

ND

En la ciudad de La Plata, a los 29 días del mes de Octubre de 2024, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro, Ricardo Daniel Sosa Aubone y por disidencia, el Señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits (art. 36 de la ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: "DI PROFIO MONICA BEATRIZ C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ NULIDAD DE CONTRATO" (causa: 128602), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justa la sentencia apelada de fecha 6 de diciembre de 2023?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo:

I. Antecedentes.

1.1. La sentencia de primera instancia, de fecha 6 de diciembre de 2023, RESOLVIÓ: 1) Admitir la demanda por nulidad de contrato promovida por la Sra. Mónica Beatriz Di Profio contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires; 2) Declarar la nulidad con relación a los contratos de los días 12 y

13 de Agosto de 2020 que se correspondieron con el otorgamiento de un préstamo por la suma de \$ 178.000 y el adelanto de haberes por la de \$ 6.200, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de estos dos negocios, debiéndose reintegrar a la cuenta de la actora cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos y la suma existente en la cuenta N° 0014-5033 003-5238765 previo a estas operaciones -\$ 10.675,76-; 3) Condenar al Banco de la Provincia de Buenos Aires a pagar al actor en el plazo de diez (10) días de la que la presente adquiere firmeza, en concepto de daño punitivo, la suma de Pesos Quinientos Treinta y Cuatro Mil (\$ 534.000), con más los intereses a la tasa pasiva más alta que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires a liquidarse desde que esta sentencia se encuentre firme y se haya vencido el plazo aquí otorgado para su cumplimiento; 4) Impuso las costas a la demandada en su condición de vencida.

1.2. Esta forma de decidir es apelada por el banco demandado, quien expresó agravios (6/6/2024), los que fueron contestados (13/6/2024).

1.3. El Fiscal de Cámara emitió su dictamen (14/9/2023), considerando ajustada a derecho la sentencia dictada, en tanto declara la nulidad de las transacciones efectuadas sin que mediara el real consentimiento de la actora y manda restituir las sumas indebidamente percibidas. Además considera procedente la multa fijada como daño punitivo.

1.4. Se llamaron “autos para sentencia” (03/7/2024), providencia que esta firme y consentida.

II. Los agravios.

2.1. La entidad bancaria se agravia PRIMERAMENTE de la omisión y errónea valoración de la prueba producida y de la violación del derecho de defensa. Invoca arbitrariedad.

Sostiene que en la sentencia se considera sin respaldo probatorio alguno que la actora fue sujeto pasivo de una maniobra fraudulenta por terceras personas a las que les facilitó sus datos personales que permitieron la generación de contratos con el banco y transferencia a otras cuentas; y que esos hechos y los daños que allí se derivaron se encuentran en conexión causal con la violación del deber de seguridad exigible al banco.

Agrega que no ha quedado evidenciado que hubiera delito alguno y que de la IPP 06-00-27406-20, caratulada “Estafa Art. 172. Denunciante: Di Profio Mónica Beatriz”, que tramitó ante la UFI 11 de La Plata, culminaron con el archivo por considerar que los elementos colectados no resultaban suficientes para tener por acreditada la comisión de un ilícito de tipo penal.

2.2. Como SEGUNDO AGRAVIO, cuestiona la aplicación del daño punitivo y su monto.

Expresa que al cliente se lo atendió y tomó su reclamo, se procedió al bloqueo de la cuenta en el momento en el que se solicitó y que no hay conductas reprochables al banco; que el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, lo que no se da en autos.

Concluye que no existe justificación alguna para la procedencia del daño punitivo ni mucho menos para su cuantificación.

III. Análisis de los agravios.

3.1. Abordando la tarea revisora, es menester destacar que en autos se acciona a raíz de una estafa y/o engaño que habría sufrido la actora, por medio de la cual esta habría proporcionado sus claves a terceros ajenos al banco, lo cual permitió el vaciamiento de sus cuentas a través de la toma de préstamos y adelanto de haberes que, una vez acreditados, fueron inmediatamente transferidos a terceras personas.

3.2. Lo que se debe analizar previamente en estos casos, es si el cliente (la actora) ha aceptado que se le otorguen préstamos electrónicos preaprobados y sus características, ya que de otra forma el banco no tendría sustento contractual alguno para esgrimir la legalidad este tipo de préstamos u operatorias (arts. 288, 1381 y 1389, C.C.C.N.; 1, 2, 36 y 65, ley 24.240), situación que al no ser objeto de debate, permite presumir su aceptación.

3.3. Si bien de lo actuado en sede penal no surge la existencia de la estafa que motiva la demanda, como ello es fruto de la inacción del fuero represivo y no media un pronunciamiento que nos coloque frente a una cuestión prejudicial que se pueda proyectar en este fuero, lo esgrimido por el banco demandado no tiene sustento (arts. 1, 2, 7, 1774, 1775, 1776 y 1777, C.C.C.N.; 163, 164 y 384, C.P.C.C.).

Frente a una respuesta escasa o nula del fuero penal, tal como ha sucedido en el presente caso, en que, acaecido el hecho, la individualización de las terceras personas que actuaron y/o la incautación de las cuentas de destino no fue rápida, y no se avanzó en la medida de lo posible, la conclusión realizada en la IPP de que no surgía demostrado delito alguno, no tiene entidad alguna en la decisión a tomar en este juicio

(arts. 1774, 1775, 1776 y 1777, C.C.C.N.; 163, 164, 260, 261, 375 y 384, C.P.C.C.).

A fin de facilitar la investigación, fundamentalmente por el valor que podrían tener las pericias contable e informática realizadas -que permiten inferir la existencia de un delito e identificar a sus autores-, facilítense las piezas digitales de tales actuados y de las sentencias de primera y segunda instancia, a fin de ser arrimadas como prueba el expediente penal (art. 34 inc. 5, C.P.C.C.).

3.4. Despejada dichas temáticas, queda por analizar hasta dónde llega el deber de seguridad del banco y si la conducta del cliente-consumidor como víctima del ciberdelito analizado permite interrumpir total o parcialmente el nexo causal.

3.5. En primer lugar tengo presente que la responsabilidad del banco, en lo que respecta al deber de seguridad para con el cliente, es objetiva, razón por la cual responde más allá de su culpa, por lo que el hecho de que el banco demandado haya cumplido con la normativa del B.C.R.A. es irrelevante para exonerarlo de responsabilidad si razonablemente pudo tomar recaudos mayores, lo cual diluye gran parte de los agravios vertidos por la demandada (arts. 1, 2, 7, 1709, 1716, 1717, 1721, 1722, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729 y 1757, C.C.C.N.; 163, 164, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).

Cabe agregar que la obligación de seguridad, como principio general del derecho, protege todas las relaciones jurídicas y tiene su fundamento en los arts. 19, 41, 42, 3 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como

en la solidaridad social y el principio de buena fe, inscribiéndose dentro de los horizontes preventivos del moderno Derecho de daños (arts. 1, 2, 7, 1710, 1716 y 1717, C.C.C.N.). Esta obligación es más fuerte en el ámbito de la intermediación financiera, ya que no se limita al resguardo de los fondos depositados, sino a la actividad que permite realizar pagos o transferencia de fondos, o tomar dinero, que, cuando no es presencial, requiere de cuidados especiales y una actuación preventiva muy fuerte frente a la posibilidad de ataques de terceros, máxime frente a la presencia de sujetos vulnerables (v.gr. adultos mayores).

