

2008

Fraude Bancario y robo de identidad

Gabriel Martinez Medrano

FRAUDE BANCARIO Y ROBO DE IDENTIDAD.

(RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CREDITICIA POR EL CONTROL DE LA IDENTIDAD DE SUS CLIENTES)

Gabriel Martinez Medrano.¹

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende introducir al lector en el “Robo de Identidad” desde el punto de vista del Derecho Privado y más concretamente analizando la responsabilidad civil de la Entidad Financiera que concede un crédito o producto bancario a nombre de una persona sin que esta haya intervenido. Es decir que falla en los controles de identidad personal del supuesto cliente.

Si analizamos el Robo de Identidad (RI) desde el punto de vista penal, no hay dudas que la Entidad bancaria es víctima. Ahora; desde el punto de vista de la responsabilidad profesional de aquella en el ámbito del derecho privado, el análisis se centra no en la conducta del estafador, sino en la falta de controles de la Entidad que facilitan el daño causado a un tercero que no guarda ninguna relación comercial con el banco y cuyos datos personales son utilizados para cometer el fraude.

2. EL ROBO DE IDENTIDAD.

El robo de identidad es un delito que comete una persona que suplanta a otra mediante un ardid valiéndose de documentación o datos personales de un tercero para operar bancariamente, comprar bienes o contratar servicios y cargárselos a la cuenta de quien es sustituido.

Decimos que es un delito porque se trata de una conducta delictual que engloba varias figuras penales: defraudación, falsificación de documento entre otros. Sin embargo no se encuentra tipificado como tal en el Código Penal.

No es un flagelo local sino que es una pandemia internacional que se basa en cuatro pilares:

- a) pocas medidas de seguridad para falsificar documentos de identidad o incluso sustraerlos directamente de los Registros de las Personas.
- b) El avance de las nuevas tecnologías como Internet que permiten operar on line, que si bien es una comodidad, implica el riesgo de que los datos personales puedan ser captados por terceros y luego utilizados para operaciones ilícitas.
- c) Controles laxos de algunas entidades financieras en el momento de otorgar créditos, ventas a crédito, tarjetas y operaciones similares, que no ejercen un adecuado control de la identidad de sus futuros clientes.

¹ Gabriel Martinez Medrano es abogado especialista en derecho de las nuevas tecnologías y defensa del consumidor , autor del blog www.martinezmedrano.blogspot.com email: info@oficinajuridica.com.ar

- d) Poca conciencia ciudadana de que los datos personales son, en manos inadecuadas, un riesgo por la potencialidad dañosa que posee su uso ilícito.

Así ha sido conceptualizado en los EEUU²

El robo de identidad ocurre cuando alguien usa la información de identidad de otra persona - nombre, número de seguro social, nombre materno, u otra información personal – para cometer fraude u otra actividad ilegal. Por ejemplo, un ladrón de identidad puede abrir una cuenta de tarjeta de crédito a nombre de otra persona. Cuando el ladrón de identidad deja de pagar las facturas, la deuda es inscrita en el informe crediticio de la víctima.

Algunos de los medios y métodos más comunes de robos de identidad son:

- a) Uso fraudulento de fondos en cuenta existente³.

Ocurre cuando el ladrón de identidad usa fraudulentamente un depósito o cuenta existente sin la conformidad o más frecuentemente sin el conocimiento del titular de la cuenta. Una forma frecuente es que el ladrón de identidad se haga de una factura o resumen de cuenta del titular y le de la orden al banco cambiando la domiciliación de la cuenta para que el verdadero titular no advierta los retiros fraudulentos. Esta demora del titular de la cuenta en enterarse del fraude es vital para el ladrón de identidad quien a su vez puede hacer retiros o transferencias a otras cuentas, ya sea en persona o utilizando cajeros u otros medios electrónicos como Internet.

- b) Apertura fraudulenta de nuevas cuentas.⁴

Otro método común de R.I. ocurre cuando el delincuente presenta una solicitud para la apertura de una cuenta corriente o una tarjeta de crédito y obtiene así una cuenta nueva a nombre de un tercero.

Esta estafa puede ocurrir cuando una entidad financiera envía, sin requerimiento previo, una tarjeta a un futuro y posible cliente. El estafador se apodera del correo del damnificado sustrayendo así el plástico no solicitado. El cliente desconoce el envío de la tarjeta porque no la ha solicitado y el estafador completa los datos de la solicitud (a nombre de la víctima) pero con un domicilio falso y activa la tarjeta que ya tiene en su poder. Este fraude permite al delincuente utilizar la tarjeta por un tiempo hasta que el consumidor tome conocimiento, a veces años después al verse insertado en una base de datos de deudores morosos o cuando la agencia de cobranzas se dirige a su domicilio o a su trabajo para reclamar el pago.

