

Responsabilidad de los bancos de datos comerciales*

Por Sebastián Serrano Alou

1. Introducción

El siglo XXI es el siglo de las comunicaciones y la información. La tecnología ha facilitado el manejo de la información y el acceso a ella mediante sistemas tecnológicos de acumulación e intercambio de datos que cuentan con una capacidad de almacenamiento, ordenación, velocidad, publicidad, etc., que hace no muchos años resultaba impensado. Pero como es de público conocimiento el exceso de información puede generar desinformación. Se vuelve cada vez más difícil el discriminar la información veraz de la información errónea.

La información hoy por hoy se encuentra íntimamente relacionada con la tecnología (en una relación de fuerte dependencia). Esta relación ha hecho que la misma esté en constante evolución en cuanto a su naturaleza. Los marcos regulatorios del procesamiento de información devienen cada vez más obsoletos conforme avanza la tecnología, por lo que se hace necesario una intervención del Estado que tienda a regular esta actividad para protección de las personas que pueden verse afectadas por datos falsos.

Las empresas que emiten informes comerciales prestan un servicio al mercado que los consume, pero la seguridad que le brindan no justifica que se las exima de responsabilidad por los daños que ocasionan con su actividad. Es un imperativo constitucional el proteger el honor y la dignidad de las personas físicas individuales, los que no pueden verse avasallados por el interés de lucro y el derecho a ejercer industria lícita de los bancos de datos. Nadie puede negar que la protección del respeto a la dignidad y el honor de las personas se encuentra en un lugar prioritario frente a la seguridad en el tráfico comercial que ayudan a construir los bancos de datos comerciales.

2. La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Según la Corte Suprema el manejo de la información comercial y la actividad de los bancos de datos deben contar con ciertos límites en procura de la protección de los titulares de la información. El derecho a la libre expresión e información no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones que el legislador puede determinar¹.

Nuestro superior tribunal expresó que las empresas que lucran con la emisión de informes comerciales gozan de libertad de informar y satisfacer su objeto comercial, pero al realizar esta actividad debe hacerlo en las condiciones legalmente exigidas, esto es, de manera completa y exacta y, de no ser así, rectificar o completar los

* Extraído del artículo publicado en la revista electrónica "Equipo Federal del Trabajo", www.eft.org.ar. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ CSJN, 6/3/07, "Organización Veraz SA c/EN -PEN- M°E. y OSP s/amparo ley 16.986".

datos personales de un modo que representen lo más fielmente posible la imagen de aquellos respecto de quienes suministran información, máxime cuando no cuentan con el consentimiento de éstos. No basta con decir una parte de la verdad para quedar exento de responsabilidad, si la información registrada afecta la intimidad, privacidad o la reputación de terceros².

Para la Corte Suprema la proliferación de los bancos de datos y los potenciales daños que pueden causar a las personas han sido los claros inspiradores tanto de la previsión constitucional del art. 43 como de la ley reglamentaria 25.326 (de hábeas data). Aclara que en nuestro país –como en otros– los bancos de datos destinados a recopilar y suministrar información financiera son muy anteriores a toda regulación legal sobre el punto, de lo que se sigue que la actividad de los bancos de datos existía y era lícita antes de la regulación legal introducida por la ley 25.326, y que esta regulación no tuvo por finalidad prioritaria ampliar esa actividad sino, en todo caso, proteger a los titulares de los datos de los posibles errores o abusos que puedan resultar del mecanismo de recolección, almacenamiento y suministro de información³.

La ley 25.326 tiene por finalidad proteger el honor, la intimidad y otros derechos personalísimos de aquellos registrados en bancos de datos (art. 1) reglamentando el tercer párrafo del art. 43 de la Const. nacional. De tal modo estableció toda una serie de derechos y obligaciones para quienes tratan datos personales, entre los que se encuentran la prohibición de utilizar los datos con una finalidad distinta a la que motivó su recopilación, la obligación de exactitud, la limitación temporal del registro de datos (art. 4), el consentimiento en ciertos supuestos (art. 5), la notificación del ingreso de datos en registros (art. 6), y las prohibiciones para la cesión de datos y para la transferencia internacional de la información personal (arts. 11 y 12). Asimismo se crea un organismo de aplicación de la normativa (art. 29) y se reglamenta también la acción de protección de datos personales (arts. 33 a 43)⁴.

3. La responsabilidad de los bancos de datos

La responsabilidad por el daño causado con el manejo de la información debe reunir los presupuestos de todo supuesto de responsabilidad de daños. Estos presupuestos son cuatro: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.

a) La *antijuricidad* tiende a determinar cuando una conducta es contraria a derecho, y en el caso de la responsabilidad, cuando el daño causado por una conducta es injusto y debe ser reparado. En vistas de que la antijuricidad guarda íntima relación con el daño, podemos decir que será antijurídica toda conducta que lesione un interés merecedor de tutela y viole el deber genérico de no dañar a otro, “*alterum non laedere*”⁵.

² CSJN, 5/4/05, “Martínez, Matilde S. c/Organización Veraz SA”.