A mayor abundamiento destaco que tratándose de un banco, en su calidad de institución colectora de fondos públicos, el interés general exige que los servicios que presta al recibir y entregar fondos funcionen correctamente, máxime su carácter profesional (art. 1725, C.C.C.N.), por lo que su responsabilidad es objetiva en la relación de consumo generada a raíz de la operatoria bancaria, frente a la parte más débil, el cliente actor (art. 40, ley 24.240; 1757, C.C.C.N.). No es razonable que el banco, luego de facilitar o imponer el uso de cajeros y/o banca electrónica para operar con sus clientes, con las consiguientes ventajas económicas y operativas que ello implica, se desentienda de los aspectos negativos y haga recaer en la parte más débil, el consumidor-cliente, las consecuencias de riesgos de debería haber previsto y/o prevenido.

El juez de la instancia de origen consideró que la actividad que desarrolla el banco resulta ser riesgosa a tenor de lo normado por el art. 1757 del Código Civil y Comercial (Lorenzetti, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. VIII, págs. 586/587, Ed. Rubinzal-

Culzoni) y que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera en forma remota es naturalmente una cosa riesgosa. El riesgo se evidencia tanto para el usuario como para el Banco quien, por las propias características de su actividad, está expuesto a eventuales ataques de terceros (CNCom., Sala D, 15/5/2008, causa "Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires", L.L. 21/7/2008; Id SAIJ: FA08971926)<sup>1</sup>. Además, ponderó ese entorno digital en el cual se desarrolla toda esta actividad relacionada con la cuenta bancaria del accionante se encuentra bajo el diseño, desarrollo, control y monitoreo del banco como proveedor e impuesto al usuario. Por lo que es esperable que una entidad bancaria de la envergadura de la demandada adopte una conducta en la cual pondere los riesgos previsibles, con el objeto de proteger a los usuarios, máxime cuando se encuentra configurada una relación de consumo, lo que deriva inexorablemente en la obligación de responder si se incumplió con esa previsión legal que se deriva del tipo de servicio prestado (arts. 42 de la C.N., 1, 2, 5, 6, 36, 40 y 65, ley 24.240; 1, 2, 1721, 1722, 1723, 1725, 1729, 1757, C.C.C.N.; 163, 164, 260, 261, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

3.6. Tal como se expresa en la sentencia, la maniobra realizada es un delito cibernético o estafa informática que se denomina "phishing", que es una práctica fraudulenta que consiste en enviar correos o comunicaciones electrónicas, incluso a través de llamados telefónicos -como sucedió en el caso analizado-, que pretenden ser de empresas de renombre o instituciones legítimas, para inducir a las personas a revelar información

personal y confidencial, como datos bancarios y de tarjetas de crédito o débito y contraseñas. Luego, la información se utiliza para acceder a las cuentas de las víctimas, y simulando ser su titular generan operaciones de vaciamiento y/o toma de fondos. Este método funciona dado que se utiliza una multiplicidad de veces hasta encontrar una persona que no piense que pueda tratarse de un fraude y ofrece sus datos (el phishing trabaja de manera masiva)<sup>2</sup>.

Esta estafa informática se comete mediante el uso de trucos de ingeniería social y elementos técnicos para obtener datos personales y financieros de sus víctimas, en la que existe algún tipo de manipulación con un anzuelo -premio en el caso que nos ocupa- y una pesca -entrega de información confidencial como claves de seguridad y validaciones-.

La adquisición de esa información confidencial se realiza por algún tipo de comunicación electrónica o telefónica, que tiene apariencia de seriedad -v.gr. simulando ser una empresa u organización conocida-, a través de la cual la víctima es inducida a entregar voluntariamente esos datos personales y códigos.

Una de las características de este tipo de maniobra radica en aquello que el banco menciona como elemento que rompe la relación de causalidad: la voluntaria entrega de las claves por parte de quien ahora demanda. Esta característica es de la esencia del phishing en tanto se ejercen técnicas de ingeniería social que involucran correos electrónicos, sitios web o perfiles en redes sociales engañosos, en los que los autores se hacen pasar por terceros y obtienen los datos necesarios para franquear



el ingreso a las cuentas. Es el propio ser humano quien se transforma en el eslabón más débil de esta cadena de información.

Dichas estafas se vieron favorecidas por el aislamiento social impuesto por la pandemia de COVID-19, donde la indefensión de los consumidores se vio incrementada, ante la necesidad de utilizar nuevos mecanismos de comunicación y la imposibilidad de realizar los trámites que usualmente se efectuaban de manera presencial en las sucursales bancarias.<sup>3</sup>

Se trata de una estafa cuya difusión hoy día es de conocimiento público, pero que en la época en que ocurrieron los hechos no estaba tan difundida (al menos para el común de las personas), aunque -vale la pena destacar- el vacío legal que existía en el marco de los delitos informáticos fue cubierto por la ley 26.388, vigente desde el año 2008. Por su parte, el 5/6/2018 la Argentina adhirió a la convención de cibercrimen de Budapest (primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos).

Pese a que las denuncias de fraudes o estafas bancarias crecieron exponencialmente desde el año 2019 por la llegada de la pandemia y la necesidad de trasladar al mundo virtual una gran cantidad de actividades que se realizaban de manera física, resulta inexplicable la pasividad del banco demandado, al no buscar remedios adecuados en la prevención del daño, más allá de la reglamentación del B.C.R.A., máxime frente a las recomendaciones que había efectuado dicha entidad (arg. art 1725, C.C.C.N.).

El banco demandado, se mostró más atento en negar la existencia de la maniobra que ha sufrido la actora, que en demostrar las distintas herramientas desplegadas para combatir y detectar los casos de Phishing.

3.7. En la sentencia se consideró acreditado que se esta ante una relación de consumo y que la Sra. Mónica Beatriz Di Profio resulta titular de la cuenta en pesos N° 0014-5033 003-5238765 y de la tarjeta N° 4398189449872004, categoría Electrón/Débito que le fuera entregada con fecha 10/08/2018.

Asimismo, conforme informe pericial contable, se estimaron acreditados los hechos denunciados por la actora en el escrito de inicio, esto es la obtención de un crédito por adelanto de haberes (\$ 6.200); la acreditación de un préstamo (\$ 178.000); tres transferencias a cuenta de terceros (\$ 94.000, \$ 50.000 y \$ 49.000) y catorce (14) recargas a celulares, todo ello en los días 12 y 13 de Agosto de 2020.