El robo de identidad, visto desde el lado de la víctima tiene serios inconvenientes:

² Stephen L. Wood and Bradley I. Schechter, Identity Theft: Developments in Third Party Liability Summer 2002 American Bar Association, Section of Litigation Consumer and Personal Rights Newsletter, Vol. VIII, No. 3. Traducción del autor.

³ Kristen Provenza, Identity Theft: Prevention and Liability, 3 N.C. BANKING INST. 319, 321 (1999)

⁴ Word & Bradley, op cit.

- a) no se sabe cuando ocurrió hasta que es demasiado tarde.
- b) Una vez que se conoce se pueden adoptar medidas preventivas, pero nunca se está seguro de que no volverá a ocurrir mientras p. ej. Nuestro DNI esté en manos de estafadores.⁵
- c) Algunas medidas preventivas, actúan per se como limitantes a la obtención de crédito para la propia víctima. Por ejemplo: existe un servicio que venden las empresas de riesgo crediticio que se llama Stop Robo de Identidad por el cual quien fue víctima de este delito puede comunicar a la empresa de bases crediticias para que incluya en sus informes que ha denunciado ser objeto del delito. Cuando la verdadera persona concurra a sacar un crédito o sea buscado por una entidad para otorgarle una tarjeta de crédito, al ver que existe la denuncia se transforma inmediatamente en un riesgo. El Banco o entidad crediticia tendrá recelo en otorgar un crédito a quien puede ser el estafador o la víctima. En caso de duda el crédito no se otorga.

3. RESPONSABILIDADES EN EL ROBO DE IDENTIDAD.

El escenario del robo de identidad es triangular.

Por un lado tenemos al ladrón de identidad. Un estafador del siglo XXI que suplanta a otra persona y obtiene créditos, tarjetas, etc. Por lo general solo tenemos una foto suya dejada en el documento de identidad cuya copia obra en el Banco que concedió el crédito. Se trata de una foto borrosa, con lo cual es casi imposible su identificación, cuando no se trata de una foto falsa. Los datos personales que dejó en el Banco pertenecen a la víctima, salvo el domicilio que es falso. Cuando los efectivos policiales se apersonan en dicho domicilio nadie conoce al autor del hecho. Por lo general presentan copias de servicios públicos falsificados, como ser recibos de Teléfono, Gas, Agua, con los que intentan acreditar el domicilio falso. También presentan recibos de sueldo falsificados de alguna empresa, o en algunos casos certificaciones contables fraguadas. En algunas ocasiones llegan a inscribirse – con el nombre de la víctima – en AFIP y guardan una contabilidad paralela que presentan en el banco.

La segunda pata del ilícito es la víctima. Usualmente se trata de una persona con antecedentes comerciales y crediticios intachables (de otro modo el ladrón no obtendría crédito por estar la víctima en un banco de datos de morosos). Puede que se trate de empleados jerárquicos y se utilice sus altos ingresos como carnada para el Banco. Hoy en día puede ingresarse en la página web de ANSES y con el número de CUIT saber donde trabaja una persona. Si aparece trabajando en una empresa importante, basta fraguar un recibo de dicha empresa para presentar al banco como aval de solvencia. La víctima – como el marido engañado – es el último que se entera, puesto que desconoce que el ladrón de identidad obtuvo un crédito y lo dejó de pagar. Puede enterarse de varias maneras, todas muy desagradables y sorprendidas. Puede llegarle un embargo al

⁵ Así se ha dicho: Moreover, once the crime is discovered, the problem is not easily solved. Unlike stolen goods—where the value of the property represents a one-time loss—the harm caused by a stolen identity is ongoing. Even after the affected individual has cleared her name and credit history, the risk of further harm will linger as long as the thief remains at large and in possession of the victim's personal identification data. Daniel J. Solove, Identity Theft, Privacy, and the Architecture of Vulnerability, 54 HASTINGS L.J. 1227, 1245 (2003).

sueldo generado por un juicio iniciado por el Banco,⁶ puede comenzar a recibir llamadas coercitivas de agencias de cobranzas que representan al supuesto acreedor, mensajes telefónicos de tipo intimidantes (pague o le embargamos el sueldo, sabemos donde trabaja, etc). En otros casos la persona es citada por el Jefe de Personal de la empresa donde trabaja: “Gonzalez, llamaron del banco tal o de la financiera cual. A ver si paga la deuda que tiene que esta dejando mala imagen de esta empresa”. En algunas ocasiones se ha llegado al despido de la víctima.

La tercera pata del R.I. es la Entidad Bancaria que concede el crédito a nombre de la víctima y entrega los fondos, una tarjeta, una chequera, al delincuente. Por lo general es una entidad financiera, una emisora de tarjetas de crédito o una gran tienda que otorga ventas a crédito ya sea autofinanciándose o por intermedio de una tercera entidad. Como adelantamos en el punto 1), la Entidad Financiera ocupa un doble carácter de víctima de la estafa y de colaborador en la producción del daño al suplantado.