³ CSJN, 6/3/07, “Organización Veraz SA c/EN –PEN– M°E. y OSP s/amparo ley 16.986”.

⁴ CSJN, 6/3/07, “Organización Veraz SA c/EN –PEN– M°E. y OSP s/amparo ley 16.986”.

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge en Mosset Iturraspe, Jorge (dir.) - Kemelmajer de Carlucci, Aída (co-ord.), “Responsabilidad civil”, Bs. As., Hammurabi, 1992, p. 62.

Entrando en el campo de la antijuricidad formal debemos analizar en cada caso si hay alguna norma específica aplicable y cuál será la norma de aplicación que vendrá a completar lo dispuesto por el principio “*alterum non laedere*”⁶. Existen múltiples artículos de la ley 25.326 que pueden determinar la antijuricidad en el caso particular, trataremos en honor a la brevedad los que consideramos más comunes y relacionados con los bancos de datos comerciales.

1) *El art. 4 de la ley 25.326.* Este artículo sienta el principio de calidad de los datos⁷. Como primera medida este artículo requiere la “veracidad” de los datos que sean recogidos, esto es, que sean “ciertos”, o sea, que en sí mismos reflejen la realidad de la fracción de información que representan. Los bancos de datos que divulguen informes que no se condigan con la realidad estarán actuando en contra de lo dispuesto por el derecho, en particular, por el art. 4 de la ley 25.326. Correspondiéndose con la obligación de veracidad de los datos recolectados, se han consagrado las de su exactitud y actualización⁸, cuando ello fuere necesario.

Por último, el art. 4 establece que “los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate”.

La circunstancia de preverse la obligación de sustituir los datos erróneos y la de actualizar aquellos desactualizados, una vez tomado conocimiento de esas circunstancias, no implica legitimar el tratamiento de datos en infracción a lo prescripto, toda vez que la obligación de coleccionar y tratar datos personales ciertos y exactos mantiene su vigencia y operatividad, más allá de cualquier defecto en el conocimiento del tratante⁹.

2) *Los arts. 5 y 6 de la ley 25.326.* En otros casos la antijuricidad formal vendrá de la inobservancia de los arts. 5 y 6 de la ley 25.326 (ley de hábeas data), ya que del juego de estos artículos surge que es necesario para la validez de los datos que éstos sean publicados con el consentimiento del interesado, el cual es un consentimiento calificado ya que debe ser libre, expreso e informado, y constar por escrito o por otro medio que permita se le equipare¹⁰.

Para cierta doctrina¹¹, el consentimiento es la regla más importante en el sistema de protección de datos. Según esta doctrina existen dos modelos claramente diferenciados de leyes de protección de datos personales. Los que siguen la regla

⁶ Derivado de los arts. 14 y 19 de la Const. nacional.

⁷ Peyrano, Guillermo F., *El principio de la “calidad” de los datos en la ley 25.326 de protección de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/008426 o 0003/008505.

⁸ A modo de ejemplo podemos decir que cuando una persona mantuvo una deuda durante los meses de enero y febrero, no puede informarse que la misma existió en los meses de febrero y marzo. Por otro lado se debe actualizar la información, es decir, en caso en que se informe que una persona mantiene una deuda por \$ 1000 y paga \$ 500, se debe proceder a informarse que sólo se adeudan \$ 500.

⁹ Peyrano, Guillermo F., *Factor de atribución de responsabilidad por daños ocasionados en el tratamiento de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/012683 o 0003/012684.

¹⁰ Stiglitz, Gabriel - Stiglitz, Rosana M., *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*, LL, 1987-E-795 y CNCiv, Sala K, 22/10/02, “Gutiérrez, Vicente J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”.

¹¹ Palazzi, Pablo A., *El consentimiento para el tratamiento de datos personales (opt-in versus opt-out bajo el régimen de la ley 25.326)*, LEXIS, 0003/012622 o 0003/012626.

del *opt-in*, por la cual se parte de la base de que todo tratamiento de datos personales (salvo excepciones expresamente previstas) requiere el consentimiento del titular de los datos. Por otro lado está el sistema del *opt-out*, por el cual, por regla, pueden tratarse datos de individuos a menos que éstos en forma expresa comuniquen su oposición. El *opt-out* puede ser objeto entonces de una crítica: esta libre circulación de datos personales hace que cuando el titular de los datos solicite la eliminación de sus datos personales el pedido llegue tarde.

La ley 25.326 parte de la base de que la regla es el *opt-in*, siendo el consentimiento la regla y no siendo necesario el consentimiento en contados supuestos que, como son excepciones a la regla general, deben ser de interpretación restrictiva. Por ejemplo, el inc. 2, c enumera los datos que no requieren consentimiento para su publicación, entre los que menciona el nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; sin mencionar, por ejemplo, el estado civil, y mucho menos el cónyuge, datos que no pueden considerarse incluidos por vía de interpretación jurisprudencial y/o doctrinal. Todo dato que se consigne sin consentimiento, y no este enumerado en el art. 5, inc. 2 debe considerarse ilícito y sancionar a quien procedió a su publicación, aun cuando el dato sea exacto.

