

Cámara de Apelaciones- Sala Primera Civil y Comercial

AUTOS "TASSISTRO NATALIA C/ NUEVO BANCO DE ENTRE RÍOS S.A. S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS" - Expt. N° 8163/C

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL N° 1- GUALEGUAY

/// -CUERDO:

En la ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los cuatro días del mes de abril de dos mil veinticuatro, se reúnen los Señores Miembros de la Excma. Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Dres. Marcelo J. Arnolfi, Ana Clara Pauletti, Fabián Arturo Ronconi, para conocer del recurso interpuesto en los autos caratulados: "TASSISTRO NATALIA C/ NUEVO BANCO DE ENTRE RÍOS S.A. S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia dictada el 12/10/2023. De conformidad al sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden: PAULETTI, ARNOLFI, RONCONI.

Estudiados los autos la Excma. Sala propuso las siguientes cuestiones a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada? y en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:

1.- Tiene el tribunal para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el demandado Nuevo Banco de Entre Ríos S.A., contra la sentencia de fecha 12/10/2023 que hizo lugar a la demanda interpuesta en su contra por la Sra. Natalia Tassistro. En consecuencia dicha decisión declaró la nulidad del préstamo personal preaprobado electrónicamente por la suma de \$500.000 acreditado en fecha 06/07/21 en la cuenta corriente de titularidad de la actora en ese banco, declaró la nulidad de las transferencias gestionadas en igual fecha también sin su participación personal por las sumas de \$245.000, \$250.000 y \$88.500; y condenó a la demandada a abonarle a la Sra. Tassistro la suma de \$1.941.445,68, en concepto de restitución de sumas debitadas de su cuenta corriente y transferidas y descontadas de sus haberes, indemnización por daño

moral y multa por daño punitivo, le impuso las costas y difirió regulación de honorarios.

2.- Al decidir, el juez resumió que la actora solicitó la declaración de nulidad de un crédito tomado en la institución bancaria demandada por medios electrónicos que nunca solicitó y fue producto del accionar de terceros ciberdelincuentes que obtuvieron su clave de *home banking* mediante la modalidad denominada *phishing* o suplantación de identidad, método para engañar y hacer que comparta contraseñas, y así acceder a su *home banking* en la solicitud de nulidad del trámite de un crédito bancario tomado por medios electrónicos, basado en el robo de su usuario y clave.

Dijo que se trataba de una acción de consumo alcanzada por el régimen legal tuitivo, y que a su vez la relación de consumo era particular por darse entre un usuario cliente y una institución bancaria especializada en su actividad.

Marcó respecto de la maniobra denunciada por la actora, que no estaba controvertida la existencia de las operatorias por las que se concretaron consistentes en la gestión de un crédito online por \$500.000 a nombre de aquella y la posterior transferencia de los fondos a cuentas de terceros, operaciones que se concretaron todas en fecha 06/07/2021. Apuntó que la prueba pericial informática dió cuenta ello, y que se transfirieron \$245.000 a otra cuenta a nombre de Agustina Milagros Sánchez y la suma de \$250.000 a una cuenta de titularidad de Brenda Janet Suárez, más una transferencia por la suma de \$88.500, que eran fondos que obraban en la cuenta de la actora, con destino a la cuenta de la referida Suárez.

Mencionó que para la reclamante el banco no cumplió su obligación de seguridad en la obligación de consumo, por lo que fue vulnerable en su sistema informático, permitiendo que terceros bajo la modalidad de *phishing* accedieran a sus cuentas, y la responsabilidad era objetiva en función del art. 40 LDC.

Anotó que frente a ello, la demandada opuso eximente de responsabilidad por el hecho del damnificado, en cuanto fue quien brindó

a terceros extraños los datos relacionados con sus cuentas posibilitándoles que actuaran como lo hicieron.

Entendió el juez que la demandada no logró acreditar la ruptura del nexo causal probando el hecho de la damnificada al no advertir un accionar negligente frente a la metodología utilizada por terceros estafadores, dado que Tassistro efectivamente ingresó al sitio oficial del Banco de la Nación Argentina y dentro del mismo, optando por la red social instagram, también oficial del banco, fue contactada por quien se presentó como asesor de la institución. Señaló que la astucia de los estafadores justificó la emisión de distintas normas por parte del BCRA para que los bancos adopten medidas de seguridad, como la Comunicación A N°7319 01/07/2021.

Agregó jurisprudencia sobre sostiene que tales acciones delictivas son previsibles y evitables por parte del banco mediante la adopción de medidas de ciberseguridad adecuadas de acuerdo a la condición profesional de la actividad bancaria y la obligación de seguridad que se debe proveer en la relación de consumo.

Apreció que la actora obró de buena fe, y fue víctima de maniobras perpetradas por ciberdelincuentes ante lo cual el banco accionado era responsable por los daños y perjuicios sufridos por aquella, transcribiendo lo informado por el perito informático en el punto 15) de su informe, en donde expuso, que el Nuevo Banco e Entre Ríos, si bien cumple con medidas de seguridad informática respecto a su sistema, "...No cumple con los monitores y análisis ante fallas, intrusiones indebidas que se ofrece por la banca electrónica, para garantizar el desempeño de sus clientes en el manejo de los fraudes informáticos. El sistema informático utilizado por la demandada permite al instante obtener una clave, contraer préstamos, transferir a cuentas no vinculadas, con las que antes no se han efectuado transacciones, requerir adelantos de haberes y todo por sumas importantes de dinero, sin las medidas de seguridad esperables y que garanticen un vínculo de confianza con sus clientes".