Si analizamos este flagelo desde el punto de vista civil, la víctima está en condiciones de reclamar de la entidad una indemnización por daños si esta otorgó un crédito a un tercero y ese otorgamiento le causó un perjuicio.

La defensa más común que ejerce la entidad financiera en esta acción pasa por situarse en el papel de víctima de un tercero desconocido. Sin embargo, como estamos en un reclamo civil, el meollo de la cuestión pasa por determinar si la Entidad puso todos los recaudos para evitar el daño al suplantado.

Es decir: pagar el daño al que contribuyó y luego repetir del estafador (“si lo encuentra”) y no tratar de derivar su responsabilidad pretendiendo que la víctima de suplantación reclame al delincuente.⁷

Entendemos que el riesgo por RI forma parte del negocio bancario y por lo tanto debe ser asumido por la Entidad Financiera. Es un riesgo calculable y por lo tanto asegurable. De hecho las Entidades tienen seguros contra otro tipo de delitos como ser robo en los cajeros automáticos.

Para que prospere una demanda de daños contra un banco por robo de identidad, la víctima debe probar:

- a) que el banco (o entidad similar) concedió un crédito a su nombre a un tercero.
- b) Que en el otorgamiento del crédito el banco obró con negligencia, generalmente por la falta de corroboración de los datos falsos brindados por el delincuente,
- c) Que con motivo del crédito erróneamente concedido la víctima sufrió un daño

El requisito a) es relativamente fácil de probar, ya que la operación crediticia debe estar asentada en documentación en poder del banco. Bastará realizar una pericial caligráfica

⁶ De la experiencia personal de decenas de casos tratados, siempre me sorprende de que al momento de otorgar el crédito el control del domicilio del “cliente” es muy laxo, casi nulo, pero al momento de dejar de pagar la cuenta, las agencias de cobranza contratadas por la Entidad Financiera casi de inmediato ubican el domicilio real de la víctima y su trabajo, comenzando de inmediata la persecución telefónica y postal en el domicilio o en su lugar de trabajo.

⁷ Son defensas comunes de las Entidades que hemos leído en nuestro ejercicio diario en la temática.

para determinar que la víctima no fue la persona que suscribió la solicitud bancaria correspondiente.

La negligencia del banco resulta de comparar la conducta obrada con la conducta esperable de un profesional del negocio bancario. El estándar para medir la culpa del banco es altísimo. Trátase de un profesional especializado en un negocio concreto, que debe adoptar todos los recaudos para evitar otorgar una tarjeta, cuenta o crédito al primero que pasa por la entidad y lo solicita a nombre de un tercero.

Así se ha dicho que “cabe consignar que, si bien se aplican a las entidades financieras los principios del derecho común, su responsabilidad se encuentra caracterizada por las cualidades específicas de su profesión (Vezian, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, 1977 p. 10). ...La responsabilidad de la entidad financiera es, en consecuencia, una responsabilidad profesional y específica (Vezian, *op cit*). En materia contractual la responsabilidad nace como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones y en materia delictual o cuasidelictual es necesario un hecho negativo o de omisión o un hecho positivo que genera un perjuicio (arts 1073, 1107 del Cod Civil). Si bien se aplican los principios generales en cuanto a la reparación del perjuicio, la especialidad propia de la profesión incide en materia en cuanto se trata de una culpa profesional (Vezian, *op cit*). En efecto, en materia contractual, si bien es cierto que debe tenerse en cuenta el incumplimiento de la obligación asumida en cuanto a las entidades financieras, cabe agregar la consideración que merece la diligencia que se exige a las mismas como consecuencia de la profesión que ejercitan. En este aspecto, el modelo a tener en cuenta debe extraerse de la propia actividad de la entidad financiera, de su competencia, de su técnica, de la importancia de los intereses que se le confían y de los medios de que dispone (Vezian, *op cit*).”⁸

En el juzgamiento del requisito de negligencia es donde encontramos mayor jurisprudencia, la que generalmente coincide en invertir la carga de la prueba en contra del banco⁹. Será la entidad financiera quien deberá acreditar su diligencia, ya que la concesión de un crédito errónea, hace presumir que el personal que intervino por el banco obró negligentemente.

Por lo general, el requisito de antijuridicidad, necesario para imputar responsabilidad civil, se verifica ante la falta de cumplimiento por la entidad de los recaudos que legal o reglamentariamente estatuye el Banco Central para el contralor de identidad de futuros clientes.

⁸ WILLIAMS, Jorge N. “Contratos de Credito, tomo 2ª Contratos Bancarios”, Ed Abaco, Bs As, 1986, pg 116.