En el caso puntual del inc. 2, e, creemos que si bien los informes que surgen de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del art. 39 ley 21.526 no requieren el consentimiento de sus titulares para su tratamiento, es importante que se de a conocer al titular de estos datos que los mismos constan en un banco de datos que lucra con esta información. Este conocimiento cobra aun más importancia en algunos casos, como por ejemplo los casos en que se procederá a registrar a una persona como deudor irrecuperable¹². La importancia de este conocimiento, de que al menos la empresa proceda a informar a las personas que procederá a registrar datos atinentes a su persona, radica en la posibilidad que tiene las personas de aclarar la inexactitud del dato.

Igual hay que recordar que no pesa en cabeza de los titulares de los datos probar lo erróneo de estos¹³, aunque si pueden aportar una ayuda para esclarecer la situación y trabajar en vistas de la idea de prevención del daño.

3) *El art. 16 de la ley 25.326.* Este artículo establece el derecho de rectificación, actualización o supresión de datos que tiene el titular de los mismos en los casos en que corresponda. Debemos analizar este artículo conjugándolo con el art. 4 que habla de la calidad de los datos, para determinar cuando un dato debe ser rectificado, actualizado o suprimido.

El artículo establece que el responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días, y que durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al pro-

¹² CNCiv, Sala K, 22/10/02, "Gutiérrez, Vicente J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios".

¹³ CNCiv, Sala F, 6/2/02, "Ravina, Arturo O. c/Organización Veraz SA"; CNCiv, Sala K, 22/10/02, "Gutiérrez, Vicente J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios".

veer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión.

De la lectura de este artículo surge que es el titular del banco de datos quien debe investigar sobre la calidad de los datos que suministra, no siendo admisible que solicite las pruebas que contradigan la veracidad, exactitud o actualidad a los titulares de los datos; interpretación que encuentra asidero en la jurisprudencia¹⁴.

4) *El art. 26 de la ley 25.326.* Este artículo trata la prestación de servicios de información crediticia, por lo que resulta de suma relevancia para determinar casos de antijuricidad de los bancos de datos comerciales.

Según el inc. 1, “En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado con su consentimiento”.

El inciso es claro en cuanto “sólo” pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito. Creemos que la determinación de qué datos deben considerarse relevantes económicamente debe efectuarse con un criterio restringido. Los datos que no son puramente de carácter patrimonial como, por ejemplo, el estado civil, la religión, nacionalidad, etc., no son relativos a la solvencia económica y al crédito, por lo que no deben ser incluidos por los bancos de datos. En el caso en que estos datos sean incluidos se estará actuando de manera ilícita, accionar que será aun más grave en caso de su inexactitud.

El inc. 2 establece que “Pueden tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés”.

El decr. regl. 1558/01 efectúa precisiones y aclara que “A los efectos del art. 26, inc. 2, de la ley 25.326, se consideran datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones los referentes a los contratos de mutuo, cuenta corriente, tarjetas de crédito, fideicomiso, leasing, de créditos en general y toda otra obligación de contenido patrimonial, así como aquellos que permitan conocer el nivel de cumplimiento y la calificación a fin de precisar, de manera indubitable, el contenido de la información emitida”.

En los casos en que se pruebe que esta información fue suministrada en forma errónea por la fuente extenderá la responsabilidad a ésta, sin eximir de responsabilidad al banco de datos que la publicó, por razones que explicaremos más adelante.

Según el inc. 4, “Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho”.

El decr. regl. 1558/01 establece que “Para apreciar la solvencia económico-financiera de una persona, conforme lo establecido en el art. 26, inc. 4, de la ley 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de

¹⁴ CNCiv, Sala F, 6/2/02, “Ravina, Arturo O. c/Organización Veraz SA”; CNCiv, Sala K, 22/10/02, “Gutiérrez, Vicente J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”.

cada obligación hasta su extinción”. La reglamentación efectuada se aparta de lo establecido en la ley que reglamenta, la que establece que sólo se pueden archivar, registrar o ceder, “datos significativos”, y además atenta contra la garantía constitucional de hábeas data, por lo que deviene inconstitucional.

La jurisprudencia ha dicho que la significación de los datos debe evaluarse en forma restrictiva inclinándose en caso de duda por la irrelevancia de los datos. Debe tenderse a proteger el derecho al olvido¹⁵ tutelado por la ley 25.326, tratando de evitar que se postergue *sine die* el plazo de caducidad a través del simple expediente de repetir mensualmente la información registrada¹⁶.

Continúa el decreto reglamentario estableciendo que “En el cómputo de cinco años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a dos años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación. A los efectos del cálculo del plazo de dos años para conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda”.

Con relación al plazo de cinco años no habría otro inconveniente que el ya mencionado respecto de la clasificación y de qué información es relevante para comenzar a contar el transcurso del tiempo, tema ya aclarado. El problema podría plantearse con relación al plazo de dos años.