Establecido ello, pasó al análisis de las distintas pretensiones,

comenzando por declarar la nulidad del préstamo electrónico sin el consentimiento de la accionante y de las transferencias operadas sin su participación personal, ordenando la restitución de la suma que estaba en su cuenta por sus haberes y se incluyó en la estafa como las que se le debitaron como cuotas del préstamo. Reconoció la existencia de daño no patrimonial y daños punitivos.

2.-En su memorial presentado el 31/10/2023, el apelante cuestionó que la sentencia tuviera por no probada la ruptura del nexo causal.

Reprochó que sin la aportación de la actora de sus datos personales a personas extrañas, la operatoria no se hubiera podido concretar, con lo cual, el hecho de la víctima fracturó el nexo causal. Desestimó la relevancia de la "astucia cibernética", destacando que sin la imprudencia o negligencia de la actora la maniobra no se hubiera podido materializar, por lo que fue partícipe del hecho al otorgar los datos que lo posibilitaron.

En segundo lugar, se refirió a la supuesta vulnerabilidad del sistema por ausencia de medidas de seguridad informado por el perito.

Replicó que según el relato de la demanda, con el fin de obtener un turno en forma presencial, luego de ingresar a la plataforma digital del Banco de la Nación Argentina, la actora ingresó a la plataforma social Instagram y luego de ello fue llamada a su teléfono particular desde un número desconocido que decía comunicarse como asesor del Banco Nación, a quién le facilitó los datos personalísimos.

Destacó de ello que la actora no tenía problemas de conocimiento por su edad y manejaba desde hacía tiempo las operatorias bancarias digitales y uso de redes sociales, por lo que no era una neófito o ignorante en la materia, por lo que no hubo una falla en las medidas de seguridad del banco sino una imprudencia y/o negligencia de Tassistro, siendo que el banco cumplió con todas las comunicaciones de BCRA en relación a las operatorias digitales, como así también con las propagandas preventivas de delitos cibernéticos según la prueba que acompañó.

Cuestionó que el fallo omitió el punto 14 de la pericia informática, donde el perito luego de acceder al sistema del Nuevo Banco de Entre Ríos de la actora, comprobó que al momento de la pericia, se cumplían las medidas de seguridad, sin poder dictaminar si previamente al otorgamiento de créditos preaprobados por el sistema de *home banking*, el banco era seguro, inviolable, fiable o vulnerable.

En tercer orden habló de la nulidad del préstamo personal, explicando las particularidades del contrato y que la voluntad se expresa al ingresar los datos de usuario y contraseña, sin que fuera necesario el consentimiento personal.

Como cuarta queja dijo que los fondos del préstamo y el monto que estaba en la cuenta con anterioridad, eran de la actora porque estaban en su cuenta por su solicitud, por lo que el banco debitó las cuentas relativas al crédito.

El quinto agravio se destinó al daño moral, afirmando que la actora incurrió en un grave error al compartir con terceros extraños sus datos y clave, sin que el banco la pusiera en esa situación, donde las situaciones de molestias y angustias, se las provocó ella misma.

En el sexto reproche se refirió al daño punitivo, diciendo que solo procede en supuestos de gravedad calificada por dolo o culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito o en casos excepcionales por abuso de posición de poder, y particularmente cuando se exterioriza menosprecio grave a derechos individuales o de incidencia colectiva. Que en la contestación de demanda se planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis LDC por su carácter penal e incumplir el art. 18 CN.

Esgrimió que la cantidad de denuncias contempladas según informe del MPF, no consideró la ausencia de detalle sobre a qué banco se referían. A todo evento pidió disminución del monto, diciendo que no se podía premiar a la actora que actuó en forma imprudente al compartir con los delincuentes su información.

3.-Contestó la actora apelada el 06/11/2023.

Sostuvo que la negligencia del banco accionado permitió

contratar productos y realizar transferencias inmediatas a pesar de la falta de verificación positiva que exige el BCRA, Comunicación A 6017 6.7.4. Tabla de requisitos de Monitoreo y Control: RMC004 que transcribió, y otras disposiciones del tipo, sin explicar por qué no dio cumplimiento a dichas exigencias.

Agregó que la verificación positiva implica el uso de datos biométricos o el llamado de confirmación, que no existió y lo de la agenda de contactos fue probado que no se encontraban en la misma los destinatarios de los fondos en la cuenta y aun así el banco no tiene medidas de seguridad al respecto.

Puntualizó que el banco pretendió que una docente fuera una profesional informática que asumiera toda previsión de los riesgos existentes en la manipulación del sistema por él ofrecido, siendo que es él el profesional experto.

Replicó que la vulnerabilidad del sistema utilizado por el banco fue expuesta por el perito, y que al no cumplir con las comunicaciones del BCRA permitió maniobras como la que motivó el pleito.

Dijo que el banco pretendió exhibir una contradicción en la pericial informática por alusión a la normativa del central, pero el perito no pidió un crédito, solo ingresó al sistema.

Advirtió que fue el banco quien incurrió en contradicción, pues de haber cumplido con la normativa del BCRA (piso mínimo en cuanto a seguridad), no se hubiera otorgado el crédito, ni se habrían realizado tres transferencias sucesivas con pocas horas de diferencia, el mismo día y hacia CBU y/o cuentas no registradas como contactos, luego de un cambio de clave, mostrando que la maniobra era sospechosa de fraude, ante lo cual debió funcionar el sistema que la protegiera y por el cual la responsabilidad por la falta de seguridad era objetiva.

