

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**La diligencia ordinaria en los contratos electrónicos a
propósito de los supuestos de *phishing***

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el
título de Abogado**

Autor:

Saúl José Coca Guzmán

Asesor:

Gilberto Mendoza del Maestro

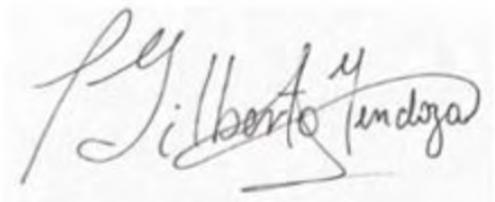
Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Gilberto MENDOZA DEL MAESTRO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del trabajo de suficiencia profesional titulado “La diligencia ordinaria en los contratos electrónicos a propósito de los supuestos de phishing”, del/de la autor(a) Saúl José COCA GUZMAN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/02/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de suficiencia profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 10 de abril del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: MENDOZA DEL MAESTRO, GILBERTO	
DNI: 40856192	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9549-9283	

RESUMEN

El presente informe tiene como objetivo determinar cuándo es que se incurre en culpa inexcusable o negligencia grave en los contratos electrónicos a propósito de los supuestos de *phishing*. Para lograr tal cometido fue necesario analizar junto a la culpa inexcusable otros conceptos como la culpa leve, culpa levísima, buena fe, la diligencia ordinaria y el deber de información. Asimismo, al tratarse de un caso de responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) fue necesario realizar el juicio de responsabilidad a efectos de determinar un eventual daño. Nos referimos al análisis material (antijuridicidad, daño, nexo causal) y al análisis de imputabilidad (criterios de imputación). Teniendo en cuenta que el incumplimiento de los contratos celebrados en la vida social o de relación pueden ventilarse no solo en la vía civil sino también en la vía penal (estafa) y vía administrativa (infracción del deber de información). Es que decidimos ampliar nuestra investigación al derecho de los consumidores lo que ameritó no solo escudriñar las normas propias del Código Civil peruano de 1984 sino también el Código de Protección y Defensa de los consumidores. Finalmente, luego de hacer un apretado análisis doctrinario legislativo y jurisprudencial fue que llegamos a la conclusión de que a pesar que las relaciones civiles y de consumo partan de supuestos distintos (una igualdad material de un lado y una asimetría informativa por el otro), los conceptos de diligencia ordinaria y deber de información tienen el mismo alcance en ambas sedes.

Palabras clave

Diligencia ordinaria, buena fe, deber de información, culpa inexcusable, negligencia grave

ABSTRACT

The objective of this report is to determine when inexcusable fault or gross negligence is incurred in electronic contracts regarding the assumptions of phishing. To achieve this task, it was necessary to analyze, together with inexcusable fault, other concepts such as slight fault, very sli

ght fault, good faith, ordinary diligence and the duty of information. Also, as it is a case of liability for non-performance of obligations (contractual) it was necessary to carry out a liability trial in order to determine possible damage. We are referring to the material analysis (unlawfulness, damage, causal link) and the imputability analysis (imputation criteria). Bearing in mind that breach of contracts entered into in social or relationship life can be dealt with not only in civil proceedings but also in criminal proceedings (fraud) and administrative proceedings (violation of the duty to inform). It is that we decided to expand our investigation to the right of consumers, which merited not only scrutinizing the norms of the Peruvian Civil Code of 1984 but also the Code of Protection and Defense of consumers. Finally, after making a tight legislative and jurisprudential doctrinal analysis, we came to the conclusion that despite the fact that civil and consumer relations start from different assumptions (material equality on the one hand and informational asymmetry on the other), the concepts of ordinary diligence and duty of information have the same scope in both venues.

Keywords

Ordinary diligence, good faith, duty of information, inexcusable fault, gross negligence



I. INTRODUCCIÓN p.6

1. Justificación de la elección de la resolución p. 6

2. Presentación del caso p. 7

2.1. Breve descripción del caso p. 7

2.2. Resumen del planteamiento de los problemas principal y secundarios p. 8

2.3. Breve descripción de la posición del candidato/a sobre dichos problemas p. 9

2.4. Principales instrumentos normativos empleados (legislación, jurisprudencia, doctrina p. 9

2.5. Conclusiones más relevantes arribadas en el análisis p. 10

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES p. 11

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS p. 15

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A p. 16

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS p. 17

VI. CONCLUSIONES p. 32

VII. BIBLIOGRAFÍA p. 35

Cuadro de datos principales del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Casación 956-2017 Lambayeque
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Civil - Indemnización por daños y perjuicios
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	
Demandante / Denunciante	Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima
Demandado / Denunciado	Banco Continental Sucursal de Chiclayo
Instancia administrativa o jurisdiccional	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Terceros	Tomás Alberto Pesaque Benavides
Otros	Deber de información a cargo de los prestadores de bienes y servicios y el <i>phishing</i> o suplantación de identidad

I. INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución

Escogí la siguiente Casación por varios motivos. Uno de ellos es que civil es el área por la que mayor interés tengo, el segundo motivo es laboral ya que los temas civiles son parte de mi día a día, el tercero es el especial interés que tengo por la responsabilidad civil, la cual se traduce en la reparación (o como la llama el Código la indemnización) de los daños causados en la esfera de otro exista un vínculo jurídico o no. Por último, la transversalidad de las indemnizaciones en todo el derecho. Es así que existen daños causados en los ámbitos laboral, de competencia desleal, libre competencia, tributario, procesal, etc. En el presente caso me interesa abordar y conocer hasta dónde se extiende la diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a cada una de las partes en los contratos electrónicos a propósitos de los supuestos de *phishing*, el rol de la buena fe, el deber de información, los conceptos de culpa, negligencia y la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil. Y para profundizar un poco más la presente investigación decidí también indagar los alcances del standard de consumidor razonable y el deber de información en el derecho de los consumidores a efectos de saber si hay una equivalencia o no con los conceptos civiles.

2. Presentación del caso

2.1. Breve descripción del caso

En el presente caso una Empresa de transportes suscribe dos contratos con un Banco para la adquisición del **Servicio Continet**¹ con el objetivo de proteger sus cuentas bancarias. No obstante, a pesar del servicio brindado, posteriormente una banda criminal logra extraer una suma cuantiosa de dinero. La parte demandante alega que el Banco incurrió en **culpa inexcusable** o **negligencia grave** al no haberle brindado ni las recomendaciones ni las medidas de seguridad necesarias para evitar **fraudes**

¹ En la página web del BBVA se encontró la siguiente información relacionada al servicio BBVA Net Cash (antiguo servicio Continet) <https://www.bbva.pe/empresas/servicios-digitales/net-cash.html>

¿Qué es el servicio BBVA Net Cash?

En la actualidad el **BBVA Net Cash** es la banca por internet encargada de gestionar la tesorería de las empresas de manera ágil y sencilla sin la necesidad de ir al banco.

¿Cuáles son los requisitos?

Para poder obtener el servicio de **Net Cash** es necesario tener contratado el servicio **BBVA Net Cash** en cualquiera de sus versiones: Negocios, Empresas o Premium.

¿Cuáles son sus beneficios?

- **Seguridad:**

Al contratar el servicio cuentas con una clave para acceder y otra para confirmar tus operaciones, para que el servicio brindado sea más seguro.

Además, puedes activar su código **Token Digital** para autorizar tus operaciones de manera automática desde tu celular.

- **Accesibilidad:**

Al ser un servicio que se encuentra en los celulares lo hace de fácil navegación y permite acceder a ella desde cualquier parte del mundo, con el único requisito que tenga internet.

- **Disponibilidad:**

Al ser un aplicativo móvil todos los usuarios pueden acceder al servicio las 24 horas todos los días del año.

Herramientas de Net Cash:

- Realizar tus operaciones en línea sin movilizar dinero ni ir al banco.
- Estar siempre informado del estado de tus cuentas en línea.
- Realizar transferencias 24x7 todos los días del año.
- Realizar todas tus operaciones con total seguridad.
- Cambiar dólares con total seguridad y disponible 24 x 7.
- Visualizar el estado de tus transferencias al exterior.

electrónicos² (*phishing*³ o suplantación de identidad), mientras que la parte demandada se defiende manifestando que sí se le otorgaron las recomendaciones y medidas de seguridad necesarias pero que estas no fueron seguidas al pie de la letra por la parte demandante.