El plazo de dos años debe computarse a partir del último hecho significativo desfavorable, es decir que la cancelación de la deuda no puede ser considerada como punto de partida. Si el último hecho significativo (p.ej., sentencia desfavorable en juicio o anotación de inhibición) sucedió hace dos años o más de la fecha de pago de la deuda, en el momento de cancelar la deuda debe procederse a borrar la información comercial, sin que sea procedente que el plazo de dos años comience a computarse en ese momento. Lo contrario sería irrazonable.

Pensemos, por ejemplo, el caso de un deudor para quien hubiesen transcurrido cuatro años y medio desde el último hecho significativo negativo (p.ej., sentencia desfavorable) y procediera a cancelar la deuda. Se encontraría en una situación desfavorable con respecto al deudor que estando en la misma situación no cancele la deuda, ya que al cancelarla tendrían que pasar dos años para desaparecer de los registros comerciales, mientras que quien no cancela la deuda se verá librado de la información, la que desaparecerá en seis meses.

Se debe evaluar con un criterio amplio si los datos son caducos y proceder a su supresión en vista de una protección efectiva del “derecho al olvido”. El dato caduco es el dato que por efecto del transcurso del tiempo, ha perdido virtualidad, ha deve-

¹⁵ El “derecho al olvido” es el principio a tenor del cual ciertas informaciones (v.gr., antecedentes penales prescriptos) deben ser eliminados de los archivos transcurrido un determinado espacio de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado (CNCiv, Sala G, 10/5/96, “Falcionelli, Esteban P. c/Organización Veraz SA”).

¹⁶ CNCCom, Sala C, 6/7/07, “Carballo, Alberto R. c/Hexagon Bank Argentina SA”.

nido intrascendente a los efectos de cualquier efecto jurídico relativo a la ejecutabilidad¹⁷.

No debemos perder de vista que la ley 25.326 es la reglamentación de la protección de carácter constitucional otorgada por el habeas data.

b) El *daño* es “toda lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción”¹⁸.

Vemos que pueden considerarse como daños a perjuicios de muy diversa índole. El daño guarda íntima relación con la cuantía del resarcimiento, es decir con la indemnización que fijara el juez. En el caso de los bancos de datos, los daños que ocasionan con su actividad pueden ser de diversa índole, encontrándose siempre¹⁹ presente el daño moral²⁰.

Por daño moral se entiende “*toda modificación desvaliosa del espíritu (Mosset Iturraspe). Toda alteración desvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra*”²¹. Según la jurisprudencia de nuestros tribunales en el caso de la órbita extracontractual, dentro de la cual se encuentran los casos de daños producidos por bancos de datos a los titulares de informaciones erróneas, el daño moral no requiere prueba particular, su existencia se presume por la sola configuración de la conducta antijurídica, es decir que se prueba *in re ipsa*²². Su valuación judicial dependerá de las condiciones personales de la víctima afectada, en función de considerar su edad, profesión, estudios, ámbito social, etc.²³; además de la dura-

¹⁷ CNCiv, Sala G, 10/5/96, “Falcionelli, Esteban P. c/Organización Veraz SA” (del fallo de primera instancia).

¹⁸ Stiglitz, en Mosset Iturraspe - Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil”, p. 211 y siguientes.

¹⁹ “Cualquier hecho ilícito que produce afección a los íntimos sentimientos de la persona, aunque provenga de un actuar meramente culposos, es decir, sin intención de agraviar, provoca *in re ipsa* daño moral resarcible” (CNCCom, Sala E, 26/4/07, “Tula, Alberto J. c/BBVA Banco Francés”) “el registro del actor como incumplidor, genera por sí solo, consecuencias en la reputación y en el ánimo del que padece tan injusta situación, pues cualquier persona acostumbrada a cumplir con sus obligaciones, se ve afectada por tal circunstancia” (CNCCom, Sala D, 19/10/05, “S., M.P. c/BankBoston NA”).

²⁰ “El daño moral no tiene carácter complementario, ni accesorio del daño material (CSJN, LL, 1997-E-120), poseyendo condición autónoma y vigencia propia que se asienta en aspectos tales como el dolor, la afectación a los sentimientos y padecimientos de toda índole que el mal acarrea (CNCiv, Sala H, LL, 1997-E-1000), no limitándose a ello, sino comprendiendo el conjunto de repercusiones extrapatrimoniales desfavorables (CNCiv, Sala H, LL, 1997-D-853) proveniente de todo desconocimiento de derechos personalísimos, como el derecho al honor, la intimidad, y la propia imagen (CNCiv, Sala D, LL, 1997-D-161)”. Ver, CCivCom Rosario, Sala 2°, 14/12/05, “Rovere, Edith c/Banco de Galicia SA”.

²¹ Stiglitz - Echevesti, en Mosset Iturraspe - Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil”, p. 242.