Conforme explica el perito informático -y da cuenta la sentencia a través de afirmaciones que arriban incuestionadas, y que he de seguir en este punto- las operaciones se realizaron desde la cuenta de la actora hacia cuatro cuentas bancarias, identificadas con sus respectivos CBU: 0720216488000037500568, 0140318103654457859950, 0140318103654458062670 y 1430001714006962970022, que fueron dadas de alta desde el homebanking con el correo electrónico galvan\_e\_leandro@hotmail.com y que el impacto de las operaciones donde se utilizó el token bip corresponde al homebanking utilizado por la actora y asociado a la cuenta de la cual es titular. Asimismo, en el Anexo

II detalla los datos de las personas titulares de las cuentas mencionadas, todas domiciliadas en la Provincia de Córdoba.

En relación al cajero, el perito pudo verificar en los registros de la demandada, que el día 12/08/2020 a las 19:52 hs. se generó por primera vez el token BIP en el cajero ubicado en el Banco Credicoop Sucursal Berisso, situado en Av. Montevideo 1449 de la Localidad de Berisso C.P. B1923 HNB Provincia de Bs. As. con la tarjeta N° 4398189449872004 a nombre de la Sra. Di Profio y respecto a los IP de las computadoras involucradas informa que pudo identificar dentro del log de transacciones siete (7) direcciones IP cuyas ubicaciones geográficas son en Salta, Córdoba y Santiago del Estero (ver Anexo III).

Asimismo, el perito en el Anexo IV realiza el detalle de las operaciones, sus montos, la hora en que se realizaron y establece la correspondencia entre las personas titulares de las cuentas de transferencia (destino) y las operaciones realizadas y registradas en el log de transacciones, así como también los números telefónicos destinatarios de las recargas realizadas, todos ellos con el código de área perteneciente a la localidad de Córdoba.

Si bien a la fecha del dictamen informático se puede afirmar que la demandada cumplía con el requisito relativo a concientización y capacitación obligatorio por las normativas del BCRA, con la integridad y registro de los datos y transacciones así como el manejo de información sensible de los canales electrónicos y las técnicas que brinden trazabilidad y permitan su verificación -aunque no se ha probado que ello sucedía a la fecha de los hechos (aspecto que debió probar el banco)-, del mismo dictamen también surge que NO cumplía -al menos a la fecha

del informe- en su totalidad el monitoreo y control, el cual es un proceso relacionado con la recolección, análisis y control de eventos ante fallas, indisponibilidad, intrusiones y otras situaciones que afecten los servicios ofrecidos por los canales electrónicos y que pueden generar un daño eventual.

En este punto -con base en lo que dijo el experto- en el log de transacciones de la actora figuran operaciones en las que se involucran montos importantes, las cuales no recibieron el tratamiento que correspondía por su carácter de sospechosas o potencialmente fraudulentas. Es que, en una ventana de tiempo de pequeña dimensión (menos de 24 hs.), el sistema informático homebanking de la demandada permitió la confección de préstamos bancarios y adelantos de haberes, inmediatas transferencias bancarias a cuentas no vinculadas anteriormente y recargas sistemáticas y continuas de crédito de telefonía celular, sin aplicar una seguridad reactiva que permitiera detectar estas operaciones en corto tiempo como sospechosas, pese a que las mismas excedían la operatoria normal de la cuenta, disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de estas operaciones y tampoco el bloqueo (al menos temporalmente) de las mismas. De esta forma el sistema informático hubiera sido capaz de repeler el acto delictivo manifestado en autos.

Ello fue facilitado por la ausencia de las medidas de seguridad esperables y que razonablemente se debieron adoptar (al menos para una entidad financiera diligente).

Si vemos los movimientos de cuenta de la Sra. Di Profio podemos advertir que el monto del préstamo personal acreditado era de casi 10 veces lo que percibe en forma mensual como jubilación y todos los movimientos realizados en un muy corto período de tiempo: se generó la clave bip token, se pidió y obtuvo un préstamo por la suma de \$ 178.000, se otorgó un adelanto de haberes por la suma de \$ 6.200; todo el dinero recibido fue transferido a tres cuentas en forma casi inmediata y se realizaron 14 recargas de celulares entre el 12/8/2020 a las 19:52:31 hs. y el 13/8/2020 a las 13:06:53 hs.

De lo expuesto, surge sin hesitación alguna que la demandada tampoco cumplió en su totalidad con el control de acceso, el cual es un proceso relacionado con la evaluación, desarrollo e implementación de medidas de seguridad para la protección de la identidad, mecanismos de autenticación, lo que da lugar a la vulnerabilidad del sistema implementado por el banco y deja abierta la posibilidad al ardid suscitado, en especial frente a los adultos mayores y otros sujetos de tutela preferente.

Tengo presente que a partir del 01 de Julio de 2021 -esto es con posterioridad a los hechos denunciados- en virtud del crecimiento exponencial de estos hechos, se encuentra vigente la comunicación A 7319 del BCRA del 1/7/2021 que estableció la obligatoriedad de mecanismos que se encontraban implementados desde hacía varios años en los canales electrónicos de otras entidades financieras y bancarias (v.gr. BBVA, Santander, ICBC, Supervielle), pero que la demandada aún no había establecido a la fecha de los hechos. Dicha comunicación

plantea la obligatoriedad de aquello que el mismo BCRA recomendaba en la comunicación A 5320 del 26/09/2011. Se regula allí la obligación que tienen las entidades financieras de verificar fehacientemente la identidad de las personas que solicitan la acreditación de créditos preaprobados a través de canales electrónicos y esa verificación deberá hacerse mediante técnicas de identificación positiva, lo cual no había sido receptado a la fecha en que sucedieron por hechos por la demandada.

Si bien esa resolución no se encontraba vigente a la fecha de acaecimiento de los hechos -agosto 2020-, comparto lo decidido por la jueza -en concordancia con la Sra. Agente Fiscal- que aquello que ahora se establece como obligatorio ya había formado parte de otras resoluciones y recomendaciones del Banco Central de la República Argentina. En este sentido, la Comunicación A 6664 del 5/4/2019 que estableció que los usuarios de servicios financiero tienen derecho a la protección de su seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz del servicio contratado y condiciones de trato equitativo y digno (punto 2.1), reintegro en 10 o 5 días de cobros indebidos (2.5); plazo mínimo de diez días para resolver reclamos (2.6). Asimismo, la Comunicación A 6878 del BCRA (24/1/2020) establecía en el punto 3.8.5. que con relación a la apertura y el posterior mantenimiento de la cuenta deberán basarse en medidas de debida diligencia especial de identificación del cliente establecidas por la UIF en la Resolución N° 4/17; y que la debida diligencia especial al inicio de la relación comercial no exime a las entidades financieras intervinientes de realizar el monitoreo y seguimiento de las operaciones durante el transcurso de dicha relación

con un enfoque basado en riesgo (EBR). "Las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas. Deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes."

Ya la Comunicación "A" 6017 del 15/07/2016 del B.C.R.A., referente a los Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras", en el punto 6.7.4. titulado "Tabla de Requisitos de Monitoreo y Control", ya establecía que las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus canales electrónicos que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas (v.gr. detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones -acción preventiva-, detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas -acción reactiva-).

Los sujetos obligados -léase la demandada- deberán adoptar las acciones necesarias para garantizar estos derechos a todos los actuales y potenciales usuarios de los servicios que ofrecen y prestan, de manera de asegurarles condiciones igualitarias de acceso a tales servicios.