En respuesta al tercer agravio, se calificó de correcta la interpretación del juez en cuanto a que el contrato y la transferencia fueron realizadas sin su voluntad como consumidora, y que el banco al habilitar canales de contratación y/o operación de cuenta, asumió los riesgos de la actividad comercial ejercida a sabiendas de la vulnerabilidad

de su sistema y que esas formas de contratación moderna no suplían al CCC de modo que ante la inexistencia de voluntad (la voluntad no se presume como refiere el accionado) de una de las partes, el contrato era nulo a su respecto e inoponible en sus efectos, porque no participó en la negociación y/o perfeccionamiento.

Del cuarto y quinto agravio contestó que estaba atado al primer agravio en el sentido de que se permitió al ciberdelincuente, cambiar la clave e inmediatamente realizar transferencias simultáneas a cuentas no registradas como contactos, lo cual demostraba que en todo momento debió activarse y/o bloquearse el sistema de manera de avisar, en tiempo real y antes de realizar los débitos nulificados.

Sumó que, en el caso y a sabiendas de la situación por la CD enviada de inmediato a ocurrido el hecho, y a pesar también de la denuncia penal, el banco expuso a su clienta en una situación de indefensión y vejatoria como consumidora.

Del daño moral citó jurisprudencia y doctrina sobre la legitimación activa para reclamarlo, sin importar en qué ámbito se haya generado pues al eliminarse la diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual el daño extrapatrimonial es resarcible tanto cuando es causado por un incumplimiento obligacional como cuando deriva de un hecho ilícito.

En relación al daño punitivo, respondió que el incumplimiento del deber de seguridad del banco fue la causa determinante para que el hecho ocurra, y era suficientemente grave que una entidad bancaria que debía velar por proteger los depósitos de los clientes, permitiera que se vaciaran sus cuentas y se desconociera su responsabilidad, obligando al consumidor a litigar para recuperar su dinero y para que no le cobren lo que no solicitó.

Advirtió también que en tanto pena disuasiva fue correctamente impuesta.

Se pidió que la apelación sea rechazada con costas.

4.- Creo conveniente pasar en limpio, que en la revisión propuesta por la parte accionada, no viene controvertida la existencia de

una relación de consumo, ni la existencia del hecho delictual, cuyas consecuencias motivó este pleito, consistente aquél en que la actora, a partir de una maniobra de engaño, sufrió primero el relevo de información para ingresar a sus cuentas de *home banking* y de inmediato la sustracción de su cuenta bancaria del importe de un crédito que gestionaron los ciberdelincuentes y otras sumas que existían en su cuenta corriente.

Vienen cuestionadas en cambio la atribución de responsabilidad objetiva al banco derivada del incumplimiento de su deber de seguridad -aunque sin refutar el carácter riesgoso de la actividad bancaria por medios electrónicos- y el rechazo de la eximición de responsabilidad invocada por esa parte.

En efecto, para la recurrente, la sentencia no atendió la defensa del hecho de la víctima por la imprudencia o negligencia con la que entregó su información personal a quienes concretaron la estafa, siendo que esto dió lugar a lo acontecido, y no la existencia de fallas de medida de seguridad del banco, que -según afirmó- cumple con todas las comunicaciones sobre operaciones digitales y preventivas de delitos cibernéticos.

Repaso lo acontecido para valorar el hecho de la víctima en relación a la obligación de seguridad del banco.

La Sra. Tassistro intentó obtener un turno para la atención personal en el Banco de la Nación Argentina a través de un canal habilitado en el sitio web de esta institución, relativa a su Instagram oficial. En respuesta a esa solicitud fue contactada telefónicamente y vía WhatsApp, por personas que se identificaron como agentes de la entidad bancaria, quienes al ofrecerle la solución, obtuvieron mediante engaño información personal de su cuenta sueldos del Banco de Entre Ríos S.A., concretando el ilícito.

Según se determinó en la instancia penal se trató de ciberdelincuentes de las provincias de Córdoba y Buenos Aires, que con los datos personales de la actora, cambiaron su clave de acceso al home Banking, para extraer el dinero que tenía en la cuenta y obtener un

crédito inmediato por \$500.000, que acreditado, en forma casi simultánea, fue transferido a cuentas de terceros, tanto los \$88.500 que contaba en la cuenta.

La pericia informática indicó la correspondencia entre las acciones descritas por la actora y las constatadas en su red social Instagram, su celular, el correo electrónico y su *home banking*.

Estamos ante operaciones sucesivas gestadas desde un dispositivo ajeno, que se aprovecharon de un crédito preacordado que no recabó ningún aval personal de la supuesta otorgante, cuyo importe fue transferido de inmediato a cuentas de terceros, sin que ello provocara ninguna señal de alarma en el proveedor.

Más aún, no encuentro que el banco haya puesto especial empeño en especificar en la contestación de demanda, y tampoco en esta oportunidad, cuáles eran las medidas de seguridad que tenía implementadas para la época que acontecieron los hechos, estos es, para julio de 2021, y cuál era su manera de controlar la "genuinidad de las operaciones".

Solo habló en el responde de los mecanismos de las transacciones ligados a los datos de usuario, clave y factores de segundo orden, como tarjetas de coordenadas o clave token y comentó acerca de advertencias como la que dijo surgía de la documental adjuntada a la demanda en un mensaje recibido por la actora que indica "...Instagram y nunca contactará a los clientes para pedir credenciales de acceso a sus cuentas. No importa el argumento que te digan, jamás compartas tus claves con extraños. Ningún asesor del Banco necesita esos datos...", y de una importante campaña publicitaria en la que participó también el Gobierno; que se colocaron afiches y video en los televisores de las sucursales.