²² “Para la determinación del daño moral no se requiere prueba de su entidad, pues se lo debe tener por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, tratándose de una prueba *in re ipsa*, que surge inmediatamente de los hechos mismos” (CNCiv, Sala A, 28/6/91, “Silva, Olga E. c/Barbarito de Mega, Ana y otro”). “El daño moral se presume en un caso de ataque a la intimidad por la sola realización del hecho antijurídico que provoca la ofensa a las afecciones legítimas del sujeto perturbado y torna exigible el resarcimiento” (CNCiv, Sala K, 6/1/02, “G., V. J. C. D. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro”).

²³ Ghersi, Carlos A., *Daño moral y psicológico*, Bs. As., Astrea, 2002.

ción de la publicación de la información errónea y de los reclamos realizados por el titular de los datos para revertir esta situación²⁴.

La doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en cuanto a si la indemnización que debe concederse por daño moral debe ser de índole sancionatorio, resarcitorio, o ambas a la vez. En lo particular²⁵ creo que en el caso de los daños causados por los bancos de datos debe ser de carácter mixto²⁶. No debemos perder de vista la desigualdad de posiciones que separa al titular de los datos de la empresa que lucra con estos, otorgando al resarcimiento un carácter bifronte, a la vez reparador del agravio y sanción ejemplar del comportamiento disfuncional. No hay obstáculo para fijar la suma por daño moral con la finalidad adicional de repudiar la conducta antisocial de quien resulta demandado, como una forma de atenuar los rigores de los padecimientos de la víctima e impedir la renovación de la falta del culpable²⁷.

Los titulares de los datos también pueden sufrir un daño material. Este puede consistir en una pérdida de chance, la cual puede plasmarse, por ejemplo, en la pérdida de posibilidad de acceder a un crédito para realizar un negocio que hubiese redundado en un beneficio futuro (v.gr., comprar una propiedad para luego lucrar con su alquiler). Este caso presenta la dificultad de su prueba, la cual es indispensable para que sea admitida su indemnización por el juez²⁸. En la pérdida de chances sólo puede aspirarse a una certeza relativa; la prueba presuncional es casi la única posible y, en este contexto, su valoración debe ser mucho más flexible con respecto a otros rubros²⁹.

Pero el daño material puede ser concreto como, por ejemplo, tener que recurrir a un préstamo en las condiciones más desfavorables de plaza, con intereses que resulten ser los más elevados del mercado, por no ser aceptado en los bancos de primera línea; debiendo abonar una suma mayor que se encuentra fehacientemente establecida. En este caso también es indispensable su prueba.

c) La *relación de causalidad* es el presupuesto de la responsabilidad que vincula el hecho antijurídico con el daño y de esta manera atribuye el daño a la persona que corresponde, evitando que se atribuya a alguien el daño causado por otro o por la cosa de otro; asimismo determina la extensión del daño resarcible³⁰.

“Nuestro Código Civil sigue la teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todas las condiciones necesarias para producir un resultado son equivalentes, sino que la causa eficiente es aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producirlo. Las demás son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. Conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión era idónea para producir normal o regularmente ese resultado. Ese juicio de probabilidad no puede hacerse

²⁴ CNCom, Sala D, 28/5/04, “Aguiar, Roberto c/Citibank NA”.

²⁵ Serrano Alou, Sebastián, *Responsabilidad por información comercial errónea*, Zeus, 001078; año XXXIV, 9/3/07, n° 8144, t° 103.

²⁶ CNCom, Sala C, 21/7/06, “Domínguez, Carlos A. c/BankBoston National Association”.

²⁷ CNCiv, Sala G, 10/06, “Goizueta, Héctor M. c/Banco Itaú Buen Ayre SA”.

²⁸ CCivC Rosario, Sala 1, 17/5/06, “Bernal, Ángel D. c/Columbia Cía. Financiera y otra”.

²⁹ CCivC Rosario, Sala 2, 14/11/03, “Laucero, Ruben D. c/Banco Credicoop CL”.

³⁰ Mosset Iturraspe en Mosset Iturraspe - Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil”, p. 112 y siguientes.

sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto³¹.

La jurisprudencia reiteradamente ha dicho que la existencia de datos desactualizados y/o erróneos tiene que repercutir necesariamente en el espíritu y en los sentimientos o afecciones más íntimas de su titular, ya que implican un ataque a su honor, a su imagen y reputación³². Es decir, que los errores en la información comercial son causa eficiente de la producción de un daño moral en cabeza del titular de la información errónea y/o desactualizada.

Es en el ámbito de los daños materiales donde se deberá analizar la prueba acercada por las partes para determinar si existe relación de causalidad entre la publicación errónea y el daño alegado.

d) El *factor de atribución* es “la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro”³³. La doctrina hace la distinción entre factores de atribución subjetivos y factores de atribución objetivos, los primeros serían los que toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta, la culpa, mientras los segundos tienen su base en razones de otra índole (valoraciones sociales, políticas, económicas, etc.) para justificar el desplazamiento de las consecuencias dañosas a una persona.