Así entonces, resulta incuestionable la conclusión de la sentenciante de origen -sobre la base de lo informado por el Licenciado en Informática- en

cuanto a que hubo una falta de medidas de seguridad, ni se generaron alertas por parte del sistema implementado por el banco, y que la actora fue objeto de una maniobra fraudulenta.

Considero -en sintonía con la sentenciante de origen- que, frente a la posibilidad de adoptar medidas de seguridad que eviten estafas a los usuarios y no perjudiquen el tráfico crediticio, resulta irrazonable que existan créditos pre-aprobados a los que se podía acceder con tan solo un click; y que la manifestación del banco recurrente en orden al cumplimiento de las normas bancarias dispuestas por el B.C.R.A. a la fecha en que ocurrieron los hechos es insuficiente para eximirlo de responsabilidad, ya que el cumplimiento del deber de seguridad que pesa sobre toda entidad bancaria no sólo se integra con la observancia de la normativa bancaria que imperativamente dispone el B.C.R.A., sino que, además, se deben ultimar los recursos y técnicas suficientes -a tenor de un buen hombre de negocios o profesional en la materia (arts. 902, Código Civil; 1725, C.C.C.N.)- para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros. Y ello más allá de la formación del consentimiento y aceptación de los contratos por medios electrónicos (arts. 971, 974 y 983, C.C.C.N.), defensa en la que insiste en banco demandado, lo cual no lo exime del cumplimiento de las normas que hacen a la seguridad del servicio que brinda. Si se estaba frente a un sistema que permitía en menos de 24 horas obtener una clave, contraer préstamos y adelantos de haberes, transferir a cuentas no vinculadas y con las que antes no se han efectuado transacciones, todo por importantes sumas de dinero, no se puede sostener -al menos con



seriedad por parte de un profesional en la materia- que el sistema tiene las medidas de seguridad esperables (arts. 163, 164, 260, 261, 375, 384 y 474, C.P.C.C.; 1, 2 y 1725, C.C.C.N.).

De lo expuesto hasta aquí puedo concluir que no obstante la entrega de los datos confidenciales (usuario, clave, token) por parte de la actora mediante engaño, lo cual fue una condición del hecho dañoso, dicho accionar no tiene la entidad que el Banco pretende, ya que si la entidad bancaria hubiera tomado las medidas adecuadas para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ello sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los habituales que realiza el cliente, hubiera podido advertir movimientos sospechosos y actuar consecuentemente para evitar el daño (o al menos evitar que terceros actúen bajo la apariencia de la actora a fin de obtener fondos a cuenta de la misma). En consecuencia, el hecho o culpa de la víctima invocado por el Banco no reúne los requisitos para eximirlo de responsabilidad en cuanto no se trata de un hecho exterior ajeno a la actividad, a sus riesgos intrínsecos y especialmente a la obligación de seguridad en cabeza del banco demandado.

La facilitación de datos por parte de la víctima es una condición necesaria para el delito en análisis (phishing) y hace, innegablemente, a la relación de causalidad. El tema es tal conducta, donde la voluntad de la actora estuvo viciada, pudo ser razonablemente advertida -para los "ojos" de un experto- por el banco a efectos de impedir el ilícito, lo cual tiene entidad para justificar la condena (arts. 1, 2, 7, 1719, 1721, 1722, 1723, 1724,

1725, 1726, 1727, 1728, 1729, 1730 y 1731, C.C.C.N.; 163, 164 y 384, C.P.C.C.).

Reitero que la operatoria y control de las transacciones cursadas por medio de Internet (e-banking), requiere por parte de las entidades financieras, la adopción de conductas positivas tendientes a reducir el riesgo, como ser aplicar mecanismos de seguridad o de autenticación de los usuarios, por más que ello no forme parte de una exigencia legal.

Respecto del hecho o culpa de la víctima (proporción de claves), que ha tenido una innegable incidencia en el hecho denunciado -es más es uno de los elementos que hacen al delito cibernético en tratamiento- considero que no se trata de un hecho exterior, ajeno a la actividad bancaria y sus riesgos intrínsecos, ya que hace a uno de los aspectos que deben ser cubiertos por la obligación de seguridad que pesa sobre las entidades financieras (conf. Arias, María P.- Müller, 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 vishing" (J.A. 2021-III). Es más, la posibilidad de una estafa cibernética constituye una contingencia propia -aunque no deseada- del riesgo de la actividad bancaria por medios electrónicos, y a la que los bancos deben estar atentos.

Empero, ello no quiere decir que en todos los casos de estafas o engaños al cliente, efectuados por terceros ajenos al banco, este deba responder. La incidencia del damnificado debe tratarse en cada caso, analizando su culpa o cualquier otra circunstancia especial (art. 1729, C.C.C.N.).

3.8. Con tal piso de marcha cabe concluir -al igual que la sentenciante de origen- que: a) la Sra. Mónica Beatriz Di Profio resulta ser un consumidor y el banco demandado proveedor; b) el Banco de la Provincia de Buenos Aires ejerce una actividad riesgosa que requiere una actuación de mayor diligencia (acorde a su condición profesional y especializada); c) la actora fue sujeto pasivo de una maniobra fraudulenta por parte de terceras personas a las que le facilitó sus datos personales que permitieron que ellas generaran contratos con el Banco y transfirieran las sumas a otras cuentas; y d) esos hechos y los daños que de allí se derivaron a la accionante se encuentran en conexión causal con la inobservancia del deber de seguridad exigible al banco demandado, a partir de la vulnerabilidad del sistema debido a la ausencia de medidas hábiles para impedir la configuración de este tipo de ilícitos (arts. 1725, 1757 del C.C.C.N.; 1, 2, 3, 4, 5, 40, 65 y cctes. de la Ley 24.240; 163, 164, 260, 261, 375 y 384, C.P.C.C.).

3.9. En función de lo expuesto, el tipo de delito que se ventila, teniendo en cuenta la situación especial de la actora (condición de jubilada que opera con la cuenta haberes y de consumidora), la escasa información que se tenía en el momento en que ocurrieron los hechos -lo cual es de público y notorio- y la restricción ambulatoria imperante, la calidad especial de la demandada, quien debe obrar como suma prudencia y pleno conocimiento de las normas de seguridad que permitan prevenir ilícitos -en el caso cibernéticos-, las medidas adicionales que pudo adoptar la demandada para evitar delitos como el denunciado -que da cuenta el perito, han sido indicadas y se consideran razonables y

esperables en un profesional-, el obrar de la actora en el proceso de la estafa realizada es insuficiente para exonerar de responsabilidad al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por lo que cabe confirmar la sentencia apelada en lo tocante a la asignación de la responsabilidad a la entidad bancaria demandada en el vaciamiento de las cuentas y toma de préstamos y adelanto de haberes y, por consiguiente, la nulidad de los contratos de préstamo y adelanto de haberes “solicitados” por la actora (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 40 y 65 de la ley 24.240 y 9 de la ley 25.326; 1, 2, 3, 7, 1092, 1093, 1094, 1095, 1384, 1716, 1717, 1721, 1722, 1723, 1725, 1727, 1729 y 1757, C.C.C.N.; arts. 34, 36, 163, 164, 260, 261, 375, 384, 401 y 474 del C.P.C.C.).