No mostró sus acciones para detectar e impedir actos irregulares, tales como los producidos en el caso de autos, donde sucesos concatenados, necesariamente sospechosos, se producen en pocos minutos, con ingreso desde un equipo y una ubicación que no era la habitual.

Más aún, el perito informático expresó en el punto 15) que si bien el banco cumple con medidas de seguridad informática respecto a su sistema, no cumple con los monitoreos y análisis ante fallas, intrusiones indebidas que se ofrecen en la banca electrónica para garantizar el desempeño de sus clientes en el manejo de fraudes informáticos. Agregó que el sistema informático utilizado por la demandada permite al instante obtener una clave, contraer préstamos, transferir a cuentas no vinculadas, con las que antes no se han efectuado transacciones, requerir adelantos de haberes y todo por sumas importantes de dinero, sin las medidas de seguridad esperables y que garanticen un vínculo de confianza con sus clientes.

Sin embargo, la Comunicación "A" 6017 del BCRA, de fecha 16/07/2016 ("Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras"), entre sus numerosas previsiones incluía la expresa obligación de las entidades a disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus canales electrónicos, que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones; b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas; c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas; d. Canales. Asimismo, las entidades financieras debían proveer a sus clientes vías de comunicación para la recepción de consultas y/o denuncias las 24 horas del día.

Luego, la Comunicación "A" 6878 vigente desde el 25/01/2020, estableció que para las operaciones por canales electrónicos, como ser, depósitos o extracciones de fondos por cajeros automáticos y transferencias electrónicas, las entidades financieras deberían tener

implementados mecanismos de seguridad informática que garantizaran "la genuinidad de las operaciones". Asimismo, exigió a las entidades prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas.

Posteriormente, la Comunicación "A" 7072 que comenzó a regir el 16/07/2020, incorporó la política "conozca a su cliente", que obligó a las entidades bancarias a tomar recaudos especiales de manera previa a la efectivización de una transferencia ante supuestos de cuentas de destino que no hayan sido previamente asociadas por el originante de la transferencia a través de cajeros automáticos, en sede de la entidad financiera o por cualquier otro mecanismo eficaz, cuentas de destino que no registren una antigüedad mayor a 180 días desde su apertura o que no hayan registrado depósitos o extracciones en los 180 días anteriores a la fecha en que sea ordenada la transferencia inmediata; recaudo que se extendió a cuentas de destino nominadas en moneda extranjera a partir de una segunda transferencia recibida durante el mes calendario.

Finalmente, la Comunicaciones A 7319 del 01/07/2021 (modificada por la Comunicación A 7370) dispuso la regulación para la aprobación y acreditación de los créditos preaprobados, estableciendo que para su autorización, la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante "técnicas de identificación positiva" y un procedimiento para recabar la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente.

La carga de explicitación imponía al banco mencionar el modo en que asumió esas obligaciones, siendo que estaban a su cargo como especificación de la obligación de seguridad genérico que recae sobre los proveedores según los arts. 42 CN, 5 y 6 LDC, como asimismo el art. 40 de ese estatuto que prevé que el proveedor responderá objetivamente por los daños que el consumidor sufra en virtud del riesgo o vicio de la cosa o del servicio prestado. Estas normas deben interpretarse en conjunto con el deber de prevenir el daño y la función preventiva de la

responsabilidad civil consagrada en el código unificado.

En la actualidad rige la Comunicación A 7724 BCRA del 10/03/2023 referida a las buenas prácticas en el nuevo paradigma bancario gestado por la aceleración y cambios en materia tecnológica, que aparejó el aumento de ciberdelitos sufridos por los usuarios. La normativa reforzó la idea de seguridad y acentuó el objetivo de prevenir potenciales daños que puedan sufrir los clientes ante ciber incidentes con distintas estrategias que implican el involucramiento de las entidades bancarias en distintas acciones que tiene en miras su eventual responsabilidad (ABAD, Gabriela A.: "Comunicación "A" 7724 del BCRA: incidencia en el derecho del consumo", en: SJA 27/10/2023, 1 - ADLA2024-1, 107, TR LALEY AR/DOC/2127/2023).

Como dije, el banco no expuso los mecanismos de seguridad que tiene implementados, y descartó la existencia de una operación sospechosa, omitiendo así que como ha quedado visto, la obligación de seguridad en las relaciones de consumo está presente en toda la contratación bancaria con consumidores (al respecto ver voto del Dr. Lorenzetti: CS, 21/03/2006, "Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón c. VICOV SA s/ daños y perjuicios", consid. 6º, Fallos 329:646).

Importa ello pues su incumplimiento supone la responsabilidad del banquero, salvo que se pruebe la existencia de una causal de eximición, en cuya valoración debe considerarse que la cuestión no es ajena al prestador del servicio, quien debe procurar por sí o por un tercero condiciones óptimas que garanticen su deber de seguridad.

De tal modo, el hecho que la actora hayan sido inducida a error a través de un ardid, no significaba que ésta, debía hacerse cargo de las consecuencias dañosas. Bien se ha mostrado desde la doctrina que el daño debe ser soportado por el banco, dado que las medidas de seguridad tomadas por este último fueron insuficientes para prevenir conductas engañosas como las que sufrió la demandante. Las condiciones en las que se brinda el servicio del sistema bancario son establecidas por el propio banco, con características riesgosas, que la usuaria simplemente tuvo que "acatar", por lo cual, la entidad debe hacerse

cargo de todos los riesgos que se derivan de la decisión tomada (conf.: CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", RCyS 2010-IX, 95).