En relación a los bancos de datos se discute como se llega a la atribución del daño; si por medio de un factor de atribución objetivo o un factor de atribución subjetivo. Desde ya, adelanto que adhiero³⁴ a la doctrina y jurisprudencia³⁵ que se inclinan por el factor de atribución objetivo. Más allá de la eventual diligencia del responsable o usuario del banco de dato, lo decisivo es que se verifique el respeto por la calidad de la información registrada, tratada y cedida (en cualquiera de las modalidades posibles).

Entre otras, la jurisprudencia norteamericana ha ubicado la hipótesis dentro del campo de la responsabilidad objetiva. Para esto se apoya en la premisa que teniendo en cuenta la alta dosis de riesgo que deriva de la actividad tecnológica, de la que la informática de que se sirven los bancos de datos es parte, y la imposibilidad de garantizar la seguridad del sistema, es conveniente basar la responsabilidad no en criterios que atiendan a la culpa, sino en factores objetivos de atribución, que también estimulan el control y corrección de errores, reduciendo el riesgo³⁶.

La responsabilidad por los daños ocasionados por el tratamiento de informaciones falsas o inexactas se compadece con factores de atribución objetivos, en razón de no resultar adecuado que se admita la invocación de la ausencia de culpa

³¹ Bueres, Alberto J. - Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio A. Alterini)*, Lexis, 1010/001125.

³² CNCiv, Sala F, 6/2/02, “Ravina, Arturo O. c/Organización Veraz SA”.

³³ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, en Mosset Iturraspe J. (dir.) - Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), “Responsabilidad civil”, p. 141.

³⁴ Serrano Alou, *Responsabilidad por información comercial errónea*, Zeus, 001078.

³⁵ Cifuentes, Santos, *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo*, JA, 1999-IV-835; Borda, Alejandro, *Responsabilidad extracontractual por ilícitos informáticos en las jornadas en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, ED, 139-936; Stiglitz - Stiglitz, *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*, LL, 1987-E-801.

³⁶ Stiglitz - Stiglitz, *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*, LL, 1987-E-801.

(como así tampoco la eventual acreditación del cuidado y diligencia empleados cuando se considere que ésta debe presumirse), toda vez que el respeto de los derechos de los titulares de los datos –en especial, el denominado “derecho a la autodeterminación informativa”– y el exigido con relación al principio de la calidad de estas informaciones personales no admiten que datos de carácter personal falsos o inexactos puedan registrarse, procesarse y comunicarse impunemente³⁷.

La hipótesis que considera que el factor de atribución de responsabilidad de los bancos de datos es objetivo se basa en criterios diversos. Según parte de la doctrina (Meza, Agoglia, Boragina, Lloveras de Resk, Gonzáles Gómez, Rosana Stiglitz, Mansilla, Bravo, Giménez, Cifuentes)³⁸ se basa en la idea de considerar que el procesamiento electrónico de datos personales es una actividad riesgosa. Según otros prestigiosos autores (Messina de Estrella Gutiérrez, Alejandro Borda)³⁹ se basa en la idea de que la informática debe ser considerada como una cosa riesgosa, toda vez que aunque no sea en *strictu sensu* una cosa, es una forma de energía y, por lo tanto, le es aplicable el régimen de las cosas⁴⁰.

La responsabilidad de la empresa se encuentra fundada específicamente en la noción de riesgo y el desempeño de cualquier actividad lucrativa lo engendra⁴¹. La actividad económica debe ser considerada un factor objetivo de atribución de responsabilidad solidaria de los intervinientes en las cuatro operaciones básicas, producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios⁴². La responsabilidad que descansa en el riesgo empresario tiende a que quien se encuentra en mejores condiciones de evitar el riesgo deba evitarlo; de esta manera, el derecho reparador de daños evoluciona hacia los sistemas de responsabilidad objetiva con un mayor contenido de solidaridad social, prescindiéndose de la indagación sobre su conducta moral o subjetiva, para someterlo a la indemnización de daños y perjuicios por el solo hecho de que sean consecuencia de su actividad⁴³. Nuevas realidades que se erigen en complejas fuentes generadoras de daños justifican una interpretación dinámica del art. 1113 del Cód. Civil, extendiendo la responsabilidad por el riesgo de la cosa al riesgo de la actividad, intervenga o no una cosa⁴⁴.

Para la parte de la doctrina que considera que la responsabilidad de los bancos de datos es objetiva en base a que es una actividad riesgosa debe tenerse en cuen-

³⁷ Peyrano, *Factor de atribución de responsabilidad por daños ocasionados en el tratamiento de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/012683 o 0003/012684.

³⁸ Borda, *Responsabilidad extracontractual por ilícitos informáticos en las jornadas en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, ED, 139-936 y Cifuentes, *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo*, JA, 1999-IV-835.

³⁹ Borda, *Responsabilidad extracontractual por ilícitos informáticos en las jornadas en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, ED, 139-936 y Cifuentes, *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo*, JA, 1999-IV-835.

⁴⁰ Borda, *Responsabilidad extracontractual por ilícitos informáticos en las jornadas en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, ED, 139-936.