#### IV. Resarcimiento.

##### 4.1. Daño punitivo (rectius: indemnización punitiva)<sup>4</sup>.

4.1.1. En cuando al Daño Punitivo el Magistrado de origen, luego de considerar que la actitud del banco no había estado a la altura de las circunstancias dijo: “... valorando la gravedad del hecho, la afectación producida sobre la cuenta en la que se le depositan los haberes jubilatorios de la accionante con una bancarización obligatoria, la actuación posterior del banco demandado, las gestiones que debió realizar el actor en forma extrajudicial ante la entidad bancaria, la denuncia penal y finalmente este proceso civil; considero que el daño punitivo resulta procedente (arts. 8 bis y 52 bis de la LDC; SCBA LP C 122044 S 21/08/2019). Teniendo en cuenta lo expuesto y reiterando, que el fin del presente instituto resulta ser el de generar una conducta disuasiva tendiente a corregir las prácticas del mercado en las que los usuarios

resultan víctimas y buscando que tal obrar se adecue al requisito de buena fe y comenzar a tratar al consumidor como un sujeto con plenos derechos constitucionales, sin aprovecharse de su condición desventajosa es que fijo en concepto de multa civil la suma solicitada por la actora de PESOS QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL (\$ 534.000) (arts. 4, 8 bis, 52 bis y cctes. Ley 24.240).”

4.1.2. La demandada cuestiona su procedencia y su cuantificación, entendiendo que de su parte no existió obrar de mala fe ni conductas abusivas que tornen procedente la aplicación del instituto.

Los argumentos desplegados al expresar agravios no ayudan para revertir lo resuelto.

En primer lugar dice que no se produjo daño a la actora y que el hecho no le produjo beneficio alguno, sino todo lo contrario. Luego insiste en que cumplió con la normativa vigente en el momento de los hechos, en que no hay delito ni falla en el sistema informático del banco, y en el carácter excepcional y para supuestos de gravedad de la multa impuesta.

4.1.3. Las sanciones pecuniarias disuasivas, que podemos caracterizar como las multas privadas impuestas por jueces civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia, encontraron su origen en los Estados Unidos, en el marco del sistema de derecho anglo-norteamericano (punitive damages)<sup>5</sup>.

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil del año 1998 receptó el instituto bajo el nombre de “multa civil”. Sin embargo, a pesar de las reformas realizadas por la Cámara de Diputados, este Anteproyecto no

logró sancionarse. La consagración de los daños punitivos en el régimen argentino se logra efectivamente en el año 2008, cuando el régimen de Defensa del Consumidor recepta estas sanciones para las relaciones de consumo (art. 52 bis ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 del año 2008, con vigencia a partir del 15/4/2008). El Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, incorporaba en su artículo 1714 la figura de las “sanciones pecuniarias disuasivas”, para regir en todas las relaciones del campo privado<sup>6</sup>, pero las sucesivas modificaciones al mismo hicieron que dicha incorporación desapareciera, por lo que su aplicación quedó limitada al ámbito consumeril en virtud del art. 52bis precitado (esta Sala, causas 124.579, 27/12/2018, “Bustos c/ Renault”; 128.561, 22/12/2020, “Tsai Ming Chin c/ Coto”, 135.272, 28/12/2023, “Ezquerria, Graciela Beatriz c/ Banco Provincia de Buenos Aires”).

4.1.4. Efectuada dicha reseña, cabe destacar que el art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 07/04/2008) -vigente al momento en que ocurrieron los hechos (art. 7, C.C.C.N.)- dispone que: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil en favor del consumidor, la que se graduará en función a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo

de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley” (\$ 5.000.000).

4.1.5. La finalidad del instituto, es la de castigar (“punir”) a quien ha obrado con tal despreocupación e indiferencia hacia la posición de los damnificados (“grave conducta”), en situaciones donde sería una injusticia que la sanción se limite a sólo tener que abonar una indemnización resarcitoria (esta Sala, causa 120.537, 5/10/2016, “O.M.M. c/Hewlett Packard Argentina S.R.L. y otro s/Daños”, RSD. 286/2016; 135.272, cit.).

En función de ello las indemnizaciones punitivas buscan prevenir hechos similares en el futuro a través de la disuasión que provoca una sanción económicamente significativa (ello no sólo respecto del proveedor en cuestión sino de los demás proveedores). De este modo se evita (previene) que sujetos similares al sancionado busquen realizar conductas semejantes. Además, dado la “propiedad variable” de las indemnizaciones punitivas, se causa en el resto de la comunidad empresarial una profunda indeterminación en cuanto a su previsión cuantitativa, de forma tal que el dañador intencional no podrá “previsionar” en sus estados contables esta “cuenta” (conf. Molina Sandoval, Carlos A., “Derecho de Consumo”, Advocatus, Córdoba, 2008, pág. 76, cit. por esta Sala, causa 120.537, cit.).

Gráficamente señala Galdos, Jorge Mario (“Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, en “Tratado de Derecho del Consumidor”, Stiglitz, Gabriel-Hernández, Carlos A. (Directores), t. III, ed. La Ley, 2015, pág. 260), que la recepción normativa de la sanción pecuniaria parte del

presupuesto de que la responsabilidad civil cumple tres funciones: prevenir, reparar, sancionar.

4.1.6. Kemelmajer de Carlucci sostiene “que los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo (“¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”), en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, número 3).

Ramón D. Pizarro entiende que los daños punitivos son “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (PIZARRO, RAMÓN D. “Daños punitivos” en “Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (Dir.), PARELLADA, CARLOS A. (Coord.), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 291).

En definitiva se trata de una multa civil, indemnización pecuniaria disuasiva o una condenación suplementaria, que es independiente de otra indemnización resarcitoria, que se aplica a quien causa un daño injusto y a favor del propio damnificado -aunque no limitadas a “graves inconductas” tal como se desarrollará más adelante-, como consecuencia de la comisión de un acto ilícito realizado con intención o desaprensión, por encima del efectivo enriquecimiento de aquel y que tiene una finalidad



netamente disuasiva (su finalidad esencial es prevenir), sin perjuicio de su carácter punitivo (al punir graves inconductas del dañador).

Presenta dos elementos que son fundamentales para definir los daños punitivos: el castigo y la disuasión. Estos dos elementos, que son producto de la confluencia de la faz sancionadora y la faz preventiva del derecho de daños, responden al objeto primordial del instituto que no es otro que eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa que repercute en una multiplicidad de usuarios, en supuestos donde generalmente no hay reclamos o la reparación integral de los afectados que reclaman resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por el dañador. Es que si lo peor que puede suceder a quien daña es tener que devolver aquello que ha obtenido ilícitamente, frente a la inacción de la mayoría de los afectados, una condena reparatoria común no tendría efecto disuasivo alguno ni sería incentivo para evitar las conductas reprochables<sup>7</sup>.