⁹ La Excma Camara Civil consideró que bajo el concepto de carga probatoria dinámica la entidad financiera debía aportar los elementos que le permitieran deducir que obró con la diligencia exigible por su calidad de agente especializado y no limitarse a negar los hechos planteados. Es decir, la carga de la prueba de la existencia de la debida diligencia recae sobre el banco. Si una persona que nunca fue cliente del banco tiene una cuenta abierta en la entidad financiera, mas que desconocer la autenticidad de los documentos de apertura de la misma y su firma en ellos, poco le queda por probar. El fallo agregó, además, que la demandada solo requirió el numero de documento, el nombre y la dirección de solicitante sin verificar que los datos consignados fueran correctos. Palazzi, *INFORMES COMERCIALES*, Ed Astrea 2007, pg 227.

Si bien es cierto que no se exige de los bancos una investigación policíaca, si se requiere una serie de diligencias que permitan la identificación del futuro cliente.

Existe una norma legal aplicable a las Entidades Financieras, la ley 25246 que establece en su artículo 21 normas para la identificación de sus clientes que deben ser cumplidas por las Entidades Financieras.

ARTICULO 21. — *Las personas señaladas en el artículo precedente quedarán sometidas a las siguientes obligaciones:*

a. Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva.

El Banco Central por su parte, ha dictado la Comunicación A 4459 por la cual se ha establecido como regla general que los bancos deben “conocer a su clientela”, es decir indagar sobre la identidad de sus clientes y sobre el origen de los fondos para evitar la comisión de ilícitos.

Es decir que la Entidad Financiera debe corroborar como mínimo identidad y domicilio de la persona, mediante la comprobación correspondiente.¹⁰

La identidad se corrobora con el DNI, el cual debe verificarse que no contenga señales de adulteración, como por ejemplo en la foto, en las firmas, en las impresiones digitales.

¹⁰ En el Fuero Comercial de la Capital se ha dicho:

No se puede abrir una cuenta a la primera persona que pasa por la oficina de un banco, sin exigirle una identificación completa (cédula o libreta, domicilio, referencias etc.) porque se corre el riesgo de que sea un impostor. CNCOM J.A. 13, 1978 C, 7, LL 1984 A 401 y muchos otros citados en Fernández – Gomez Leo, op cit p. 220.

Se ha resuelto que los Bancos debían “extremar la cautela frente a las solicitudes de apertura de esas cuentas, a cuyo efecto debían dar cabal cumplimiento a las normas vigentes en la materia, verificando de modo particular la identidad de los solicitantes como también la existencia real de las personas que afiancen la solvencia material y moral del requirente” (CNCOM, Sala B, LL 1982 A 260).

“La circular 855 de BCRA recuerda que se han falseado las presentaciones solicitando la apertura de cuentas corrientes o bien sus titulares denuncian domicilios falsos, inexistentes, lo que implica una evidente responsabilidad de los bancos.” (CNCOM, SALA B, LL 1982 A 259)

“Por aplicación de los arts. 512, 902 y 1109 C.C y arts. 832 y 833 C.Com el banco que abre una cuenta corriente sin observar las normas claras precisas del Banco Central desatendiendo totalmente las precauciones que ellas imponen, debe responder por las acciones de daños instauradas por quien sufrió el perjuicio de ese actuar ligero, imprudente y negligente.” (CNCOM, Sala B, LL 1982 A 260). En el mismo sentido CNCOM, SALA D, LL 1984 A p. 575.

“El banco cumple con sus obligaciones cuando ha verificado que el solicitante era quien requirió la cuenta y se ha asegurado que su domicilio era el denunciado y verifica que el solicitante es una persona honorable, comprobando que ejerce la profesión denunciada. En fin, la obligación de verificación que recae sobre el banco no es otra cosa que un deber de prudencia y clarividencia para que su comportamiento no constituya para los terceros causa de perjuicio que habría podido evitar. CNCOM SALA B, ED 78-461

Está reñida con los principios de una buena organización, la actitud del banco que abre una cuenta corriente sin averiguar nada, con una cédula de identidad falsa y con un domicilio inexistente. CNCOM, SALA B JA 1964-III-264.

El banco no solo debe requerir el cumplimiento de los requisitos para abrir la cuenta corriente bancaria que se le solicita, entre los cuales se halla el domicilio real y el documento de identidad, sino que le incumbe verificar la exactitud de las enunciaciones denunciadas. CNCOM, SALA C, LL 1985 C 447.

El domicilio se comprueba mediante la comprobación domiciliaria, aunque algunas entidades se conforman con exigir la fotocopia de un servicio de luz, gas y teléfono. Hemos visto falsificaciones bastante burdas que han sido aceptadas por entidades de primera línea que han terminado en casos de robo de identidad.

