que debe ser valorada la ruptura del nexo de causalidad, recayendo en espaldas del proveedor del servicio una mayor exigencia que se traduce en una “culpa calificada del daño” en miras de la pretendida ruptura, cuando quienes sufrieron

daños en la relación de consumo fueron consumidores hipervulnerables.

La vulnerabilidad, entendida de esta manera, no cumple una finalidad de compasión o construcción de estereotipos o etiquetas, sino que se construye como herramienta evaluativa y operativa (Luna, Florencia “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, Jurisprudencia Argentina IV, Fascículo 1, 2008, p. 60/67) y es por eso que entiendo que no se ha probado que la imprudencia y/o negligencia que se le pretende atribuir a la víctima en el presente caso, reuna los caracteres de inevitable e imprevisible.

Por lo tanto, en casos como el presente, es esperable que no obstante el criterio restrictivo que impera en materia de eximentes de responsabilidad en supuestos de responsabilidad objetiva, cuando se trate de una víctima en situación de vulnerabilidad como la actora de estos autos, se deberá exigir -para que proceda la exoneración- una culpa calificada del daño, debiendo ser analizado el caso bajo los paradigmas consumeril y de la ancianidad; ensanchándose de algún modo la responsabilidad objetiva de seguridad y achicándose los eximentes de responsabilidad para profundizar los niveles de tutela de los hipervulnerables.

10. Por todo lo dicho, cabe descalificar el pronunciamiento a tenor de la doctrina de la arbitrariedad, debiendo -en consecuencia- hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora a fin de que la causa sea nuevamente juzgada subsanándose los vicios que

exhibe el decisorio.

11. A su vez, lo hasta aquí expuesto torna innecesario el análisis de los agravios del recurso de la parte demandada, a tenor de las consideraciones ya vertidas y del reenvío que corresponderá disponer (art. 12, ley 7055).

Voto, pues, por la afirmativa con relación al recurso de inconstitucionalidad de la parte actora y por la negativa con relación al de la parte demandada.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Falistocco y el señor Presidente doctor Erbetta expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro doctor Spuler y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión -en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?-, el señor Ministro doctor Spuler dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores corresponde declarar procedente el recurso interpuesto por la actora e improcedente el de la demandada, y -en consecuencia- anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al tribunal subrogante a fin de que juzgue nuevamente la causa. Costas a la vencida (art. 12, ley 7055).

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Falistocco y el señor Presidente doctor Erbetta dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Ministro doctor Spuler y votaron en igual sentido.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar procedente el recurso interpuesto por la actora e improcedente el de la demandada y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada con los alcances indicados. Remitir los autos al tribunal subrogante a fin de que juzgue nuevamente la causa. Costas a la vencida.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Ministros, de lo que doy fe.

ERBETTA

FALISTOCCO GUTIÉRREZ

SPULER

PORTILLA