La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados, que dicho daño haya sido agravado o provocado por circunstancias de malicia, fraude, o una conducta dolosa o simplemente por desinterés en el consumidor cuando ese mayor interés requiere inversiones que hacen al costo del servicio. No es ocioso destacar que el dolo se configura no sólo por la producción de un daño de manera intencional, sino cuando se actúa con manifiesta indiferencia por los

intereses ajenos (art. 1724, C.C.C.N.) y que no se requiere una conducta grave o con intención de dañar, sino una actuación con manifiesta indiferencia por el interés del consumidor. No debe perderse de vista que toda persona tiene el deber de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño (arts. 17 y 19, C.N., lo cual fue receptado por el art. 1710, inc. b, C.C.C.N.).

El art. 52 bis citado requiere que la condena se destine a la víctima, ya que de lo contrario se diluyen los propósitos preventivos del instituto, por la falta de incentivo para demandar que tiene la víctima (ayuda a prevenir y abortar el daño social o colectivo), sin que corresponda que este instituto sea tomado como instrumento de política recaudatoria porque se desnaturalizaría completamente la naturaleza del mismo<sup>8</sup>.

Para Colombres se trata de un premio a la lucha, el compromiso y la paciencia del consumidor que ha decidido arriesgar su capital para perseguir al culpable (“Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, ob. cit.).

Adhieren López Herrera, con cita de estudios especializados que demostrarían que esta es la solución más conveniente (“Daños punitivos en el Derecho Argentino. Art. 52 bis Ley de Defensa del Consumidor”, J.A. 2008-II, 1198) y Zavala de González (“Indemnización punitiva” en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997).

En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) se concluyó que “destinar la multa civil al consumidor no genera indebido

enriquecimiento: la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa (motivo legítimo) para el desplazamiento patrimonial”.

Su monto se debe fijar prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social y económica, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (la jueza de primera instancia tomó como parámetro las sumas involucradas y las multiplicó por tres).

4.1.7. Cuando el art. 52 bis de la ley 24.240 prevé la aplicación de la multa civil al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, no está diciendo que cualquier incumplimiento genera dicha sanción.

En primer lugar, establece que el juez “podrá” aplicar la multa en cuestión, lo que nos indica que el juez tiene un margen de apreciación en orden a su procedencia, conforme las reglas de la sana crítica (art. 384, C.P.C.C.).

Si bien esta Sala ha dicho que el “daño punitivo” está destinadas a punir graves inconductas del demandado (causas 122.191, del 9/5/2019, RSI. 108/2019, “Coelho”; 120.537, del 25/10/2016, RSD. 286/2016, “Orruma”; 118.829, del 15/7/2015, RSI. 129/2015, “Serrano” y 124.579, del 27/12/2018, “Bustos”), lo cual ha sido receptado por cierta doctrina -tal como surge de la reseña efectuada-, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en la causa C. 119.562, del 17/10/2018, “Castelli, María Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/Nulidad de acto

jurídico”<sup>9</sup>, por mayoría, a través del voto del Dr. de Lázari, consideró que el art. 52 bis precitado es claro “en cuanto a que exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 278/279; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María Velentina, Tratado Teórico - Práctico de Derecho Comercial, Abeledo Perrot, t. II-B, Buenos Aires, 2009, pág. 1197; Conclusiones de la Comisión 10, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, publicadas en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ed. La Ley, pág. 196)”, por lo que corresponde estar a dicha doctrina legal (art. 161, inc. 3 a, Const. Prov.) -y reiterada en la causa C. 122.220, del 12/8/2020, “Frisicale”-, y no limitar la procedencia del “daño punitivo” a los supuestos de grave inconducta (sin perjuicio de que la multa se debe graduar en función de la gravedad del hecho).

En consecuencia, el requisito para la procedencia del daño punitivo es el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el

consumidor. No se requiere de valoraciones subjetivas como la gravedad de la conducta del proveedor o empresa, ni su intención de dañar, las que quedarán reservadas en su caso para su cuantificación o graduación.

Empero, tal como lo ha dicho el Dr. Pettigiani en su voto en la causa prealudida causa C. 119.562, "Castelli" -y ha sido receptado por el tribunal en la causa C. 121.614, del 26/2/2021, "Aparicio"-, es deber de los jueces ser en extremo prudentes y cuidadosos al momento de establecer la sanción contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240.

4.1.8. De lo expuesto, surge que las notas distintivas de la indemnización pecuniaria disuasiva prevista en el art. 52bis, ley 24.240, son las siguientes: a) requiere petición de parte (consumidor dañado), lo que impone que el interesado precise el monto en la demanda e impide su aplicación de oficio; b) es necesaria la existencia del incumplimiento de una conducta legal y/o contractual respecto del consumidor, por lo que no requiere de una culpa agravada ni un daño grave<sup>10</sup> -tal como ya se ha dicho- y sólo se aplica en el ámbito de una relación de consumo; c) si bien el incumplimiento es una condición necesaria, no es suficiente, ya que su carácter "punitivo" requiere la presencia de una actitud intencional, negligente o despreocupada por parte del proveedor (se trata de un daño "inadmisible" cuya reparación tiene apoyatura en la "ejemplaridad"); d) el legitimado pasivo es el proveedor de bienes o servicios; e) es una condena pecuniaria autónoma de la conferida en concepto de resarcimiento del daño (no resarce un daño, sino que tiene la naturaleza de una penalidad); f) el beneficiario de la indemnización es el consumidor (víctima que sufrió el daño); g) sólo deben recaer en los proveedores que

sean autores -sea por autoría o complicidad- del hecho que motiva la sanción; h) tiene un tope según la remisión al art. 47 inc. b de la ley; i) su monto se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (esta Sala, causa 128.561 citada).

4.1.9. Sobre tal base y la necesidad de un trato digno hacia el consumidor (arts. 8 bis, ley 24.240; Comunicación A. 6664 BCRA del 4/4/2019, punto 2.6), cabe analizar si procede la multa civil fijada en autos.

Pues bien, del caso particular se desprende que la demandada ha incumplido con su deber genérico de seguridad, más no ha vulnerado los términos contractuales que lo ligan con el actor, ni con la normativa imperativa del BCRA (Banco Central de la República Argentina) vigente al momento del hecho (sin perjuicio de que ha través de las normas citadas podría haber ampliado su marco de acción en materia de seguridad). Es más, la actora no ha individualizado al expresar agravios hecho concreto de maltrato que surja de autos, más allá de las manifestaciones genéricas realizadas. Tampoco se ha probado que ha dejado de hacer -o prefirió no hacerlas- inversiones en materia de seguridad, empero se ha mostrado mas atenta a negar la existencia de un ilícito que a demostrar cuáles son las medidas que tomó a partir de los hechos denunciados. Por último, los precedentes que invoca el apelante, en cuanto se aparten de lo expuesto y prescindan de las particularidades de esta causa, tampoco sirven (arts. 163, 164, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).

Esto no significa de modo alguno que las deficiencias de seguridad resulten inocuas a la hora de decidir sobre la recepción de este instituto,

sino que debe ser valorada a la luz del caso en particular, donde se impone analizar el daño y su proyección hacia terceros, si hubo desinterés por parte del banco en mejorar las medidas de seguridad más allá de lo que exigía la normativa del B.C.R.A., no se observa reticencia del banco a mejorar sus medidas de seguridad a partir de las nuevas normas de la entidad que ejerce la superintendencia, más allá de que toda mejora en materia de seguridad genera mayores costos, que inciden en la rentabilidad.