2.2. Resumen del planteamiento de los problemas principal y secundarios

Del caso se desprende como **problema principal** establecer si el Banco incurrió en culpa grave o negligencia inexcusable en el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, como **problemas secundarios** determinar si el Banco cumplió con su deber de información y con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe y de la misma forma si la Empresa cumplió con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe.

En el ámbito del derecho de consumidor⁴ establecer, por un lado, si el Banco cumplió con su deber de información como proveedor de bienes y servicios y del otro si la Empresa cumplió con el standard de consumidor razonable, ambos en el marco de una relación de consumo.

² Según Frano Capeta, profesor de la universidad ESAN, el fraude está inmerso en todo orden de cosas, por tanto, no es una sorpresa que estas actividades delictivas deriven al uso de los medios electrónicos. El fraude electrónico es pues una actividad delincuencia que se vale del uso de internet y, valgan verdades, de un poco de la complicidad de los propios usuarios". <https://www.elperuano.pe/noticia/191907-los-fraudes-electronicos-no-son-actos-de-magia>

³ Expresa el coronel PNP Erick Ángeles, jefe de la DIVINDAT (División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología) que, a través del *phishing*, los ciberdelincuentes engañan a los usuarios con páginas falsas que simulan ser los sitios web de bancos o entidades financieras es los que las víctimas registran sus datos personales y, con esa información, las organizaciones criminales realizan transferencias sin su autorización. <https://elperuano.pe/noticia/121876-ciberdelitos-en-el-peru-se-elevan-denuncias-de-fraude-informatico-y-suplantacion-de-identidad>

⁴ El deber de información y el standard de consumidor razonable son conceptos que decidimos abordar para ampliar nuestra investigación lo cual no implica que en el presente caso se haya configurado necesariamente una relación de consumo.

2.3. Breve descripción de la posición del candidato/a sobre dichos problemas

Para nosotros queda más que claro que el Banco cumplió con su **deber de información** al brindarle a la Empresa las recomendaciones y medidas de seguridad necesarias en su debido momento para evitar posibles **fraudes electrónicos** (*phishing* o suplantación de identidad). En cambio, la Empresa fue negligente al no seguir dichas recomendaciones y medidas de seguridad que la parte demandada le facilitó. En consecuencia, el Banco actuó diligentemente y de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones y por tanto resulta exento de responsabilidad civil.

2.4. Principales instrumentos normativos empleados (legislación, jurisprudencia, doctrina)

Para resolver los problemas identificados en la sección anterior qué duda cabe se precisará del **Código Civil peruano de 1984**, casaciones en materia de indemnización de daños y perjuicios, doctrina nacional como aquella expuesta en el Código Civil Comentado peruano, artículos y libros de autores nacionales como de los doctores Mario Castillo Freyre, Felipe Osterling Parodi, Yuri Vega Mere, Max Arias Schreiber Pezet, Américo Hidalgo Gómez, etc. Respecto a la doctrina extranjera: Los “*elementi di diritto civile*” de Guido Alpa y Mario Bessone y un artículo relacionado a la buena fe del profesor brasileño Eduardo Tomasevicius Filho,

Asimismo, consideramos pertinente recurrir al **Código de Protección y Defensa del consumidor**, a algunas resoluciones del INDECOPI y a los artículos y libros de los doctores Alfredo Bullard González, Juan Espinoza Espinoza y Jorge Durand Carrión en lo referente al deber de información correspondiente a los proveedores de bienes y

servicios y al standard de consumidor razonable, ambos en el marco de una relación de consumo.

2.5. Conclusiones más relevantes arribadas en el análisis

La conclusión más relevante arribada fue la exoneración del Banco como responsable civil luego de haberse efectuado el siguiente **análisis material y de imputabilidad**:

Análisis material (causante del daño)

Antijuridicidad: La acción de sustraer dinero ajeno almacenado en las cuentas de un banco califica de antijurídica. Sin embargo, en el propio caso se advierte que al encontrarse un responsable penal se excluye de antijuridicidad a la acción civil. Para los partidarios de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil sería innecesario, en el caso concreto, seguir con el análisis de los otros elementos, ya que el imputado es exonerado de toda responsabilidad existente, empero consideramos pertinente seguir con el análisis del daño, nexo causal y especialmente de los criterios de imputación debido a su trascendencia en el campo de la responsabilidad civil.

Daño: Los US\$ 125. 000. 00 extraídos de la cuenta del demandante constituyen un daño de orden patrimonial (daño emergente). Sin embargo, en el caso se advierte que no fueron acreditados.

Nexo causal: El causante del daño antijurídico no fue el Banco sino un tercero integrante de una banda criminal llamado Tomás Alberto Pesaque Benavides. Lo cual constituye un hecho determinante de tercero y en consecuencia un supuesto de ruptura del nexo causal. También podría alegarse que fue la propia imprudencia de la víctima la que facilitó la sustracción del dinero de sus cuentas por parte de terceros.

Análisis de imputabilidad (responsable del daño)

Criterios de imputación: El Banco actuó con la diligencia ordinaria requerida (al brindar las recomendaciones y medidas de seguridad) en su debido momento por tanto no se le puede imputar daño alguno.

La Empresa fue la negligente al no seguir las recomendaciones y medidas de seguridad que el Banco le facilitó en su debido momento en caso de **fraudes electrónicos** (*phishing* o suplantación de identidad, Por tanto, la culpa inexcusable o negligencia grave corresponde a la parte demandante y no a la demandada.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

2003 - La Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima (Empresa) solicitó al Banco Continental de la ciudad de Chiclayo (Banco) el **Servicio Continet**. Por tal motivo el 25/06 se firmó un primer contrato de Continet Empresas, luego en el mes de diciembre se suscribió un segundo contrato a cambio de una contraprestación.

Dentro de las cláusulas de dichos contratos se estableció que el Banco no aceptaría operaciones solicitadas a través del **Sistema Continet Empresas** que sean ordenadas por usuarios que no cuenten con las respectivas facultades registradas en sus archivos o que las excedan de cualquier forma o monto y que además el cliente asumiría la entera responsabilidad de todas y cada una de las operaciones que realicen con sus cuentas usando el **Sistema Continet** mediante el código de empresas, los códigos de usuarios y las contraseñas que les hayan sido asignadas directamente en el sistema.

2008 – El presidente del directorio y director gerente de la Empresa al regresar de su viaje de Brasil verificó al ingresar a las cuentas corrientes de la Empresa que con fechas 8 y 9 de agosto había sido sustraída la suma ascendente a US\$. 125, 000. 00.

2. Hechos relevantes del caso

Posiciones de las partes en el proceso judicial

Fundamentos de la demandante

La Empresa interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones contra el Banco pretendiendo el pago de US\$. 300, 000. 00 por los conceptos de lucro cesante y daño emergente, así como los intereses legales desde la fecha del acaecimiento del daño más costas y costos del proceso.

La Empresa indica que el Banco, como prestador de un servicio, debió recomendar y brindar las medidas de seguridad necesarias para evitar **fraudes electrónicos** ya que las

operaciones realizadas no habían sido autorizadas por el director gerente de la empresa y por tal razón el Banco, conforme a lo establecido en el artículo 1319 del Código Civil, habría incurrido en culpa inexcusable o negligencia grave.

Fundamentos de la demandada

Señala que corresponde a los usuarios la obligación realizar sus transacciones de acuerdo a las reglas mínimas de seguridad a efectos de evitar el fraude electrónico. Reglas que le fueron brindadas a la parte demandante en su debido momento.

Pronunciamientos judiciales

Primera instancia judicial

2014 – El 29 de abril se declara infundada la demanda ya que la propia demandante había adjuntado los **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet** corroborando lo dicho por la Empresa en su contestación. En segundo lugar, **el expediente penal 7061-2008** concluyó que el Banco no tenía ninguna responsabilidad penal en la modalidad de hurto agravado⁵, sino que

⁵ **Artículo 185.- Hurto simple**

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos o sus productos derivados, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

Artículo 186. Hurto agravado

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

dicha responsabilidad recaía sobre un tercero integrante de una banda criminal. En tercer lugar, la Empresa no había acreditado la sustracción del dinero, el daño emergente ni el lucro cesante.