El marco de riesgo e incumplimiento del deber de seguridad que el banco como proveedor debía brindar, esa trascendente para valorar la eximente invocada por la accionada. Esto es así, pues, como es sabido, el hecho de la víctima debe necesariamente, ser causa adecuada y exclusiva del daño causado o concausa del mismo, pero la acción de la víctima, no puede ser una mera consecuencia del actor del ofensor, porque en tal circunstancia no es apta para liberar al responsable.

Así, al realizar el análisis *ex post facto* para determinar la incidencia causal de las conductas del banco y de la víctima en la producción del daño, se puede concluir que, si el proveedor hubiera optado por un sistema más seguro, el daño no hubiera ocurrido, a pesar del hecho de la víctima. Este último sería inocuo, no pasaría de ser una condición o circunstancia incapaz de provocar el daño, pues los sistemas de seguridad lo hubieran evitado. El sistema no es ajeno al banco, sino que es impuesto y diseñado por la entidad, forma parte de su esfera de acción (conf.: ARIAS, María P. y MÜLER, Germán E.: "La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing", en: SJA 14/07/2021, 43; TR LL, AR/DOC/1657/2021).

Entonces, que la clienta, merced a un ardid, haya aportado sus datos personales a los estafadores, no fue causa suficiente para la producción de la estafa, que se podría haber evitado si la entidad bancaria hubiera cumplido adecuadamente su obligación de seguridad y de prevención de los riesgos intrínsecos del sistema, condición que en este juicio no fue acreditada.

Los agravios tratados no son pues procedentes.

5.- Establecido lo anterior, lo resuelto en el fallo sobre la suerte del préstamo personal y la devolución de los importes debitados en función del ilícito y por las cuotas de aquél que el banco quiso cobrarle,

es consecuencia necesaria del daño patrimonial sufrido por la persona, propio y acorde a lo establecido en los arts. 1737, 1738 y 1740 CCC, más allá de la eventual voluntad viciada -arts. 271 y 272 CCC-, la posibilidad establecida en el art. 37 in fine LDC, y de la ausencia de contrato y aceptación como causas que confluyen para privarlo de efectos contra la actora -arts. 1094, 1095, 1106, 1107, 1380 y 1389 CCC-.

Este reproche tampoco puede prosperar.

6.- En torno al daño no patrimonial, el banco demandado postula la improcedencia con el mismo argumento referido a que la actora incurrió en el error de suministrarle sus datos a extraños, y que por eso es ella misma quien provocó sus molestias y angustias.

Al fundar el daño moral o no patrimonial se esgrimieron las penurias padecidas por la accionante ocasionadas por la estafa de su cuenta bancaria como consecuencia de las negligentes omisiones del banco; alegó que la situación generada por los hechos ocurridos, y la actitud del banco accionado, de desconocer cualquier responsabilidad por los hechos relatados, imputándole toda culpa al propio accionar de Tassistro, le generó a la misma una grave angustia que se podía acreditar con la historia clínica acompañada como documental y con las testimoniales ofrecidas.

Para el juez de grado no era difícil imaginar el malestar y angustia que debió experimentar la actora, y que debía persistir, ante el suceso experimentado al ser víctima de un engaño que la hizo asumir una obligación crediticia que no consintió, experimentando extracciones y descuentos de sus haberes que le produjeron un menoscabo patrimonial, a lo que sumó un sentimiento de vulnerabilidad, indefensión e incertidumbre, que merecía justa reparación.

Creo evidente que la sorpresiva desaparición de sus ahorros de una cuenta bancaria genera suficientes aflicciones a su titular como para generar un daño moral (en ese sentido: CNCom, Sala D, "Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", del 15/05/2008, en información legal cita: AR/JUR/3631/2008), tanto como la secuencia que siguió a ello, con la falta de respuesta del banco y el descuento de las

cuotas del crédito, que ya se sabía, respondía a un ilícito del que la clienta había sido víctima, todo lo que causó una entendible aflicción expuesta por las testigos Marianela Fernández y María Eugenia Beracochea -audiencia de vista de causa del 23/06/2022-.

La triste experiencia, sin dudas se vió incrementada con la actitud del banco, que soslayando el ilícito perpetrado en una cuenta donde la actora percibía sus salarios, pasó por alto el trato digno que le debía por expreso mandato del art. 8 bis de la Ley 24.240, procediendo sin más al descuento del crédito producto de la estafa.

El agravio merece su rechazo.

7.- Resta tratar la reprobación recursiva a la condena por sanción punitiva.

En la demanda se esgrimió que el banco demandado incumplió las normas del BCRA en materia seguridad bancaria de manera eficaz y el deber de información, pues desconocía la existencia de los créditos precalificados y su forma o metodología de otorgamiento y por sobre todo, el banco pretendió cobrar un crédito no solicitado por la accionante, solo por sus intenciones de lucro.