Adicionalmente se requiere comprobante de ingresos, como ser recibos de sueldo. Hemos visto en la práctica como fácilmente se falsifican recibos de sueldo. En los casos que hemos detectado se trataba de recibos de grandes empresas o comercios, en los cuales la mínima diligencia del empleado bancario hubiera evitado el ilícito. Por ejemplo ingresando por Internet a la página web de ANSES www.anses.gov.ar para verificar si la persona efectivamente trabaja en el lugar que figura en el recibo, o simplemente llamando al lugar de trabajo para corroborar que la persona trabaja efectivamente allí, pudiendo incluso pedir por la persona para hablar directamente con ella. Muchos casos de R.I. se abortarían si el empleado bancario retiene la documentación y le dice al delincuente que el crédito se evaluará por unos días y que regrese. Si se detecta el fraude, la última, quizá la única oportunidad de aprehender al sujeto es cuando concurre a retirar el crédito al Banco.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia requieren que el banco sea cuidadoso en la identificación del cliente previo concederle una cuenta u otra operación bancaria.

Así la doctrina ha dicho que los bancos, en la práctica, tratan de lograr un mínimo de garantía con respecto al solicitante de la cuenta, procediendo a ciertas verificaciones acerca de su identidad y de su domicilio. Si bien es cierto que a la entidad bancaria le interesa poseer una numerosa clientela y, en tal sentido, una selección muy estricta atenta contra sus intereses comerciales, no es menos cierto que su prestigio puede verse afectado por una apertura indiscriminada de cuentas sin la selección previa necesaria, ya que también debe cuidar su reputación profesional y garantizar la seguridad de los instrumentos y operaciones bancarias frente a los terceros.¹¹

Ha dicho la doctrina y abonado la Jurisprudencia que las reglas para la apertura de una cuenta corriente deben extenderse en la medida en que lo permita el contrato a celebrarse, a las demás operaciones bancarias para garantía de la entidad y de los terceros.¹²

Así se ha atribuido responsabilidad en materia de cajas de ahorros:

CABE ATRIBUIR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL A UN BANCO POR HABER OMITIDO CUMPLIMENTAR LOS RECAUDOS DE CONTROL Y CAUTELA EXIGIDOS POR EL BANCO CENTRAL (CIRCULAR OPASI-2 CAP. 1, PUNTO 5.7, COMUNICACION "A" 1427, B.O. DEL 10.7.89), AL PROCEDER A LA APERTURA DE UNA CAJA DE AHORRO, CON BASE EN LOS INSUFICIENTES Y PRECARIOS DATOS DE

¹¹Veizian., La responsabilité du banquier en droit privé français, Paris, 1977 cit por Williams, Jorge N. "Contratos de crédito", Ed Abaco, 1986, pg 122.

¹² (conf CNCOM Sala C in re Nasralas Aref c. Banco Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, LL 139 p 219, y Molinos Fenix c. Banco Popular Argentino en ED t 17 p. 45 y Onapri SRL s. quiebra c. Banco de la Provincia de Santa Cruz, 28/2/79 en ED t 84 p 190, todos citados por Williams, Contratos..., op cit, p 124 nota 66.

IDENTIFICACION PERSONAL Y LA FALTA DE UNA PREVIA INVESTIGACION SOBRE LA SOLVENCIA MORAL Y MATERIAL DEL TITULAR AL QUE LE FUE ACREDITADO POR CLEARING EN ESA CAJA, LUEGO DE SER DEPOSITADO, UN CHEQUE LIBRADO SOBRE LA CUENTA CORRIENTE DEL ACTOR RADICADA EN OTRO BANCO Y QUE FUE REMITIDO POR CARTA CERTIFICADA A SU BENEFICIARIO PARA SU COBRO, SIENDO EL DOCUMENTO SUSTRAIDO Y ADULTERADO. I.P.H. SAIC Y F. C/ BANCO LOS TILOS SA S/ SUM. 29/12/95
CAMARA COMERCIAL: A

En materia de concesión de créditos con documentos falsos, se ha atribuido responsabilidad del banco que obró con ligereza:

“La entidad financiera que otorgó un crédito para la compra de mercaderías sin realizar averiguación o constatación alguna acerca de la identidad del solicitante debe responder por los daños ocasionados a un tercero que resulto incluido en una lista de deudores morosos de uso público por entidades financieras y comerciantes, sin que hubiese contraído obligación alguna”¹³

Es que el derecho bancario se asienta en al crédito (del latín credere) con lo cual la confianza es un elemento esencial del sistema. Confianza que obliga a la entidad financiera, en su carácter de intermediador entre la oferta y demanda de dinero, a actuar responsablemente adoptando todos los recaudos que se esperan del profesional especializado (art. 512 y 902 CC).