Nótese que el phishing es un flagelo que en materia de seguridad bancaria afecta de igual forma a particulares como a las entidades crediticias. A éstas últimas no las beneficia económicamente, más bien las perjudica tanto sea económicamente como desde el punto del prestigio y fiabilidad de la empresa con la sociedad (sin perjuicio de que la “seguridad” forma parte del costo que trae aparejado la implementación de un sistema informático).

Además, en lo tocante a la cuantificación del daño punitivo -no ya su procedencia-, cabe tener presente que en el caso de autos se está ante una maniobra delictual pergeñada por terceros ajenos que ha tenido la colaboración de la actora, al haber sido engañada; que el Banco debe restituir al actor las sumas debitadas y no cobrar el préstamo “erróneamente” otorgado, por lo que pesará sobre sus arcas el dinero entregado en virtud del contrato declarado nulo; y que el art. 52 bis de la ley 24.240 no establece parámetros rígidos para estimar el denominado daño punitivo, disponiendo al respecto que su cuantía “...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso,

independientemente de otras indemnizaciones que correspondan" (SCBA, C. 120.989, 11/08/2020).

En definitiva, la demandada se ha mostrado más atenta en desconocer los hechos y sobrevalorar el archivo dispuesto en sede penal, que a demostrar un cambio de conducta que justifique la no aplicación de la multa, tal es así que no indicó que es lo que hizo para aclarar el ilícito denunciado (por ejemplo brindando en sede penal datos de las cuentas a las que se envió el dinero y aportar en dicho fuero mayores elementos para esclarecer los hechos); no indicó si en la actualidad pide o no denuncia penal para tomar el reclamo; no refirió las nuevas medidas de seguridad adoptadas luego de los hechos; a lo cual se agraga que la actora ha sido informada dentro de los deudores incumplidores al BCRA (actualmente figura con grado 5 -moroso irrecuperable-) y el banco no ha demostrado una conducta proactiva para revertir dicha calificación; tampoco surge la existencia de un canal o vía más rápida para efectuar el reclamo como sería una casilla de correo electrónico en lugar de una línea telefónica o la atención personal). Es más, de los agravios expresados surge que el banco habría hecho todo bien. La finalidad de la multa es que recapacite y de los agravios ello no surge.

Sobre tal piso de marcha, encuentro acreditado tanto el incumplimiento del deber de seguridad por parte de la demandada como las circunstancias atenuantes señaladas precedentemente -entre las cuales se encontraba la restricción ambulatoria generada por el COVID a fin de obtener una atención y el mejoramiento por parte del banco de las medidas de seguridad-, y la necesidad de mantener la condena desde el



punto de vista preventivo, por lo que estimo prudente confirmar el monto por daño punitivo fijado en la sentencia (arts. 17, 18, 28, 31 y 42 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 52 bis ley 24.240; 1, 2, 1092, 1093, 1094, 1094 y 1100, C.C.C.N.; 163, 164, 165, 260, 261, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

Voto, por la AFIRMATIVA.

El señor juez Dr. LOPEZ MURO, a la misma cuestión dijo:

Discrepo parcialmente con mi distinguido colega.

Estimo que en el caso en tratamiento es razonable que el Banco demandado asuma las consecuencias patrimoniales que se han generado a la actora, en la medida que ello ha resultado de deficiencias en la seguridad del sistema de transacciones electrónicas, que permitió a terceros apropiarse los fondos a través de la cuenta del accionante.

En tal análisis, y sin pretender volver sobre el tema que ha sido tratado extensa y detenidamente por mis colegas de la primera y segunda instancias, tal como lo he dicho en la causa 135.272, “Ezquerria, Graciela Beatriz c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Nuidad de contrato”, del 28/12/2023 (voto en minoría), advierto que es un caso fronterizo, en el que terceros, estafadores avezados, aprovechan las fallas del sistema para burlar a los usuarios en circunstancias también difícil, cuales las de aislamiento durante la pandemia.

Cabe destacar, en este análisis, que las “fallas del sistema” a las que me refiero se deben en gran medida a la interacción de un modelo informático

novedoso, para el que el usuario común, de buena fe e inexperto, puede ser fácilmente engañado por estafadores profesionales.

Los usuarios están advertidos y alertados por la publicidad que en términos generales y particulares se hace sobre el punto, a lo que se agrega que el sistema cuenta con algunas medidas de seguridad. Pero, como se advirtió, se aduna a un modelo ya establecido (llamado homebanking o e-banking), la incorporación repentina de usuarios que, por razones ajenas a su voluntad, tal es aislamiento durante la pandemia, comenzaron a utilizarlo en forma masiva. Lo cierto es que, como se advierte, las medidas de seguridad resultaron insuficientes, y en particular porque el “factor humano” aparece en el caso como un eslabón frágil en la cadena. Los usuarios no están preparados para lidiar contra la astucia de quienes, especializados en el fraude, logran superar los cuidados normales del hombre común que habitualmente piensa que los demás son tan honrados como él y resulta presa fácil de tales delincuentes. Véase además, que se trata de un campo nuevo de las transacciones por medios automatizados en las que día a día se impone adecuarlas a las circunstancias sobrevinientes.

En ese sentido, corresponde relativizar la excusación del proveedor del servicio ante la torpeza de la víctima, toda vez que si bien el daño pudo generarse por un error o falta de diligencia del usuario, tal error ha sido facilitado por las circunstancias ya referidas.

Concluyo que al ser burladas las prevenciones del usuario por esa vía, es razonable que la imputación de responsabilidad se vuelque a favor de éste y en contra de quien adoptó el sistema como modo de lograr el desarrollo

de su negocio. En tal sentido, señalo que la responsabilidad en tales supuestos ha de considerarse objetiva: es el conjunto del sistema armado por el comerciante, en este caso un banco, dispuesto para ofrecer y proveer servicios financieros, que tiene estos particulares aspectos riesgosos. Y aquí, la evaluación de lo que puede considerarse “cosa peligrosa” debe expandirse y adecuarse al tipo de operación o actuación y sus riesgos.

De modo tal que si el sistema informático tiene la posibilidad de gestionar operaciones financieras, de magnitud por cierto importante para los usuarios, y consecuentemente “peligrosas” en la medida que puede comprometer la fortuna de un usuario del sistema bancario, corresponde que se extremen las medidas de seguridad, de modo que un cliente no pueda ser burlado en su buena fe, utilizando en su nombre tales herramientas.

Como he tenido oportunidad de verificarlo personalmente, en la actualidad la obtención de un préstamo mediante el sistema e-banking del Banco de la Provincia de Buenos Aires requiere varios pasos que han agregado seguridad al sistema. El primer paso ya estaba previsto en el sistema: el usuario solicita el crédito y cumple con los requisitos que el sistema requiere, en este caso generar e informar un “token” de confirmación. A ello se ha agregado últimamente un segundo paso de verificación que si bien hace más lento el proceso, le da mayor seguridad: el usuario debe comunicarse con un operador del banco quien luego de realizar un conjunto de verificaciones acerca de la persona que se está comunicando, autoriza expresamente la operación.