Al respecto, el juez tuvo en cuenta la jurisprudencia provincial en cuanto a la procedencia en casos de gravedad calificados por el dolo o culpa grave del sancionado, enriquecimiento ilícito o abuso de poder con menosprecio grave por los derechos individuales del consumidor. Dijo que encontraba verificada la concurrencia del incumplimiento por parte del banco demandado de las obligaciones de información y seguridad -factor objetivo-, y un factor subjetivo, ante la falta de adopción por parte de la institución bancaria de implementación de medidas informáticas de seguridad para evitar los fraudes perpetrados mediante esta modalidad. Acotó que éstos eran cuantiosos según lo revelado en el informe del Fiscal Coordinador de la Unidad Fiscal de Gualeguay -17/05/22-, donde indicó que en el período comprendido entre el 19/4/21 y 19/4/22, se registraron un total de 78 denuncias vinculadas a delitos informáticos, principalmente "phishing" o similares metodologías de estafa por medios electrónicos, que involucraban principalmente a

clientes del Nuevo Banco de Entre Ríos S.A..

Extrajo que en cuanto la multa civil tiene por objeto disuadir al prestador del servicio de perseverar en una conducta negligente u omisiva en cuanto adoptar las medidas de seguridad pertinentes, adaptándose en todo tiempo a las nuevas modalidades de estafa de las que son víctimas los usuarios consumidores del servicio bancario, concluyó que la multa debía ser impuesta.

Arriba fueron referidos los cuestionamiento a ese razonamiento sentencial.

Cierto es que impera la aplicación de la llamada sanción o daños punitivos un criterio restrictivo, posición que es la adoptada por el tribunal de casación provincial (STJER, Sala CyC, "De la Cruz, Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y otra s/ Sumarísimo", Expte. N° 6014, del 27/06/11; "Luna, Horacio Reimundo c/ TELECOM Argentina S.A. s/ Sumarísimo", Expte. N° 8534, del 26/07/2022).

Sabido es que su objeto es disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito para evitar que continúe repitiéndose. En esto, la calidad de sujeto profesional del mercado financiero debe ser valorada a la manera prevista en el art. 1725 CCC y, consecuentemente, también esa la mayor diligencia exigible incide en la imposición y en la cuantificación de la sanción pecuniaria.

Bajo esa perspectiva, la sentencia revisada ha determinado correctamente su imposición, ya que siendo una obligación del banco cumplir con la obligación de seguridad específica, deberes de información y trato digno, en lugar de adoptar una actitud responsable frente a la consumidora, no solo con su omisión dejó desprotegida a su cliente frente a operaciones riesgosas, sino que luego ignoró el detalle de la situación expuesta por carta documento del 08/07/2021, validó las operaciones en su contestación del 21/07/2021 y optó por descontar sin más las cuotas relativas al préstamo desconocido por aquella, a partir de su remuneración del mes de agosto del mismo año.

Remarco que la entidad no puso de su parte para mostrar los esfuerzos realizados para resguardar a sus clientes de delitos como el

aquí ocurrido, cuya gravedad cuantitativa fue expuesta por el Ministerio Público Fiscal en su informe, mientras que pericialmente aquí quedó evidenciada la insuficiencia de ese despligue, en incumplimiento de deberes genéricos y específicos impuestos por el órgano de control.

Advierto por eso, que efectivamente existió una actitud displicente y de abuso, constitutiva del reproche subjetivo que habilita la multa, siendo que su función es desalentar conductas nocivas, y la aquí verificada reviste gravedad suficiente, sobrepasando el perjuicio individual.

Esto importa en relación a la ejemplaridad buscada, para así desterrar este tipo de conductas y disuadir la reiteración de daños análogos, máxime cuando puede resultar al banco más lucrativo indemnizar a los damnificados que incorporar métodos de seguridad, información y control eficaces, desistiendo de su práctica lesiva.

La condena coincide con parámetros que la jurisprudencia ha contemplado para la condena por daños punitivos, y que han sido relevados en un valioso estudio. Obsérvese: el banco obró en forma desaprensiva al no atender el reclamo; incluso continuó imponiendo una oferta no consentida de préstamo 'preaprobado' en el entorno digital, aun cuando la consumidora expresamente solicitó no asumir ese riesgo, todo ello pese a que el banco conocía el incremento de estafas como consecuencia de la utilización de estos canales electrónicos por parte de clientes que no estaban habituados a realizar consultas por esta vía; ni bien ocurrido el hecho de phishing, el banco volcó todas sus sospechas sobre el accionar del cliente, manejando como hipótesis que la transferencia había sido hecha por la cotitular de la cuenta sin su consentimiento, quien no había guardado el resguardo de las claves de acceso o coordenadas a utilizar en las transferencias; la modalidad de otorgamiento de un préstamo de esta naturaleza ha incrementado innecesariamente un riesgo que no tiene por qué trasladarse al consumidor; existían indicios suficientes para que el banco, realizando el monitoreo al que se refiere la normativa del BCRA, actuara en protección de su cliente realizando una verificación positiva de su identidad por otros