Es que, como bien dice Garrigues citado por Palazzi al diferenciar el derecho mercantil del derecho bancario: si bien en el primero predominan las operaciones en masa, estas no se manifiestan con el mismo grado en el derecho bancario, en razón de que este derecho está fundado sobre el crédito y el crédito dice siempre relación a una persona concreta y determinada. Entonces que resulta un deber legal que el banco deba conocer a esa persona determinada que es su cliente. No solo debido a las tradicionales reglas sintetizadas en la máxima know your client sino por la responsabilidad social y profesional que implica otorgar un préstamo mediante el sistema bancario.¹⁴

Indica Palazzi que a lo largo de los años la doctrina sigue siendo la misma: recae sobre el banco un deber de diligencia consistente en evitar la apertura de una cuenta con un nombre falso y sus consecuencias (CN CIV SALA E 26/4/07 Tula Alberto c. BBVA Banco Frances, idem Sala J 23/4/07 Vagatay c. Banco Supervielle).

En el mismo sentido Sala H 14/8/2006, Venturino c. Citibank LL 2007 B 804; Sala L 31/3/06 Rodriguez Pedro c Ford Credit, Traverso c. Banco Supervielle socite Generale 5/10/05.

En definitiva, los tribunales en esta clase de casos han recordado la doctrina que ha caracterizado a la actividad bancaria por su trascendencia social como una actividad de naturaleza peculiar; asimismo se considera al banquero como un agente profesional cuya actividad le impone cargas, lo que justifica el extremado control a que está sujeto y

¹³ Cam civ y Com San Martin, Sala 2°, Umeres Mirta b. v. Credifacil JA 1999 IV 450, cit en Amadeo, Jose Luis “Mala praxis Bancaria”, Lexis Nexis, Bs As, 2006, pg 36

¹⁴ Palazzi, INFORMES COMERCIALES, Ed Astrea 2007, pg 226.

su obligación de actuar con especial diligencia y concluyen que debe considerarse a estos supuestos de otorgamiento de créditos o apertura de cuentas como un incumplimiento del deber de previsión (art. 512, 902 y 909 Cod Civil) atribuible a título de culpa (art.1109 C.C.) CN CIV SALA J Valdez Jose c. Bansud 3/5/2005.

Los tribunales han reiterado en numerosas oportunidades que la apertura de crédito sin contar con los recaudos legales necesarios genera responsabilidad bancaria (Sala H 5/9/03 Clementino Luis c. Banco Societe Generale, id Fraboschi c. Citibank, CNCOM SALA A 10/6/97 Morea Cesar c. Banco Mayo, id Sala C 2/3/04 Podesta c. Banco del Buen Ayre) Palazzi, op cit, p 228.

La SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ha sostenido que incurre en ligereza la entidad que abre una cuenta corriente solicitada por una persona muida fraudulentamente del documento de otro (falsificado o extraviado) pues tal proceder demuestra la falta de acabado cumplimiento de las normas administrativas que disciplinan esas operatorias bancarias, en cuanto a requisitos y procedimiento de registro de firma, al no mediar comprobación de identidad real del peticionario y su domicilio. SCBA 17/6/1977.¹⁵

El requisito c) que debe probar la víctima es el daño sufrido. Aquí pueden darse algunas de las siguientes situaciones:

El banco al no recibir el pago del crédito, informa al cliente (supuesto cliente) en las bases de datos crediticios. La información es falsa y el solo hecho de haber sido informado como moroso sin serlo causa un daño moral, que no exige prueba concreta conforme la doctrina pacífica de la Excma Camara en lo Comercial.

La Sala C en fallo de 24/8/2004 (Nacarato c/ Banco Itau Buen Ayre) ha resuelto:

En cuanto a la acreditación del daño moral, en la especie, pienso que las constancias del litigio son demostrativas del menoscabo que en el plano anímico padeció la actora tras enterarse que aparecía como deudora en categoría 4 (alto riesgo de insolvencia) en los bancos de datos del Banco Central y de Organización Veraz S.A., con el consiguiente estado de angustia y desprestigio profesional que ello acarrea. Esa situación provoca de por sí un descrédito, porque enseguida circula en plaza con la consabida sospecha de insolvencia o irresponsabilidad patrimonial de la perjudicada. Es allí donde radica el agravio moral (art. 522 Cód Civil) que el juez ordenó resarcir, sin que quepa sostener que semejante descalificación pueda considerarse una molestia normal de la vida negocial (ver esta Sala *in re* “La Loggia, Velia c/Banco Itaú Argentina S.A. s/ordinario”, 2.5.01; *in re* “Martín, José Luis c/Banco Roberts S.A. s/ordinario”, 22.12.99; *in re* “Rabinstein, Roberto Simón c/Banque Nationale de Paris s/ordinario”, 5.3.2004).