1. Durante la noche.

2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.

3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.

4. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.

5. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. En inmueble habitado.

2. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

6. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.

7. Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.

8. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima.

9. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

10. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones.

11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

12. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.

Sentencia de vista

Se confirma la sentencia apelada concluyéndose que el Banco sí le había proporcionado la información debida a la Empresa para evitar los **fraudes electrónicos** (*phishing* y suplantación de identidad).

Recurso de casación

El recurso de casación resultó infundado en virtud de que las instancias de mérito expresaron las razones fácticas y jurídicas concluyendo que la demanda de daños y perjuicios debía ser declarada infundada.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

¿Incurrió el Banco en culpa grave o negligencia inexcusable en el cumplimiento de sus obligaciones?

2. Problemas secundarios

¿Cumplió el Banco con su deber de información y con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe?

¿Cumplió la Empresa con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe?

3. Preguntas extras

¿Cumplió con el Banco con su deber de información como proveedor de bienes y servicios en el marco d una relación de consumo?

¿Cumplió la Empresa con el standard de consumidor razonable en el marco de una relación de consumo?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

No, el Banco no incurrió en culpa grave o negligencia inexcusable en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sí, el Banco cumplió con su deber de información y con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe.

No, la Empresa no cumplió con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe.

1.1 Respuestas preliminares a las preguntas extras

Sí, el Banco cumplió con su deber de información como proveedor de bienes o servicios en el marco de una relación de consumo.

No, la empresa no cumplió con el standard de consumidor razonable en el marco de una relación de consumo.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Nosotros nos encontramos a favor del fallo principal de la Casación en virtud de que el Banco cumplió con el deber de información a su cargo y con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe. Siendo más bien el comportamiento negligente atribuible a la Empresa demandante al no seguir las recomendaciones y medidas de seguridad necesarias para evitar los fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad) que la parte demandada le facilitó en su debido momento.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Análisis de los principales problemas jurídicos

Comencemos primero por definir el concepto de **culpa** de manera general:

La jurisprudencia italiana ha esclarecido el significado de **culpa**. Culpa es cualquier forma de imprudencia, negligencia, impericia que el dañante ha cometido en el cumplimiento del acto o actividad de la cual se deriva el daño. La **responsabilidad por culpa** informa al agente en modo negativo, en el sentido que él responde por no haber fundado su conducta en el uso de aquellos cuidados y de aquellas cautelas que toda persona está obligada a adoptar en las relaciones ordinarias de la vida (Cass, 1972, n. 3462).

Aquí observamos que la **culpa** es, en líneas generales, la violación de un deber de cuidado o de atención, imputable a un agente, que ha causado un daño a otro en el desarrollo de su vida ordinaria o social.

Asimismo, en nuestro ordenamiento y en el derecho comparado la culpa admite distintos tipos de grados. Siendo estos: la **culpa leve** y la **culpa inexcusable**.

Respecto a la **culpa leve** el artículo 1320 de nuestro Código Civil peruano (en adelante CC) señala:

Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El agente incurre por tanto en **culpa** si resulta que, en las mismas circunstancias, un individuo dotado de *diligencia media* se hubiere comportado diversamente, y no habría generado el daño, o lo hubiere previsto y lo hubiere prevenido. La *previsibilidad* del evento es por tanto solo uno de los criterios con los cuales apreciar el comportamiento del dañante (Alpa y Bessone, 1990, 392).

Según una doctrina nacional, la **diligencia ordinaria** constituye la contraparte de la **culpa leve**. Ciertamente observamos cómo es que la noción de culpa leve, que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar la responsabilidad civil. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que se decantó el legislador. La Exposición de Motivos del Código Civil así lo establece:

Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación a su cargo, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por él, obedece a su propia imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, empero, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, la cual constituye la **culpa leve**, ya que, en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de **culpa inexcusable** (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2009, 825).

Efectivamente, la **culpa leve** constituye el criterio más favorable al deudor y consiste en la falta a un deber de cuidado o atención de nivel medio, es decir, la **diligencia ordinaria**, que tiene como contrapartida a la culpa leve y que se presume ante el incumplimiento de la obligación.

En lo atinente a la **culpa inexcusable** el artículo 1319 CC expresa:

Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Para una doctrina nacional, el caso de la negligencia grave o culpa inexcusable en materia de seguros, ocurre cuando no se despliega la diligencia mínima. De manera que la desatención es sobre los más elementales deberes que debe guardar un consumidor razonable. En cambio, media culpa leve, cuando se omite realizar los cuidados normales y ordinarios (Hidalgo Gómez, 2018).

En otras palabras, si su desatención fue sobre los más elementales deberes, esto es, si su descuido vulnera los deberes de orden básico, la negligencia se califica de grave. Un médico cirujano que olvida las gasas al interior de su paciente evidencia una actitud inexcusable de omisión de los cuidados más primordiales o elementales. Un galeno que aplica una medicina sin revisar previamente la fecha de caducidad o expiración de la misma no observa los principios básicos de su actividad profesional, etc. (Vega Mere, 2020, 846).

Separadamente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se encuentra en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples circunstancias, como se sabe, la línea divisoria entre el incumplimiento doloso y el que

obedece a culpa inexcusable, es lo suficientemente tenue como para que el Derecho haya considerado irrelevante —en materia de consecuencias jurídicas— que el incumplimiento de la obligación provenga de una causa o de otra. La culpa inexcusable es un grado de culpa tan grave que el Derecho le asigna las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso en materia de obligaciones (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008, 851).

En suma, la **culpa inexcusable** constituye la falta a un deber de cuidado o atención mínimo, elemental o básico que tiene como contrapartida a la **negligencia grave** y que además debe ser probado por quien lo alega.

Algunas veces la propia norma se encargará de establecer qué supuestos de incumplimiento involucran una culpa inexcusable o dolo. Así el artículo 509 del Código Procesal Civil peruano (en adelante CPC) respecto a la responsabilidad civil de los jueces establece:

El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es **dolosa** si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en **culpa inexcusable** cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

Habiendo ya definido a la culpa y a sus graduaciones (culpa leve y culpa grave) estamos en la posibilidad de dar respuesta al problema principal: **¿Incurrió el Banco en culpa grave o negligencia inexcusable en el cumplimiento de sus obligaciones?**

No, ya que el Banco recomendó y brindó las medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad). Las cuales consistieron en los denominados **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet** adjuntados por la propia parte demandante. Por tanto, la culpa inexcusable o negligencia grave (o imprudencia de la propia víctima) corresponde a la parte demandante al no haber seguido tales medidas de seguridad señaladas.

2. Análisis de los problemas secundarios

2.1. Análisis del deber de información y de aquellas obligaciones derivadas de la buena fe del banco

Entendemos, *prima facie*, a la buena fe como un principio general del derecho y como un método de interpretación de los negocios jurídicos. En ese sentido, para poder entender a cabalidad a dicha institución analizaremos, sucintamente, al artículo 1362 al que consideramos pertinentes para absolver los problemas secundarios:

De acuerdo con el artículo 1362:

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las **reglas de la buena fe** y común intención de las partes.

¿Qué debemos entender entonces por buena fe?

La doctrina casi unánimemente sustenta la distinción, entre una **buena fe subjetiva**, consistente en el estado de ignorancia legítima de una persona; y una **buena fe objetiva**, consistente en un comportamiento correcto. En otras palabras, la distinción estriba entre un “estar de buena fe” y “actuar de buena fe”. Sin embargo, esa distinción no resiste ningún análisis porque toda buena fe es necesariamente objetiva (Tomasevicius Filho, 2013, 312).

Basta observar que la alegación de desconocimiento solo es aceptada en cualquier ordenamiento jurídico siempre y cuando la persona no supiese –o no habría tenido información relevante acerca del hecho–, pero también cuando no tenía como saber de ese hecho, lo que se comprueba mediante las posibilidades de la persona de buscar esa información y no haberla conseguido debido a los elevados costos de transacción. Solamente después de haber actuado correctamente, esto es, haber procurado la información, es que se puede alegar la buena fe. De lo contrario, esa alegación de estar de buena fe resulta un odioso ejemplo de un comportamiento de mala fe (Ídem).