⁴¹ Lovece, Graciela I., *El riesgo empresario como factor de atribución de responsabilidad del ente asistencial*, LEXIS, 0003/007642.

⁴² Gherzi, Carlos, en López Cabana, Roberto M. - Alterini, Atilio A. (dirs.), *La responsabilidad (homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg)*, LEXIS, 0003/007642.

⁴³ Weingarten, Celia - Gherzi, Carlos A., *La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos*, LL, 1994-D-15.

⁴⁴ Highton de Nolasco, Elena I., en CSJN, 6/3/07, “Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”.

ta que las operaciones de tratamiento a que son sometidos los datos, transforman los datos personales en una suerte de bien riesgoso, en tanto y en cuanto, simples informaciones se vinculan a personas, se categorizan, clasifican, califican, etc., y se procesan de tal modo que su conocimiento se expande en la comunidad, a través de su proporcionamiento y difusión, pudiendo así dar causa o motivo a discriminaciones, vejaciones, descréditos, y otra serie de consecuencias desvaliosas para las personas vinculadas a ellas⁴⁵. La actividad de los bancos de datos debe considerarse una actividad riesgosa debido a que la complejidad reciente de los sistemas informáticos y el manejo de grandes volúmenes de información en reducidos tiempos, importa a la postre que errores e imperfecciones queden fuera del alcance de toda supervisión del hombre⁴⁶.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente acerca de que adherimos a la opinión de que la responsabilidad de los bancos de datos es objetiva, creemos que la subjetividad, es decir, la culpabilidad de los bancos de datos tiene cierta importancia en el tema, no para determinar si hay o no responsabilidad, sino el grado de responsabilidad mayor o menor, y en consecuencia el monto de la indemnización. En los casos en que la empresa, puesta en conocimiento del error de su publicación, por cualquier causa que sea, no proceda de inmediato a chequear cual es el error siguiendo las directivas del art. 16 de la ley 25.326, debe ver agravada su responsabilidad. No escapa a nadie que el daño moral padecido por el titular de un dato erróneo, que comunica este hecho al banco de datos, y recibe como respuesta que debe aportar la prueba de sus dichos para proceder a modificar la situación, se ve incrementado. La negligencia del banco de datos y la inactividad del mismo sólo podrán ocasionar que el damnificado busque amparo en la justicia, debiendo iniciar un proceso para proceder a solucionar su situación, lo que evidentemente producirá un agravamiento de la alteración desvaliosa de su estado de ánimo.

4. Exoneración de responsabilidad

Siendo la responsabilidad de los bancos de datos objetiva, para eximirse de responsabilidad deberán probar la ruptura del nexo causal. Esta exoneración de responsabilidad de quien se sirve o tiene a su cuidado la información computarizada está condicionada a la acreditación de cualquiera de los extremos que obstaculizan el nexo causal, previstos en el art. 1113 del Cód. Civil⁴⁷.

Es importante destacar que los bancos de datos intentan evadir su responsabilidad alegando que ellos sólo se limitaron a publicar datos proporcionados por otros, el BCRA y/o bancos comerciales, intentando romper el nexo causal a través de la intervención de un tercero. Es decir, intentarían evadir su responsabilidad cargando la misma a un tercero. Esto no debe ser admitido por los jueces ya que para que pu-

⁴⁵ Peyrano, *El principio de la "calidad" de los datos en la ley 25.326 de protección de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/008426 o 0003/008505.

⁴⁶ Stiglitz - Stiglitz, *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*, LL, 1987-E-802.

⁴⁷ Stiglitz - Stiglitz, *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*, LL, 1987-E-803.

diesen evadir su responsabilidad en base a este eximente el tercero debería ser un *extraño*⁴⁸.

Los responsables de los bancos de datos suelen ampararse en lo que denominan “error en la fuente” para tratar de exculparse, no sólo de responsabilidades ulteriores, sino también, hasta de la obligación de rectificar sus registros. La concepción de la función correspondiente a los archivos en cuestión que se desprende del esquema exculpativo precedentemente delineado resulta absolutamente errónea. Es que lo que interesa a los fines de determinar la calidad de un dato considerado en sí mismo, no es de dónde, ni cómo, ni de quién, el banco de datos obtuvo el registro, sino solamente si ese registro es o no discriminatorio, o falso, o desactualizado, o incompleto, o erróneo, o confidencial. De admitirse lo contrario poco importaría, entonces, lo que informara el banco, base, archivo o registro, y si ello resultara correcto o incorrecto, exacto o inexacto, ya que bastaría que se acreditara la utilización de una “fuente” para recoger dicha información, y que la información registrada fuera de igual contenido a la obrante en esa fuente, para que quedara exculpado de toda responsabilidad. Es más, extremando las consecuencias de estos razonamientos se llegaría a concluir que en la medida que la “fuente” utilizada no corrigiera sus registros, no podrían llegar a considerarse falsos o inexactos los datos archivados en el banco o base destinados a proporcionar informes, por lo que el banco de datos no debería modificar sus informes. En conclusión, resulta reprobable el criterio que considera procedente la defensa de falta de legitimación pasiva de los archivos requeridos, cuando los datos cuestionados se compadecen con los obrantes en una “fuente” o “archivo” del que fueron colectados o extraídos, dado que ello implica la posibilidad de soslayar la realidad y las obligaciones atinentes a la exigencia de la preservación de la “calidad” de los datos que son sometidos a tratamiento⁴⁹.