¹⁵ . Palazzi, op cit p 228. Asimismo el autor cita CN CIV SALA K 18/10/99 Rodo Serrano c. Banco Prov de buenos Aires JA 2000 ii 471.

La Sala D en el fallo "Maresca Carlos Alberto", Registro 32.237/00 de fecha 7 de septiembre de 2.004 resolvió:

Haber sido inhabilitado por error y haber permanecido en esa situación no obstante los inútiles esfuerzos realizados, importan por el mero hecho de su acaecimiento, un sufrimiento o un estado de impotencia frente a la entidad, en la que el cliente se debió sentir poco más que un número de cuenta. también pondero que no sólo debió transitar la vía judicial para que se quedara satisfecho su derecho, sino que debió cumplir una injusta condena en su integridad, antes de obtener la reparación del error del que fue víctima.

Cualquier persona no acostumbrada a incumplir con sus obligaciones, se verá afectada por tal circunstancia, máxime cuando la inhabilitación y su registro nunca debieron existir.

Asimismo, estimo que la impotencia frente al error genera necesariamente mayores angustias que si fuera real por cuanto da cuenta de una situación injusta, máxime cuando tal situación se mantuvo durante un largo tiempo.

La doctrina también enseña que en materia de informes comerciales falsos el daño moral surge in re ipsa, así se dice:

El perjuicio provocado por un informe comercial erróneo no exige mayores pruebas, puesto que es un hecho notorio que resulta suficiente impedimento para el acceso al crédito un reporte negativo y la alta y razonable sensibilidad que poseen las entidades bancarias antes de otorgar un crédito.¹⁶

Es que el daño informático se potencia por la "práctica que desarrollan las empresas nacionales que proveen informes sobre solvencia crediticia... en virtud de la reglamentación vigente en el fuero Comercial de la Capital, los juicios iniciados, con la simple asignación del Juzgado, pero sin siquiera haber sido radicados efectivamente, se dan a publicidad e integran las bases de datos en función de las cuales comercios, bancos y simples particulares adoptan decisiones de incidencia económica."¹⁷

Otra situación bastante común es que la víctima reciba llamados de los cobradores, e incluso cartas intimidatorias en su domicilio o incluso en su trabajo. Conocemos el caso de un visitador médico de un importante laboratorio que fue despedido puesto que parte

¹⁶ Ruiz Martínez, Esteban, "Los informes comerciales y el derecho a la información" Ed Abaco, 2000, pg. 238

¹⁷ Molina Quiroga, Eduardo. "Preservación del derecho a la intimidad", en Daños, Globalización, Estado Economía, Ed Rubinzal Culzoni, 2000, pg. 146

de su tarea era manejar dinero de la empresa y una calificación crediticia negativa suponía un riesgo para la empresa.

También se puede dar el caso de juicios en contra de la víctima, con traba de medidas cautelares en sus bienes, salarios y/u otros ingresos, todos ellos motivados por la entidad financiera que, sin advertir el ilícito del que fue cooperadora al no controlar el otorgamiento del crédito, pretende recuperarlo de quien nunca fue su deudor.

Cuando el crédito otorgado erróneamente es un crédito prendario para la compra de un automotor, se presenta una situación extremo peligrosa, puesto que se otorga el crédito y se vende un automotor a nombre de quien no lo ha solicitado. El automotor puede ser utilizado para cometer ilícitos, accidentes de tránsito. Incluso el titular registral puede ser demandado en juicio civil por las víctimas de accidentes. No hace falta aclarar que el titular registral es la víctima del robo de identidad.

Conocemos el caso de una persona que vive en el interior de la Provincia de Santa Fe, a cuyo nombre se otorgó un crédito prendario por una entidad bancaria. Existe un automotor circulando por allí a su nombre y como está patentado en Capital Federal, el Fisco de la Ciudad le ha iniciado al titular registral juicio por cobro de patentes trabándole medidas cautelares.

Todas estas situaciones generan en menor o mayor medida daños que están en adecuada relación de causalidad con el hecho ilícito, es decir con el otorgamiento a un tercero de un crédito u operación bancaria y por ello deben ser resarcidos adecuadamente.

4. COMPETENCIA. CIVIL O COMERCIAL.

Una cuestión bien práctica, en el ámbito capitalino, es la competencia material del Tribunal que juzgará el daño por Robo de Identidad.

Existen juicios en sede civil, con fundamento en que en el RI no existe contrato entre el Banco y la víctima y por ello, al tratarse de un supuesto extracontractual estamos frente a un pleito civil.

Otros fallos, con los cuales coincidimos, atribuyen competencia al Fuero Comercial.

Entendemos que el juez, para resolver la cuestión, deberá analizar una operatoria bancaria regida por normas comerciales (vg. Tarjeta de Credito, Cuenta Corriente, Mutuo Bancario, etc).