Por tanto, los actos jurídicos, por ende, contratos, deberán de negociarse, celebrarse y ejecutarse según el principio (o reglas) de la buena fe, es decir, las partes quedarán a obligadas, a lo largo del íter contractual, a brindarse toda la información esencial posible y colaborar la una con la otra con miras a satisfacer las necesidades que las hizo vincularse en un inicio.

En nuestro Código Civil, a lo largo de varios de sus libros, se hace mención a la buena fe por lo que se puede inferir que la intención del legislador haya sido que la buena fe sea elevada a la categoría de principio orientador que los sujetos de derechos deban seguir en las relaciones jurídicas que establezcan los unos con los otros.

Habiendo ya definido al concepto de buena fe y establecido su obligatoria observancia en la negociación, celebración y ejecución de los actos jurídicos, por ende contratos, estamos en la posibilidad de dar respuesta al problema secundario: **¿Cumplió el Banco con su deber de información y aquellas obligaciones derivadas de la buena fe?**

Sí, ya que el Banco recomendó y brindó las medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad). Las cuales consistieron en los denominados **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet** adjuntados por la propia parte demandante. Por tanto, el Banco actuó con buena fe.

¿Cumplió la Empresa con aquellas obligaciones derivadas de la buena fe?

No, ya que a pesar de haber recibido las recomendaciones y medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad), es decir, los **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet**, actuó de mala fe al imputarle negligencia grave a su contraparte contractual, o sea el Banco.

3. Análisis del comportamiento de un consumidor razonable y del deber de información del proveedor⁶

⁶ Nuevamente indicamos que el análisis de los conceptos de consumidor razonable y del deber de información del proveedor es con fines de investigación secundaria al tema materia del presente informe sin que ello implique necesariamente que se haya configurado una relación de consumo en el presente caso.

El artículo 29 de la Ley de Protección y Defensa del Consumidor (LPDC) respecto a los criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad de los productos y servicios señala en su inciso e:

Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la **diligencia ordinaria** según las circunstancias del caso. Debe, por tanto, descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose, por el contrario, términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.

¿Es esta diligencia ordinaria equivalente a la diligencia ordinaria, normal o media del CC?

Prima facie podríamos decir que no ya que lo que se ha venido desarrollado jurisprudencialmente es el concepto del **consumidor razonable**, categoría jurídica traída del *common law*.

En palabras de Cooter y Ulen:

El hombre razonable está siempre pensando en el resto; la **prudencia** es su guía y la **seguridad primero** la regla de su vida. Es alguien que mira fijamente hacia donde se dirige y tiene precaución de examinar el terreno inmediato antes de dar un salto o un giro; no boba ni se extravía en la meditación cuando se acerca a las puertas de las trampas o a la orilla de un muelle; todo el tiempo registra en los talones de los cheques cuantos detalles sean convenientes; nunca sube a un autobús en movimiento; no baja de un carro mientras el tren se encuentra en movimiento; indaga exhaustivamente la buena fe de cada mendigo antes de repartir limosnas y se informa de los antecedentes y los hábitos de un can antes de acariciarlo, no cree en chismes; ni los repite a menos que tenga una base sólida para creer que son verídicos; nunca golpea una bola antes de que quienes estén en frente hayan dejado completamente el hoyo que es su propio fin; jamás solicita en demasía a su esposa, sus vecinos, sus sirvientes, su buey o su asno; en sus negocios solo busca ese margen

de ganancia nimio que doce hombres como él hallarían justo; y observa a sus colegas comerciantes, sus agentes y sus bienes con ese grado de suspicacia y desconfianza que el derecho considera encomiable; jamás lanza maldiciones ni apuesta en juegos de azar, ni pierde el control; siempre se comporta con moderación, y aún cuando esté flagelando a su hijo piensa en el justo medio; es una escultura en nuestros tribunales, en vano llamando a sus congéneres para que ordenen sus vidas de acuerdo con su arquetipo" (Durand, 2008, 324).

Desde nuestro punto de vista, el consumidor razonable del *common law* es equivalente a “un muy padre de familia” que consiste, según las legislaciones comparadas que lo receptaron, siguiendo a Osterling, en no tener, en el cumplimiento de las obligaciones, el cuidado que las personas extremadamente atentas y precavidas tienen en sus negocios. Se opone, pues, a la simple diligencia o cuidado. Es la falta de aquella minuciosa diligencia (34-35).

Siguiendo a Alfredo Bullard mencionaremos algunos casos que, según el autor, muestran el dilema entre un consumidor razonable y uno ordinario:

- Un adulto se embriaga en una fiesta. Al salir, cometió la estupidez de conducir su auto y tuvo un accidente que lo llevó a la muerte. Se demandó a distintas personas incluyendo a su novia y al dueño de la casa por no haberle impedido que condujera, a la madre de su novia por ser dueña del auto y a Coors Brewing Co. por haberle vendido la cerveza que bebió.
- Una mujer rechoncha, fumadora obstinada, con presión y colesterol altos y antecedentes familiares de enfermedades coronarias demandó a su galeno por un millón de dólares por no haberla conminado a abandonar sus malos hábitos.
- Una anciana acostumbraba a secar a su minino, luego de bañarlo, colocándolo en su horno de gas a muy baja temperatura (lo que es de por sí, bastante irresponsable). Un día su yerno le obsequió un horno microondas y no tuvo mejor idea que meter a su gato dentro y encenderlo “bajito”. El

pobre gato falleció horripilantemente. El desenlace no se hizo esperar: el fabricante del horno fue demandado por no haberle advertido.

- Unos fabricantes de andadores enfrentaron un sinnúmero de demandas cuando niños se caían por las escaleras mientras se desplazaban en sus andadores. Evidentemente los niños se caerían por las escaleras no algún desperfecto de los andadores, sino porque sus padres cometieron la negligencia de no vigilarlos cuando estaban próximos a las escaleras.

Algunos de estos casos son verídicos, otros leyendas urbanas, no obstante en cualquier caso reflejan que muchas veces los consumidores cometen descuidos de los que los proveedores son hallados responsables. El standard de consumidor razonable trata de evitar, según el citado autor, que tales torpezas acontezcan. ¿Qué pasaría si utilizáramos un standard de consumidor ordinario? Pues, si los consumidores suelen abrir el café hirviendo entre sus piernas, hacen caso omiso a los consejos de los médicos sobre dejar de fumar o comer alimentos chatarra, manejan ebrios, secan gatos en microondas o descuidan a sus hijos en andadores cerca de las escaleras, podrían invocar protección jurídica, haciendo responsables de sus actos propios a los proveedores de los bienes o servicios involucrados (Bullard, 2019, 278-279).

Discrepamos de la opinión vertida por el jurista peruano. Todos los casos previamente mencionados no son nada más ni nada menos que supuestos de culpa inexcusable, negligencia grave, dolo o incluso la imprudencia de la propia víctima previstos en la legislación civil los cuales hacen responsables a los consumidores de sus propios actos.

Por tanto, colegimos que la diligencia ordinaria prevista en el CPDC es la misma diligencia ordinaria (media, normal o del buen padre de familia) recogida en el Código Civil. Establecer lo contrario, es decir imponer el standard de conducta del consumidor razonable del *common law* en sede nacional sería imponerle al consumidor peruano el

standard de conducta más gravoso que el derecho civil ha previsto, el de la culpa levísima (muy buen padre de familia), es decir, se exigiría al consumidor un deber de cuidado o atención propio de las personas más esmeradas, preocupadas y avispadadas existentes en el mercado. Otra solución que proponemos es entender el standard de consumidor razonable a la peruana, es decir, equiparar el consumidor razonable a aquel sujeto de derecho que utiliza la diligencia ordinaria propia del derecho civil como veremos a continuación.