canales; la culpa calificada exigida para la imposición de daños punitivos se refleja en un obrar notoriamente negligente de la demandada al convalidar operaciones como las descritas, en el grave menosprecio por los derechos económicos del consumidor al no dar una respuesta adecuada, dado el largo e infructuoso peregrinar al que fue sometida la actora para obtener una respuesta; No tomó las medidas exigibles para evitar una estafa informática, en tanto se encuentran dentro de la esfera de acción y competencia de la entidad bancaria como profesional elevándose el estándar de juzgamiento de su conducta -arts. 1725, 1757 del CCC- 5, 40 y concordantes de la ley 24.240-; el phishing implica que el consumidor proporciona los datos, pero la causa adecuada del daño no está en haber proporcionado los datos, sino en la falta de control que permitió que apareciera en la cuenta del consumidor una deuda por una importante suma de dinero; el deber de prevención en cumplimiento de la obligación de seguridad y el deber de actuar en consecuencia una vez detectada la operación sospechosa, o bien con posterioridad ante la denuncia realizada por el consumidor, es de la entidad bancaria; este deber está agravado por su profesionalidad en la prestación de servicios financieros y típicos de la actividad, lo que queda claramente evidenciado con la totalidad de la normativa dictada por la autoridad de aplicación con posterioridad a los hechos; el banco se aferró a la culpa de la víctima, pero la actividad fraudulenta no está conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos; la causa adecuada es la falta de medidas adecuadas para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor. La facilitación de los datos fue condición del hecho dañoso, pero no causa. La causa no es cualquier condición, sino aquella que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo. No basta con ampararse en el cumplimiento de las normas bancarias predispuestas para librarse de su responsabilidad; al contrario, deben ultimarse los recursos y técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros

(conf.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Los daños punitivos y la responsabilidad civil de entidades bancarias hacia los clientes consumidores. Visión jurisprudencial", en: LL, 2023-A, 235; cita TR LL AR/DOC/3703/2022).

Finalmente, la parte apelante insistió con su planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, que conforme a la redacción de la Ley 26.361, permite al juez aplicar una multa civil a favor del consumidor al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, la cual debe graduarse en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

No se desconoce que respetada doctrina ha sostenido que dicha regulación de los daños punitivos es inconstitucional o su inconstitucionalidad *in genere*.

Sin embargo, teniendo en miras que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico, conforme a inveterado criterio de la Corte Suprema, no cabe formularla respecto de la norma impugnada, cuya incompatibilidad con la Constitución Nacional y el sistema represivo no es manifiesta, sino que se trata más bien de una herramienta complementaria y hasta superadora, en tanto alcanza el castigo y la prevención de conductas que generalmente escapan a la mano de la Justicia Penal (conf.: CApel, CyC Mar del Plata, Sala I, 11/6/2014, "A., L. A. c. Amx Argentina SA s/rescisión de contratos civiles/comerciales", LL, AR/JUR/29911/2014150).

A la par, no aprecio que el monto establecido sea irrazonable atendiendo la finalidad disuasiva del rubro, con lo cual, no creo acertados ninguno de los reparos tratados en este apartado.

8.- Con lo expuesto, me encuentro en condiciones de expedirme sobre las cuestiones propuestas, haciéndolo por la afirmativa.

Dejo auspiciado entonces se dicte sentencia rechazando el recurso tratado, con costas al apelante vencido.

Mociono también se dejen establecidos los honorarios profesionales por la tarea desplegada ante el tribunal, para que los calcule el juez de primera instancia cuando haga lo propio con los relativos a la misma.

ESE ES MI VOTO.

A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. MARCELO J. ARNOLFI, DIJO:

1.- Coincido con la propuesta desestimatoria del recurso impulsada por la Señora Vocal del primer voto, aunque con el respeto que merece, he de discrepar en torno a la confirmación de la suma por la que prospera el daño punitivo.

2.- De modo liminar, debe aclararse que el monto fijado en \$ 500.000 por sanción punitiva en rigor no fue la "suma pretendida en la demanda" como dijo el Juez, en tanto esa suma refiere a una condena efectuada por otro tribunal y cuyo precedente judicial la accionante citó en apoyo a la viabilidad de la multa reclamada. En el escrito de demanda, la reclamante dejó librado al prudente arbitrio de la Magistratura la determinación del valor de la multa (conf. Capítulo X "Daño Punitivo", párrafo 8, luego reiterado en el punto 2 del Capítulo XIV "Petitorio").

Esa aclaración, a la par, tiene relación con el criterio que expuse recientemente en supuestos similares al presente, al señalar que "la multa civil no se encuentra sujeta ni atada a lo que se pide en más o en menos por la parte respecto de la cuestión tratada sino de la gravedad de los hechos a los que refiere el caso (...)" ("Tajleabue Petrona Delfina c/ Nuevo Banco de Entre Rios s/ sumarísimo (civil)", Expt. N° 7988/C, del 18/10/2023; posteriormente reiterado en "Nissero Santiago c/ Swiss Medical S.A. s/ sumarísimo (civil)", Expt. N° 8160/C, del 22/02/2024).

En este último precedente, y con la adhesión de mi distinguido colega Dr. Morahan, expresé que a partir de lo previsto por el art. 52 bis de la LDC, una vez solicitada la aplicación de la multa, es la Magistratura quien en definitiva posee la potestad de establecer su graduación en base

a la gravedad del incumplimiento del proveedor respecto de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. La finalidad disuasiva de la figura y el interés que intenta proteger -el cual abundaré más adelante-, descarta cualquier otra interpretación al respecto.

3.- En el presente caso, y como lo adelanté, el accionante, en su escrito promocional, peticionó la aplicación de la multa civil prevista en la aludida disposición; pretensión que tuvo favorable recepción por parte del Juez de grado, quien la fijó en la suma de \$ 500.000 por entender adecuado ese monto a las constancias comprobadas en el juicio.

Como ha sido bien relatado por la Vocal preopinante, fue la parte demandada quien apeló su procedencia, mas no la actora respecto de su *quantum*, y aun cuando pudiera alegarse que como consecuencia de ello, el tribunal de apelación sólo estaría facultado a ingresar a valorar su admisión o no, debemos tener presente que no estamos en presencia de una indemnización -por daño patrimonial o no- cuyo monto admitido en sede judicial puede llegar a satisfacer las expectativas de su beneficiario, sino ante una figura que tiene un propósito que sobrepasa el interés particular.