No es posible obviar que, usualmente, los titulares de estas bases, archivos o registros, recopilan y tratan, en su propio interés, datos que a su vez pueden haber sido recopilados y tratados por terceros. Esta circunstancia no los exime de preservar la “calidad” de los datos que almacenan y tratan.

La jurisprudencia ha dicho que no basta con que los datos emitidos por las empresas que comercializan con la información hayan sido veraces, sino que también deben ser actuales, para ello deben chequear y verificar la información en forma periódica. Es deber de la empresa que lucra con la emisión de informes instrumentar las medidas necesarias para que la información suministrada se ajuste a la realidad o soportar sus consecuencias⁵⁰, sin que sean los propios titulares de los datos quienes deban aportar los datos pertinentes y cargar con la prueba del error⁵¹.

⁴⁸ “La liberación no se encuentra en el hecho de otro... ese tercero, ese otro, debe ser un *extraño*” (Mosset Iturraspe, en Mosset Iturraspe - Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil”, p. 132).

⁴⁹ Peyrano, *El principio de la “calidad” de los datos en la ley 25.326 de protección de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/008426 o 0003/008505; Peyrano, *Factor de atribución de responsabilidad por daños ocasionados en el tratamiento de datos de carácter personal*, LEXIS, 0003/012683 o 0003/012684.

⁵⁰ CNCiv, Sala F, 6/2/02, “Ravina, Arturo O. c/Organización Veraz SA”.

⁵¹ CNCiv, Sala F, 6/2/02, “Ravina, Arturo O. c/Organización Veraz SA”; CNCiv, Sala K, 22/10/02, “Gutiérrez, Vicente J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”.

5. Conclusiones

El tema de los bancos de datos dista de ser sencillo. Es evidente que se ha avanzado mucho en el tema, incluyendo el de los daños por informes comerciales erróneos, pero también es evidente que queda aún mucho que hacer. Por ser un tema que tiene una íntima relación con la informática es que debemos tener en cuenta que debe estar en constante actualización para seguir guardando relación con la realidad; ya es sabido por todos que el mundo de la informática se desenvuelve a pasos cada vez más veloces.

Los legisladores deben dictar leyes más específicas en lo relativo a los daños producidos por los bancos de datos y su consiguiente indemnización. Debe hacerse mayor hincapié en lo relativo a la prevención de daños causados por bancos de datos. No debe perderse de vista que la mayoría de las personas que se informan en las bases de datos distan de ser comerciantes profesionales, por lo que existe una gran disparidad entre los bancos de datos y los titulares de los datos que manejan. Debe brindarse una protección mayor a quienes resultan ser la parte débil de la ecuación.

Es necesaria una articulación de las distintas normas que guardan relación aunque más no sea en forma indirecta con el tema. No se debe pretender derogar leyes entre sí, máxime cuando éstas restringen las facultades de los bancos de datos. La ley 25.326 ha demostrado que resulta insuficiente en cuanto a la protección de los titulares de la información, y aún más en lo relativo a la reparación de los daños sufridos por éstos.

Es tarea de nuestros jueces proteger a las personas que se encuentran en una situación desfavorable de posibles abusos. Los jueces deben tomar conciencia del hecho de que las empresas que lucran con la información deben rever su situación. Debe considerarse la actitud despreocupada de las mismas hacia los titulares de los datos erróneos. No son pocas las oportunidades en que desoyen los reclamos de éstos, o dan respuestas evasivas o falaces.

Es indispensable que se sancione a los bancos de datos que contengan informes incorrectos que además no cuentan con el consentimiento del titular de los datos, sin dejar que evadan su responsabilidad alegando que ellos recibieron los datos del BCRA o de los bancos comerciales, ya que la ley 23.326 es muy clara en su articulado y encuentra su asidero y punto de apoyo en el art. 43 de la Const. nacional (además de otros derechos y garantías reconocidos explícita e implícitamente por la misma y por algunos de los pactos y convenciones que recepta en su art. 75, inc. 22)⁵².

Es importante que no perdamos de vista que con el daño producido por los bancos de datos a sus titulares, se están afectando derechos personalísimos íntimamente relacionados con la dignidad y el honor de la persona humana. Debe castigarse a quien con ánimo de lucro avasalla los derechos de quien resulta la parte más débil de este conflicto y a su vez es titular de derechos fundamentales y con

⁵² Serrano Alou, *Responsabilidad por información comercial errónea*, Zeus, 001078.

primacía en nuestro ordenamiento jurídico. Deben prevalecer los derechos humanos sobre el interés de lucro⁵³.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.



⁵³ Serrano Alou, *Responsabilidad por información comercial errónea*, Zeus, 001078.