Citaré algunos ejemplos tomados de un autor nacional: El que se informa adecuadamente antes de hacer una adquisición (no solo respecto de las cualidades del producto o del servicio, sino igualmente de otros aspectos como su periodo de garantía). Aquel que lee las fechas de vencimiento de los alimentos y medicamentos, asimismo su posología y contraindicaciones. El que lee los contratos antes de firmarlos, el que exige un comprobante de pago o factura por la adquisición de un bien o servicio, el paciente que pregunta al galeno qué tipo de anestesia se le piensa aplicar en una intervención, el consumidor alérgico que lee los ingredientes del alimento o cosmético antes de comprarlo para evitar una reacción adversa, el que va a un restaurante, sabe que es alérgico a un alimento determinado y le informa al mozo de ello para la preparación de su plato, el que no adquiere productos o servicios de origen ilícito. ¿Cuál es el común denominador en estos casos? El parámetro medio de diligencia: estar en una posición equidistante entre un consumidor particularmente acucioso y otro descuidado (Espinoza, 2021, 107).

Todos los ejemplos previamente mencionados calzan dentro del standard de conducta de la diligencia ordinaria (normal, media, buen padre de familia) previsto en el artículo 1314 del CC:

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Hay que tener en consideración que la diligencia ordinaria involucra del análisis de elementos subjetivos (personas) y objetivos (naturaleza de la obligación, tiempo y lugar).

Así lo contempla el art 1320 del CC:

Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Es esta diligencia ordinaria empleada por el hombre promedio aunada a sus elementos subjetivos y objetivos la que se le impondrá tanto a los sujetos de una relación jurídica de naturaleza civil como de consumo.

Los Lineamientos sobre Protección al Consumidor aprobados por la Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución N. 00-2001-LIN-CPC/INDECOPI, del 7 de junio del 2001, establecen lo siguiente:

Este standard no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado. El fundamento de este criterio de interpretación radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad. Para que el mercado funcione adecuadamente, es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, de acuerdo al principio de buena fe. De la misma manera como el derecho común solo protege la actuación responsable, el derecho de los consumidores solo debe proteger a los consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo (Espinoza, 2020, 108-109).

Advertimos que al lado de diligencia ordinaria está presente el principio de la buena en su sentido objetivo, es decir el comportamiento que tienen que seguir los consumidores en el marco de una relación de consumo. Y de la misma forma que ocurre en materia civil, la buena fe objetiva quedará incorporada dentro de un concepto mucho más amplio como el de diligencia ordinaria, entendiéndese este como un deber de atención o cuidado (standard de conducta).

Ahora bien, el parámetro del consumidor razonable descansa en el deber de información del proveedor en darle a conocer aquellos datos que son relevantes para la elección de consumo. Es en este sentido que la Resolución N. 102-97-TDC/INDECOPI, del 16 de abril de 1997, en la cual la Sala de Defensa de la Competencia confirma la Resolución N. 1 de la Comisión de Protección al Consumidor, de fecha 16 de diciembre de 1996, estableció un precedente de observancia obligatoria. Por ejemplo, si el anestesista no informa adecuadamente los efectos y peligros de la anestesia epidural y la total, puede que el consumidor-paciente tome una decisión equivocada (Espinoza, 2021, 109).

Nos preguntamos entonces si ¿existe en la vía civil algún deber de información?

La respuesta es un rotundo sí y se presenta tanto de forma expresa como tácita. Así tenemos a los siguientes: **deber de información** (1133, 1761, 1804), **deber de comunicación** (40, 152, 154, 932, 1430, 1435, 1437, 1474, 1523, 1596, 1612, 1615, 1640, 1643, 1705.5, 1723, 1735.2, 1783, 1793.2, 1841, 1892, 1894), **rendición de cuentas** (Art. X Título Preliminar, 55.7, 105, 106, 119, 132, 427, 541, 542, 543, 546, 794, 1793.3), **aviso** (250, 1365, 1380, 1613, 1620, 1681.4, 1681.5, 1682, 1701, 1702, 1703, 1774.2, 1784, 1822, 1824, 1840), **autorización** (15, 29, 55.6, 56, 104.5, 107, 167, 227, 243, 247,

261, 293, 391, 407, 447, 448, 449, 452, 453, 456, 457, 465, 491, 499.2, 523, 531, 532, 533, 534, 931, 934), **permiso** (166, 306, 484, 1829), **asentimiento** (16).

Las obligaciones de saneamiento constituyen un supuesto tácito de deber de información a cargo del transferente del uso, de la posesión o de la propiedad de un bien ya que no lo encontramos ni como deber de información, deber de comunicación, rendición de cuentas o aviso. Sin embargo, llegamos a esa conclusión en base al art. 1735 inc. 2 del CC el cual reza que son obligaciones del comodante:

Comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.

El inciso 2 consagra un caso especial de vicio oculto, basado en las características propias del comodato, que es un contrato de cortesía, favor o liberalidad. No se siguen por consiguiente, las reglas generales que el Código contiene respecto del vicio oculto, sino que se plantea una responsabilidad más benigna, obligando al comodante únicamente cuando tenga conocimiento del vicio y no se lo haya hecho saber al comodatario. Ello sucederá por verbigracia cuando se preste un animal enfermo y contagie a los que tiene el comodatario. Apunta Salvat a este respecto que “...es necesario que el comodante haya tenido, como dice la ley, conocimiento de los vicios o defectos y haya omitido informar de su existencia al comodatario: el comodante incurre en estas condiciones de culpa y es responsable de los perjuicios causados por ello y con mayor razón si hubiera actuado con dolo” (Arias Schreiber, 2011, 411-412).

Habiendo establecido que el concepto de **consumidor razonable** es equivalente al de la **diligencia ordinaria** propio del derecho civil y que a su turno el **deber de información** previsto en el derecho de los consumidores es exigible también en las

relaciones obligatorias de naturaleza civil, estamos en la posibilidad de dar respuesta a los problemas secundarios: **¿Cumplió el Banco con su deber de información como proveedor en el marco de una relación de consumo?**

Sí, ya que el Banco recomendó y brindó las medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad). Las cuales consistieron en los denominados **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet** adjuntados por la propia parte demandante. Por tanto, el Banco cumplió con el deber de información a su cargo.

¿Cumplió la Empresa con el standard de consumidor razonable en el marco de una relación de consumo?

No, ya que a pesar de haber recibido las recomendaciones y medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad), es decir, los **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet**, no las siguió.

4. Análisis de la posición del candidato

4.1. Análisis de la posición individual sobre el fallo de la resolución

Como señalamos previamente, los actos jurídicos, por ende, contratos, deberán de negociarse, celebrarse y ejecutarse según el principio (o reglas) de la buena fe, es decir, las partes quedarán a obligadas, a lo largo del íter contractual, a brindarse toda la

información esencial posible y colaborar la una con la otra con miras a satisfacer las necesidades que las hizo vincularse en un inicio.

Al haberse imputado una negligencia grave a una de las partes resulta necesario acreditar si la misma cumplió con su deber de atención o cuidado (diligencia) a efectos de imputarle el daño causado. En ese sentido es la propia parte demandante que aporta en el proceso “las medidas y recomendaciones necesarias para evitar los fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad)” otorgadas por el Banco. Las cuales consistieron en los **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet**. En consecuencia, al acreditarse que el Banco actuó de buena fe, la negligencia grave (o imprudencia de la propia víctima) se desplaza hacia la parte demandante quien tras enterarse de la sustracción de los US\$ 125, 000.00 tuvo la oportunidad y la obligación de seguir los Boletines Informativos mencionados. Todas estas son las razones por las que nos encontramos a favor del fallo principal de la Casación. No estando por demás señalar que, según la propia Casación, la Empresa no acreditó la sustracción del dinero, el daño emergente ni el lucro cesante alegados y que en la vía penal se comprobó que una banda criminal fue la responsable de dicha sustracción.

VI. CONCLUSIONES

La **culpa** es, en líneas generales, la violación de un deber de cuidado o de atención, imputable a un agente, que ha causado un daño a otro en el desarrollo de su vida ordinaria o social.

La **culpa leve** constituye el criterio más favorable al deudor y consiste en la falta a un deber de cuidado o atención de nivel medio, es decir, la **diligencia ordinaria**, que

tiene como contrapartida a la culpa leve y que se presume ante el incumplimiento de la obligación.

La **culpa inexcusable** constituye la falta a un deber de cuidado o atención mínimo, elemental o básico que tiene como contrapartida a la **negligencia grave** y que además debe ser probado por quien lo alega.