En efecto, la finalidad de daño punitivo busca: a) punir graves inconductas; b) prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción (disuasión); c) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; d) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; e) proteger el equilibrio del mercado; e) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa; f) ejemplificadora no solo para el incumpliente sino para los demás proveedores del mercado.

A todo ello se suma: a) el carácter de orden público otorgado expresamente por el legislador nacional a la Ley de Defensa del Consumidor; b) la protección constitucional a todo el universo de consumidores y usuarios; y c) la facultad de la magistratura de aplicar el derecho que considere pertinente (arts. 21 del CC y 12 del CCC).

La existencia de actos perjudiciales a los consumidores por falta de contralor del comerciante profesional que tiene reglas

incumplidas establecidas por la autoridad de contralor (BCRA), en el caso del demandado, es reiterada y sistemática, como se ha hecho saber públicamente por medios de comunicación, y se ha informado en otros expedientes que se han resuelto y se han citado precedentemente, por lo que el monto impuesto corresponde en su evaluación a la reiteración de la conducta que se desea que la institución financiera cambie.

A su vez, el argumento de que el monto no cuestionado por el reclamante en definitiva ingrese a su patrimonio, tampoco puede interpretarse como una suerte de cuestión ya precluída, por cuanto si la naturaleza de la multa por daño punitivo -en la intención y finalidad que ha tenido el legislador-, es buscar que el proveedor con posterioridad se abstenga de reiterar su conducta desaprensiva, es de lógico razonamiento que quien sufrió la conducta que en lo sucesivo que se intenta enderezar, reciba la multa que se imponga es una consecuencia así dispuesta por el legislador, sin perjuicio del monto por el cual prospere.

4.- A raíz de tales consideraciones, este tribunal se encuentra en condiciones de juzgar la razonabilidad del monto concedido por daño punitivo, el cual considero no ha sido acorde con la particular gravedad de los hechos y conductas llevadas en el caso por parte de la demandada.

Para arribar a ese entendimiento, y como ha sido expuesto por la Vocal del primer voto, se demostró que el banco no atendió las normas de seguridad básica sino que a más sostuvo en juicio que no era de su incumbencia ni su obligación aplicarlas, intentando en todo momento escudarse bajo el argumento de que la actora obró con imprudencia o negligencia.

Como lo expuse en la citada causa "Tajleabue", caso donde la misma demandada incumplió con las normas de seguridad a su cargo en un hecho de similares características, la sanción punitiva debe relacionarse con "la importancia de las operaciones financieras realizadas ni mas ni menos que por el agente financiero del Estado Entrerriano, quien recibe no solo la totalidad de los fondos de la provincia, sino que, a

mas, es donde se deposita la totalidad de la masa salarial de todos los empleados activos y los pasivos de la provincia. Con lo cual una suma irrisoria no permitiría pensar, o al menos a mi no me permite considerar, que el banco tomaría nota que debe implementar los sistemas de contralor reglados por el BCRA para que los consumidores no sufran daños por incumplimientos múltiples y peregrinar en sede judicial para lograr lo que no es mas que una obligación básica u obligaciones básicas y legales de la entidad demandada".

Al igual que como lo razoné el aludido precedente "Nissero", si conductas del tipo para con el prójimo son de por sí censurables, mayor reproche merece cuando quien presta un servicio y hace de ello su actividad lucrativa, no repara en la diligencia que el tipo de obligación le exige.

Todas estas circunstancias, sin dudas, sobrepasan el perjuicio individual y generan un elevado grado de reprochabilidad por parte de la sociedad.

De modo que, atendiendo que el instituto tienen un doble fin, punir graves inconductas del accionado y además prevenir hechos de igual tipo para el futuro, considero que resulta razonable elevar el importe por multa civil a la suma de PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000).

5.- En virtud de todo lo expuesto, propicio rechazar el recurso de apelación interpuesto por el "Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.", y condenar al nombrado a abonar a la actora en concepto de multa civil la suma de PESOS CINCO MILLONES (\$5.000.000).

A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. FABIÁN ARTURO RONCONI, DIJO:

Que, por compartir fundamentos, adhiere al voto de la Dra. Pauletti.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente: Fdo.: ANA CLARA PAULETTI, MARCELO J.

ARNOLFI (en parcial disidencia), FABIÁN ARTURO RONCONI.

Ante mí: DANIELA A. BADARACCO, Secretaria.

SENTENCIA:

GUALEGUAYCHÚ, 4 de abril de 2024.

Y VISTO:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, por mayoría;

SE RESUELVE:

1.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto el 18/10/2023 en representación del demandado "Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.", contra la sentencia dictada el 12/10/2023.

2.- IMPONER las costas del recurso al apelante vencido.

3.-ESTABLECER los honorarios profesionales correspondientes a esta segunda instancia en un 40% de los que se fijen por la labor de la primera instancia, encomendando su cálculo al juez de grado para cuando estime estos últimos.

4.-REGISTRAR, notificar conforme SNE y, oportunamente, remitir al juzgado de origen. Fdo.: MARCELO J. ARNOLFI, ANA CLARA PAULETTI, FABIÁN ARTURO RONCONI.

Conste que la presente se suscribe mediante firma digital. En 4 de abril de 2024 se registró en soporte informático (Acuerdo S.T.J N° 20/09 del 23/06/09 Punto 7). Secretaría, 4 de abril de 2024. Fdo.: DANIELA A. BADARACCO, Secretaria.