Se trata, en definitiva, de determinar si la Entidad Bancaria cumplió los requisitos impuestos por las normas para el ejercicio de su negocio bancario en alguna de sus modalidades.

En consecuencia pensamos que el juez competente es quien debe aplicar el Derecho Comercial Bancario, independientemente de la existencia o no del contrato. Muchas veces, la inexistencia del contrato surgirá en la sentencia, luego de la pericia caligráfica sobre las firmas de la documentación bancaria. Por ello sostenemos la competencia mercantil en la cuestión.

5. PRESCRIPCIÓN. MOMENTO DEL INICIO DEL PLAZO.

Al no existir contrato entre el suplantado y el Banco a primera vista el plazo es bianual como consecuencia del art. 4037 del Código Civil.

Sin embargo, si la acción se funda en el art. 40 de la Ley 24.240¹⁸ de Defensa del Consumidor, en tanto se atribuye el daño a una falla o defecto en la prestación de un servicio de consumo¹⁹, resultará de aplicación el plazo del art.50 de la ley citada²⁰ que

¹⁸ **ARTICULO 40.** — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

(Incorporado por el Art. 4º de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998)

(Antecedentes: observado por el Art. 6º del Decreto Nacional N° 2089/93 B.O. 15/10/1993)

¹⁹ La jurisprudencia ha considerado que la relación bancaria cuando el cliente es una persona física queda comprendida por la Ley 24.240. Así ver por todos: En cuanto a la alegada improcedencia de la extensión de la ley de defensa del consumidor a los clientes bancarios, si bien no desconozco la existencia de una minoría doctrinaria que sostiene ello, considero que los sujetos intervinientes en los contratos de servicios bancarios sí se encuentran aprehendidos por la referida ley 24240. Y en numerosos antecedentes los tribunales de esta Cámara Comercial han invocado su aplicación para resolver cuestiones de esta índole (v. CNCom., Sala A, in re: “Modesta Pedro Miguel c. Banco del Buen Ayre S.A. s. ordinario”, del 30.8.2000; íd., Sala B, in re: “Dederian Carlos c. Citibank NA s. sumario”, del 12.9.2002; íd., esta Sala, in re: “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. sumarísimo”, del 4.10.2005”; entre muchos otros).

Es que la condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la ley de defensa del consumidor no menciona explícitamente a las entidades bancarias –salvo en lo referente a los créditos para el consumo- éstas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su artículo 2 (conf. CNCom., Sala B, in re: “Cova Rodolfo José c. Banco Caja de Ahorro S.A. s. ordinario”, del 1.4.2003). CNCOM SALA C Marchetto Silvia Adriana c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumario 19/10/2007.

Por otra parte, el nuevo artículo 36 de la Ley 24.240 incorpora a su ámbito a las operaciones de “crédito para consumo”.

²⁰ *‘Artículo 50.- Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de 3 (tres) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales. Texto según ley 26.361.*

es de 3 años. La reciente reforma de la Ley 24.240 establece que cuando una acción es interpuesta con fundamento en dicha ley, al existir dos plazos de prescripción se aplica el más favorable al consumidor; que en caso de responsabilidad extracontractual es el plazo trienal de la norma específica.

Entendemos que el suplantado, si bien no tiene una relación contractual con el Banco, si está vinculado a una relación de consumo, que es el crédito mal concedido. En consecuencia puede acogerse a la norma tuitiva. El art. 1 de la Ley 24.240 luego de la reciente reforma por Ley 26.361 incluye como consumidor “*a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*”

El dies ad quem se contará desde cada uno de los perjuicios sufridos por el suplantado y no desde la concesión del crédito erróneo. Decimos esto porque el suplantado desconoce el otorgamiento del crédito falso y por lo general se entera varios años mas tarde cuando, p.ej. recibe un embargo, aparece en el VERAZ.

El daño no surge por la concesión del crédito, sino por las consecuencias disvaliosas de aquella concesión: vg. Juicio ejecutivo contra el suplantado, embargos, informes comerciales erróneos.

En consecuencia, el término de la prescripción comenzará a correr desde que toma conocimiento de cada uno de los daños sufridos como consecuencia del hecho único.

6. CONCLUSIONES.

El robo de identidad se asienta en tres intervinientes: la víctima (se usan sus datos), el delincuente y la entidad que concede el crédito.

Desde el punto de vista civil, pesa sobre la entidad crediticia una presunción de culpa en cuanto ha concedido un crédito erróneamente a un tercero.

El estándar para juzgar la conducta de la Entidad Financiera es alto, es el correspondiente a un profesional experto en la materia, con lo cual responde hasta por culpa leve.

La victima debe acreditar los daños, aunque el daño moral se presume en el caso de haber sido informado erróneamente en bancos de datos.

Es aplicable al supuesto de RI la ley de defensa del consumidor.