Algunas veces la propia norma se encargará de establecer qué supuestos de incumplimiento involucrarán una culpa inexcusable o dolo (art. 509 CPC).

Los actos jurídicos, por ende, contratos, deberán de negociarse, celebrarse y ejecutarse según el principio (o reglas) de la buena fe (art. 1362 CC).

En virtud de la buena fe las partes quedarán a obligadas, a lo largo del íter contractual, a brindarse toda la información esencial posible y colaborar la una con la otra con miras a satisfacer las necesidades que las hizo vincularse en un inicio.

En nuestro Código Civil, a lo largo de varios de sus libros, se hace mención a la buena fe por lo que se puede inferir que la intención del legislador haya sido que la buena fe sea elevada a la categoría de principio orientador que los sujetos de derechos deban seguir en las relaciones jurídicas que establezcan los unos con los otros.

El causante del daño antijurídico no fue el Banco sino un tercero integrante de una banda criminal llamado Tomás Alberto Pesaque Benavides. Lo cual constituye un hecho determinante de tercero y en consecuencia un supuesto de ruptura del nexo causal.

El Banco recomendó y brindó las medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos (*phishing* o suplantación de identidad). Las cuales consistieron en los denominados **Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante fraudes por internet** adjuntados por la propia parte demandante. Por tanto, la **culpa inexcusable** o **negligencia grave (o imprudencia de la propia víctima)** y **mala fe** corresponde a la parte demandante al no haber seguido tales medidas de seguridad señaladas, además de no haber acreditado la sustracción del dinero, el daño emergente ni el lucro cesante alegados.

La **diligencia ordinaria** prevista en el CPDC es la misma diligencia ordinaria (media, normal o del buen padre de familia) recogida en el Código Civil. Establecer lo contrario, es decir imponer el standard de conducta del consumidor razonable del *common law* en sede nacional sería imponerle al consumidor peruano el standard de conducta más gravoso que el derecho civil ha previsto, el de la culpa levisima (muy buen padre de familia), es decir, se exigiría al consumidor un deber de cuidado o atención propio de las personas más esmeradas, preocupadas y avispadadas existentes en el mercado.

Otra solución que proponemos es entender el standard de consumidor razonable a la peruana, es decir, equiparar el consumidor razonable a aquel sujeto de derecho que utiliza la diligencia ordinaria propia del derecho civil.

La diligencia ordinaria involucrará el análisis tanto de elementos subjetivos (personas) como objetivos (naturaleza de la obligación, tiempo y lugar) y se les impondrá tanto a los sujetos de una relación jurídica de naturaleza civil como de consumo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alpa, G. y Bessone, M. (1990). *Elementi di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè editore.

Arias Schreiber Pezet, M, (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Contratos. Parte General*. Lima: Normas Legales.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos Nominados*. Lima: Normas Legales.

Bullard Gonzáles, A. (2010). “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. En: *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*, Lima: Instituto Pacífico, 277-345.

Espinoza Espinoza, J. (2021). *Derecho de los Consumidores*. Lima: Instituto Pacífico.

Durand Carrión, J. (2008). “El Consumidor Razonable o diligente. El mito que puede crear un cisma entre los peruanos”. En: *Derecho & Sociedad*, 31, 327-385.

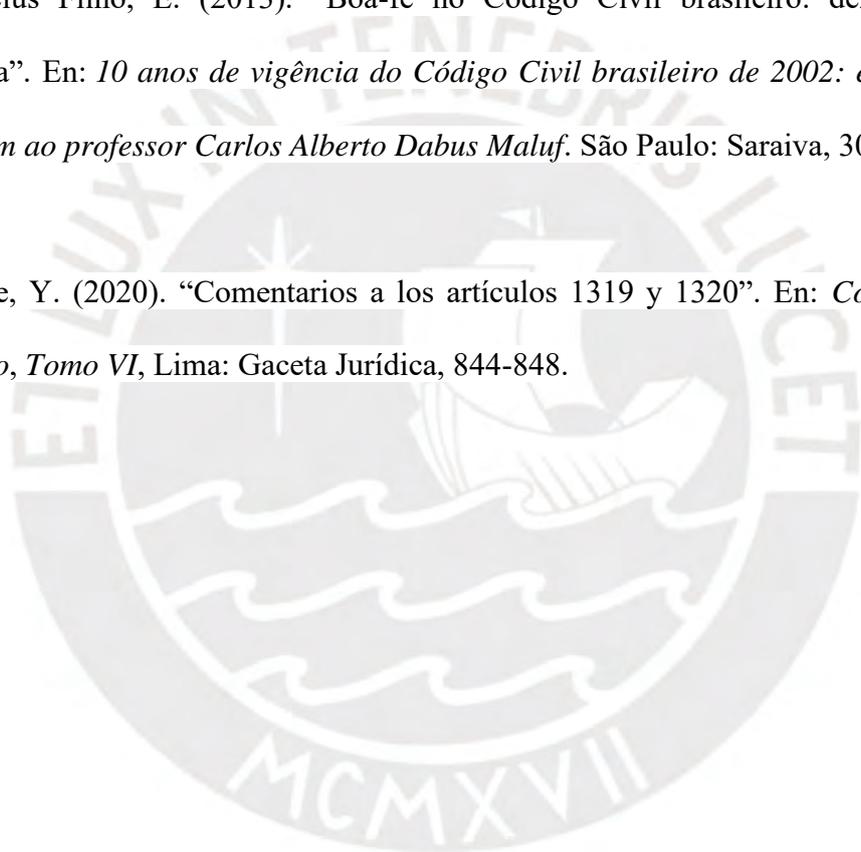
Hidalgo Gómez, A. (2018). “La reticencia en el contrato de seguros”. Disponible en: <https://agnitio.pe/2018/10/19/la-reticencia-en-el-contrato-de-seguro/>

Osterling Parodi, F. y Castrillo Freyre, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra.

Osterling Parodi, F. (X). *Comentarios a los artículos 1318, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil peruano de 1984*. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZnvScoML7AhUiBLkGHdGLCy0QFnoECAwQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.osterlingfirm.com%2FDocumentos%2Farticulos%2Fart%25201318%25201319%25201320%25201321.pdf&usg=AOvVaw1ejWZB1UmrJeXy2xM4L3vM>

Tomasevicius Filho, E. (2013). “Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiencia”. En: *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 308-323.

Vega Mere, Y. (2020). “Comentarios a los artículos 1319 y 1320”. En: *Código Civil Comentado, Tomo VI*, Lima: Gaceta Jurídica, 844-848.





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SUMILLA: *Si la accionante tenía conocimiento de las "Recomendaciones de Seguridad ante Fraudes por Internet", no puede atribuirse a la entidad bancaria culpa o negligencia por la sustracción del dinero en sus cuentas bancarias, menos si no se ha aportado probanza con ese fin.*

Lima, diez de abril de dos mil diecinueve.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número novecientos cincuenta y seis - dos mil diecisiete; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: -----

I. ASUNTO: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima (fojas quinientos veintitrés), contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número 48, de fecha seis de enero de dos mil diecisiete (fojas quinientos tres), emitida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la cual confirmó la sentencia apelada emitida mediante la Resolución número 38, de fecha veintiséis de mayo de dos mil catorce (fojas cuatrocientos diecisiete), la cual declaró infundada la demanda sobre Indemnización por Daños y Perjuicios.-----

II. ANTECEDENTES:-----

2.1. DEMANDA.- Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima (folio cuarenta), interpone demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios por inejecución de obligaciones contra el Banco Continental Sucursal de Chiclayo (en adelante Banco Continental), pretendiendo el pago de trescientos mil dólares americanos (US\$.300,000.00) por concepto de lucro cesante y daño emergente, así como los intereses legales desde la fecha de producido el daño, más costas y costos del proceso. Señala que en el año dos mil tres solicitó por primera vez al Banco Continental de la ciudad de Chiclayo, el Servicio Continet, por tal motivo el veinticinco de junio de dos mil tres se firmo el primer contrato de Continet Empresas, luego, suscribió un segundo contrato de Continet en el mes de diciembre del dos mil seis, siendo que por dicho servicio se paga una



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

contraprestación. En las cláusulas de dichos contratos se consignó que el Banco no aceptaría, sin responsabilidad alguna a su cargo, operaciones solicitadas a través del Sistema Continet Empresas que sean ordenadas por usuarios que no cuenten con las respectivas facultades registradas en sus archivos o que las excedan de cualquier forma o monto, siendo que también en ambos contratos se estipulaba que el cliente asumiría la entera responsabilidad de todas y cada una de las operaciones que realicen con sus cuentas utilizando el Sistema Continet mediante el código de empresas, los códigos de usuarios y las contraseñas que les han sido asignadas directamente en el sistema. Indica también que el Banco como prestador de un servicio debió brindar las medidas de seguridad necesarias para evitar fraudes electrónicos, pues es el caso que el Presidente del Directorio y Director Gerente de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima, después de un viaje de negocios en el Brasil, como persona autorizada ingresó a las cuentas corrientes de la empresa para verificar sus movimientos, dándose con la sorpresa que con fechas ocho y nueve de agosto de dos mil ocho todo el dinero de esta, tanto en moneda nacional como extranjera, que ascendía a la suma de ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$.125,000.00), había sido hurtado, siendo que el Banco demandado no había brindado ni recomendado la seguridad que el caso requería, más aún que dichas operaciones no habían sido autorizadas por el Director Gerente de la empresa; sosteniendo la actora que conforme a lo establecido por el artículo 1319 del Código Civil, el Banco Continental Sucursal Chiclayo incurrió en culpa inexcusable, dado que por su negligencia grave no brindó a la empresa demandante las garantías requeridas para la realización de sus movimientos económicos a través del Sistema Continet, hallándose constreñido por tanto al pago de una indemnización por daños y perjuicios. -----

2.2. Admitida a trámite la demanda mediante la resolución de fecha dieciocho de diciembre de dos mil ocho (folio cuarenta y seis), se corrió traslado a la entidad bancaria emplazada, quien contesta la demanda señalando que si bien el banco tiene la obligación de procurar que las transferencias sean transparentes, pero que también es obligación de los usuarios de los diferentes servicios que brinda el banco, realizar sus transacciones de acuerdo a las reglas mínimas de seguridad que les fueron brindadas en su oportunidad, esto con la finalidad de prevenir el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

fraude electrónico realizado por delincuentes organizados que amenazan al sistema bancario y financiero en su totalidad; por lo que si la demandante se ha visto sorprendida por alguna técnica de estafa electrónica conocida como phishing, troyanos, pharming, entre otras, es culpa única y exclusiva de la empresa demandante por no tomar las medidas de seguridad que el caso ameritaba.-----

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- Culminado el trámite correspondiente, luego de haberse declarado la nulidad de la Resolución número 15 de fecha diez de diciembre de dos mil nueve de fojas 242, así como también de la Resolución número 29 de fecha nueve de abril de dos mil doce de fojas 359, el **Juez del Sexto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque**, expide nueva sentencia contenida en la Resolución número 38, de fecha veintiséis de mayo de dos mil catorce (fojas cuatrocientos diecisiete), mediante la cual declaró infundada la demanda. De los fundamentos de dicha resolución se extrae básicamente lo siguiente: **a.** Se desprende de autos que la parte demandante adjunta de folios quince a dieciocho unos Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante Fraudes por Internet, que corroboran lo dicho por la parte demandada en su contestación de folios noventa a ciento dos en el sentido que como prestadores del Servicio *Continet Empresas* cumplieron con informar debidamente a la empresa demandante sobre todas las medidas de seguridad que debían tener en cuenta al realizar operaciones vía internet. Esta afirmación se corrobora con los medios probatorios de folios setenta y tres y siguientes, así como con una parte de la contestación de la demanda que obra de fojas noventa y cinco a noventa y seis sobre las medidas de protección que proporciona el banco en sus páginas web y que necesariamente deben ser observadas por el cliente, medidas de seguridad tales como el aviso de seguridad y el icono del candado al dar el doble click donde aparece un certificado de autenticación en la parte superior como es de verse en el folio noventa y seis del presente expediente (al costado de la palabra internet); **b.** El expediente penal número 7061-2008 concluye que el Banco Continental no tiene ninguna responsabilidad de carácter penal en el delito de hurto agravado suscitado el día de los hechos (lo cual reafirma la inexistencia de la antijuricidad) y que por el contrario, facilitó la información requerida a la fiscalía proporcionando la dirección



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

IP¹ con la que se determinó el lugar, hora y fecha donde se desencadenó el hecho delictivo, que según consta en dicho expediente se trata de una banda delincencial y que dichos retiros dinerarios se dieron en la ciudad de Lima, teniendo como principal sindicado y ahora sentenciado a Tomas Alberto Pesaque Benavides, no habiéndose podido determinar el actuar antijurídico en el banco demandado; y, **c.** Sumado a esto debe precisarse que, pese a que la parte actora atribuye responsabilidad al banco demandado por la sustracción suscitada en sus cuentas de la suma de veinticinco mil dólares americanos “(US\$.25,000.00)”, dicha imputación no ha sido acreditada con documentos, pericias y otros similares que sustenten de modo objetivo o contundente sus afirmaciones, es decir que la responsabilidad haya recaído en la parte demandada; pudiendo incluso advertirse que tampoco el daño emergente y lucro cesante que aducen haber sufrido han sido probados.-----

2.4. SENTENCIA DE VISTA.- Apelada que fuera la sentencia de primera instancia, por Resolución número 48, de fecha seis de enero de dos mil diecisiete (fojas quinientos tres), la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, confirmó la sentencia apelada, la cual declaró infundada la demanda, señalando los siguientes fundamentos: **a.** En el caso de autos, la parte demandante invoca un supuesto de responsabilidad civil contractual, por la cual imputa al banco demandado culpa inexcusable al no haberle prestado las garantías mínimas de seguridad para la transferencia del dinero a través del Servicio Continet, habiendo permitido que los días ocho y nueve de agosto de dos mil ocho se realicen transferencias no autorizadas y no acostumbradas, cuando el banco demandado debió verificar los movimientos de las cuentas y llamar al usuario, trayendo consigo que se le sustraiga un total de ciento veinticinco mil

¹ La dirección IP es un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una Interfaz en red (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (computadora, tableta, portátil, teléfono inteligente) que utilice el protocolo IP o (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del modelo TCP/IP. En <https://es.wikipedia.org/wiki>



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

dólares americanos (US\$.125,000.00); **b.** En base a lo señalado y a lo referido por la demandante, debe establecerse si la entidad bancaria demandada cumplió con su obligación de proporcionar la información necesaria para que la usuaria de su servicio protegiera sus cuentas, o si incurrió en culpa inexcusable como afirma la demandante, concepto que supone no ejecutar una obligación por negligencia grave; sin embargo, ello no se refleja en los fundamentos de la demanda, pues la accionante no alega que el banco haya incumplido alguna de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que no le ha brindado ni recomendado la seguridad que el caso requiere porque nunca le hizo llegar las recomendaciones respectivas; no habiendo enervado los fundamentos que se han tomado en cuenta en la sentencia apelada, en la cual el juzgador ha concluido porque el banco sí cumplió con proporcionarle la información al cliente; **c.** En ese sentido, la propia demandante ha presentado en folios quince a dieciocho las Recomendaciones de Seguridad ante Fraudes por Internet, no negando que le fueron entregadas oportunamente, pues lo que alega en su demanda es que el banco demandado al momento en que se realizaron los movimientos no autorizados debió comunicarle como suele hacerlo en otros casos, y recién con su escrito de apelación alega que el día once de agosto del dos mil ocho, es decir, después de que se había producido el delito informático, le ofrecieron la información pertinente, lo que supone una modificación de los fundamentos de la demanda; por lo que el hecho que el ejecutivo de cuentas Gustavo Salvador Mogrovejo Urdy en su declaración prestada en el expediente acompañado, que obra de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco a cuatrocientos cuarenta y seis haya señalado que antes de producirse las sustracciones aún no se le había proporcionado a la demandante una tarjeta Token, eso no significa que nos encontremos ante un supuesto de culpa inexcusable, pues conforme al contrato suscrito le había brindado la información necesaria.-----

2.5. RECURSO DE CASACIÓN.- Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete (folios cuarenta del cuadernillo de casación), ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **infracción normativa de carácter procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 12**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos II, III y V del Título Preliminar, inciso 6 del artículo 50, inciso 3 del artículo 122, artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil, señalando la casante que habiéndose dictado sentencia en primera instancia que declaró infundada la demanda, el Colegiado Superior la confirmó; sin embargo, del análisis de dicha sentencia se advierte que esta no contiene la más mínima fundamentación jurídica que le haya servido para desvirtuar las conclusiones fáctico jurídicas del *A quo*; acto omisivo con el que se violó el citado principio de motivación escrita de las resoluciones judiciales; que resulta evidente que por el incumplimiento de este elemental requisito en la expedición de resoluciones se está causando un perjuicio a la empresa recurrente, toda vez que se está dilatando el proceso con la consecuente violación de los principios de celeridad y economía previstos en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Agrega que de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del mismo Código, el juez si quiere lograr la finalidad del proceso debe actuar los medios probatorios que le permitan esclarecer los hechos afirmados por las partes, ello en su calidad de director del proceso conforme al artículo II del Título Preliminar del Código citado, así como ejercer la facultad contenida en los artículos 194 y 197 del mismo cuerpo normativo, a los efectos de una adecuada valoración de las pruebas. -----

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE: -----

Es necesario establecer si las instancias de mérito han afectado el derecho al debido proceso en su modalidad de motivación de resoluciones.-----

IV. FUNDAMENTOS: -----

PRIMERO.- Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil. -----

SEGUNDO.- Que, respecto a la causal de infracción normativa, según Monroy Cabra, “Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso...”². A decir de De Pina “El recurso de casación ha de

² MONROY CABRA, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil. Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1979, p. 359.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia, etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (...) el procedimiento³. En ese sentido Escobar Forno señala, “Es cierto que todas las causales suponen una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”⁴. -----

TERCERO.- Corresponde precisar que la infracción normativa procesal invocada por la casante y por la que se ha declarado procedente el recurso, alude a hechos que en suma resultarían ser atentatorios del debido proceso, el cual se encuentra protegido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución Política; esta disposición constitucional consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, *la observancia del debido proceso*; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración⁵. -----

CUARTO.- Uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia.--

QUINTO.- Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular

³ DE PINA Rafael, Principios de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222.

⁴ ESCOBAR FORNOS Iván, Introducción al Proceso. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 241.

⁵ Corte IDH. OC-9/87 “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

correspondiente a las partes involucradas en la *litis*, sino también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues la razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Razón por la cual, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como los artículos 50, inciso 6, 121 y 122, incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil y el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen que las decisiones del juez cuenten con una exposición ordenada y precisa que justifique lo decidido.-----

SEXTO.- En ese contexto, se procede a absolver los agravios procesales denunciados por la empresa recurrente, en el sentido que no se habría efectuado una adecuada valoración de las pruebas y por ende una debida motivación de la resolución superior materia de casación.-----

SÉTIMO.- En principio debemos señalar que la controversia radica en que la demandante Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima habría sufrido un desfaldo en sus cuentas bancarias con ocasión del Servicio Continent, prestado por el demandado Banco Continental Sucursal Chiclayo, en virtud a sendos contratos celebrados entre las partes; pues, haciendo uso de ese servicio, sus cuentas bancarias fueron vaciadas por terceros, imputando al banco demandado no haber prestado las garantías mínimas de seguridad para salvaguardar su dinero. -----

Que, la sentencia de primera instancia ha declarado infundada la demanda dejando establecido en lo esencial, previo análisis de los artículos 1319⁶, 1321⁷ y

⁶ Artículo 1319. Culpa inexcusable.- Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

⁷ Artículo 1321. Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

1328⁸ del Código Civil, entre otros: **1)** Que, la parte demandante ha adjuntado Boletines Informativos de Recomendaciones de Seguridad ante Fraudes por Internet, que corroboran lo dicho por la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda, en el sentido que como prestadores del Servicio Continet Empresas cumplieron con informar debidamente a la empresa demandante sobre todas las medidas de seguridad que debían tener en cuenta al realizar operaciones vía internet; lo que se corrobora con otros elementos de juicio obrantes en autos, donde aparecen medidas de protección que proporciona el banco en sus páginas web y que necesariamente deben ser observadas por el cliente, medidas de seguridad tales como el aviso de seguridad y el icono del candado que al cliquear doble resulta un certificado de autenticación que aparece al costado de la palabra internet; **2)** Que, siendo el Director Gerente de la demandante el único conocedor de los códigos y claves para realizar las operaciones electrónicas, no se advierte un actuar antijurídico de la empresa demandada, que conduzca a establecer que se hubiera incurrido en culpa inexcusable, como alega la demandante, porque en efecto dicho banco sí prestó las medidas de seguridad que de alguna manera pudo prevenir el hecho delictivo; por lo que, no concurre el elemento de la antijuricidad para la atribución de responsabilidad, relevándolo del análisis de los demás elementos; y, **3)** Que, la empresa demandante sufrió un robo cibernético de su dinero tenido en las arcas bancarias de la entidad emplazada, lo que efectivamente ha sido corroborado con el expediente penal número 7061-2008, en el que empero se advierte que el Banco Continental no tiene responsabilidad alguna de carácter penal (lo cual reafirma la inexistencia de la antijuricidad), y que por el contrario facilitó información requerida a la fiscalía dando el IP para determinar el lugar, hora y fecha donde se desencadenó el hecho delictivo, que según el expediente penal se trata de una banda delincuencia y que dichos retiros dinerarios se dieron en la ciudad de Lima, recayendo, en todo caso, tal responsabilidad en la persona de

⁸ Artículo 1328. Nulidad de pacto de exoneración y limitación de responsabilidad.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Tomás Alberto Pesaque Benavides, según consta de la sentencia recaída en la Resolución número 61 obrante a fojas cuatrocientos sesenta y dos del expediente penal que acompaña esta causa. La imputación a la entidad bancaria no ha sido corroborada o acreditada con documentos o pericias que determinen que la responsabilidad de dicho delito de hurto agravado sea del demandado; es más, las pretensiones de lucro cesante y daño emergente que se alegan en la demanda, tampoco han sido acreditadas.-----

Que, la sentencia de segunda instancia ha confirmado la apelada señalando que la apelante no ha enervado los fundamentos que se han tomado en cuenta en la sentencia de primera instancia, en la cual el juzgador ha concluido porque el banco sí cumplió con proporcionarle la información pertinente; en ese sentido, la propia demandante ha presentado las Recomendaciones de Seguridad ante Fraudes por Internet, no negando que le fueron entregadas oportunamente, pues, lo que alega en su demanda es que el banco al momento en que se realizaron los movimientos no autorizados, debió comunicarle como suele hacerlo en otros casos, y recién con su escrito de apelación expresa que el día once de agosto de dos mil ocho, es decir después de que se había producido el delito informático, le ofrecieron la información pertinente, lo que supone una modificación de los fundamentos de la demanda, no encontrándose el caso -dice la instancia superior- ante un supuesto de culpa inexcusable, pues, conforme al contrato suscrito se le había brindado la información necesaria. -----

En ese contexto, las decisiones de las instancias de mérito han expresado las razones fácticas y jurídicas en que se sustentan y concluyen que la demanda de indemnización de daños y perjuicios, es infundada, encontrándose debidamente motivadas, no habiendo afectado el debido proceso; en consecuencia, al no configurarse las causales denunciadas y por las que se ha declarado procedente, el recurso de casación resulta infundado, debiendo resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil; por cuyas razones, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima a fojas quinientos veintitrés; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, de fojas quinientos tres, de fecha seis de enero de dos mil diecisiete; **DISPUSIERON** la publicación de la



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 956-2017

LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Empresa de Transportes Chiclayo Sociedad Anónima contra el Banco Continental Sucursal Chiclayo, sobre Indemnización de Daños y Perjuicios; *y los devolvieron*. Integra esta Sala la Juez Suprema Arriola Espino, por licencia de la Juez Suprema Cabello Matamala. Ponente Lévano Vergara, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CALDERÓN PUERTAS

AMPUDIA HERRERA

ARRIOLA ESPINO

LÉVANO VERGARA

Ksj/Fdc/Aar