Aún así ,y ello también estaba previsto anteriormente, el dinero se acredita dentro de las 24 ó 48 horas posteriores en la cuenta del cliente.

Esto importa un sistema de control en tres pasos, mediante múltiples procesos, contraseñas, verificaciones y tiempo de desarrollo para el otorgamiento del préstamo. Por supuesto, la transferencia del importe o su extracción también siguen rutinas de doble confirmación mediante un token del usuario.

En consecuencia queda claro que el segundo paso de verificación a través de un operador del banco ha sido agregado como medio de seguridad de este tipo de transacciones.

Lo expuesto confirma mi opinión en el sentido de que el modelo anterior permitía abusos y fraudes, de modo que fue mejorado por la institución bancaria.

2.- En esa línea de pensamiento, estimo que corresponde un análisis severo y en principio restrictivo en relación a la responsabilidad del demandado por otros rubros, tal como el daño punitivo reclamado.

Entiendo que la indemnización por “daño punitivo” no procede.

Por un lado, dicha indemnización no corresponde ante el mero incumplimiento del proveedor en una relación consumeril, sino que su admisión requiere de parte del mismo una actitud desaprensiva frente al problema planteado por el usuario. Como bien se ha señalado, para un comerciante o una empresa de servicios, uno de sus contratos es simplemente un punto entre miles, en tanto que para el usuario el inconveniente supone un trastorno importante en su confort. De allí que

se exija al proveedor una actitud diligente y una respuesta adecuada y tempestiva frente al reclamo. Empero, si éste ha sido canalizado respetuosamente y se ha dado respuesta, aún cuando ella no sea satisfactoria para el consumidor, no puede hablarse de una conducta que merezca ser sancionada.

Por lo demás, el fundamento de la sanción propuesta por mi colega no estriba tampoco en una conducta remisa, por parte de la entidad bancaria, para resolver el problema desentendiéndose de la suerte de los usuarios.

Los daños punitivos han sido definidos como “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado” (DOBBS, D. B., Law of remedies, citado por LOPEZ HERRERA, E. Los daños punitivos, 1ra. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 317).

No encuentro configurada de parte de la entidad bancaria una actitud de destrato y menos aún de desatención del problema del consumidor, a un lado el resultado al que se haya llegado en el tratamiento extrajudicial del reclamo. Y una vez más, he de advertir que, sin perjuicio de las fallas del sistema, el mismo se puso en funcionamiento en atención a particulares autorizaciones del Banco Central y, bueno es señalarlo una vez más, durante los tiempos en que las limitaciones de la

pandemia y las disposiciones del gobierno imposibilitaron las tareas presenciales, por lo que todos los ciudadanos nos vimos obligados a adaptarnos a las modalidades virtuales en forma urgente y sin tiempo para un proceso de adaptación, lo que permitió mayores abusos a las personas que, como la actora, resultaba inexperta. Ello me lleva a ser más cauteloso en orden a evaluar si una sanción del tipo que nos ocupa debe aplicarse, y en esa decisión me inclino por sostener la postura negatoria.

En consecuencia y conforme lo que antecede, propongo confirmar la sentencia en cuanto decreta la nulidad de los contratos de los días 12 y 13 de Agosto de 2020 que se correspondieron con el otorgamiento de un préstamo por la suma de \$ 178.000 y el adelanto de haberes por la de \$ 6.200, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de estos dos negocios, debiéndose reintegrar a la cuenta de la actora cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos y la suma existente en la cuenta N° 0014-5033 003-5238765 previo a estas operaciones -\$ 10.675,76-; y revocarla en cuanto admite el daño punitivo, que propongo dejar sin efecto.

Voto por la NEGATIVA.

A la primera cuestión planteada el Sr. Presidente doctor Hankovits dijo:

1. Atento la disidencia parcial planteada en las presentes actuaciones por los colegas de la Sala I de este Tribunal, es sólo en dicho marco que voy a emitir el mío en las mismas (arts. 35 Ley 5827; 168 últ. párrafo de la Carta Magna provincial) en tanto y en cuanto habiendo mayoría de opiniones en las restantes cuestiones, lo que satisface la

exigencia dispuesta para los Tribunales colegiados por el art. 168 de nuestra la Carta magna local, deviene innecesario pronunciarme sobre las mismas, ya que mi eventual opinión y voto en éstas no alterará la suerte del presente litigio sobre dichos aspectos.

2. En ese orden, sobre el punto que concita mi intervención, adhiero al voto del Dr. Sosa Aubone.

Voto pues por la AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez Doctor Sosa Aubone dijo:

En atención al acuerdo alcanzado por mayoría al tratar la cuestión anterior corresponde confirmar la apelada sentencia de fecha 6 de diciembre de 2023, en cuanto ha sido motivo de recurso y agravios. Postulo imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (arts. 68 y 384, C.P.C.C.).

ASÍ LO VOTO.

A la misma segunda cuestión, los Sres. Jueces doctores LOPEZ MURO y HANKOVITS, por los mismos fundamentos, votaron en igual sentido.

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

POR ELLO, y por mayoría de fundamentos en el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada de fecha 6 de diciembre de 2023, en cuanto ha sido motivo de recurso y agravios. Las costas de Alzada se

imponen a la demandada en su condición de vencida. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. Comuníquese al Ministerio Público. DEVUÉLVASE

Remítase a la IPP, a modo de colaboración, copia digital de las pericias realizadas en autos, ya que de las mismas surgen elementos que permiten avanzar en la investigación, a fin de ser agregadas al expediente penal.

.....

1. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, admitió la responsabilidad del Banco por la extracción por delincuentes de los fondos que el actor poseía en una cuenta, utilizando para ello una tarjeta de débito duplicada, información privilegiada del actor y comunicación telefónica con éste, que creyó que le hablaban del banco y le alertaban que terceros estaban utilizando una tarjeta electrónica apócrifa y así les reveló su clave de identificación personal (PIN). Esta maniobra delictiva la habrían realizado con más de 100 clientes de ese banco.

2. Gran parte de los ataques de “phishing” son realizados vía email o de mensajería instantánea. Esto se debe a que se pueden enviar millones de emails o mensajes de texto y voz, a listas o números obtenidas por los atacantes, donde se indica algún tipo de urgencia y/o situación de enorme conveniencia, para que la víctima siga ciertos pasos, que lleven a brindar ciertos datos personales.

También se puede realizar a través de llamados telefónicos, donde la interacción humana es fundamental para conseguir datos.



3. En la Argentina, el 60,28% de los cibercrimes de los últimos 6 años, se reportaron en el 2020. Además, hubo un aumento de las denuncias respecto del mismo período de análisis en el 2019 de un 61,12%. Es Phishing es uno de los cibercrimes más comunes en los últimos años, con un marcado crecimiento entre el 2016 y el 2019, con un abrupto salto en el 2020 ocasionado por la situación de pandemia (conf. [https://grupogemis.com.ar/wp-content/uploads/2023/01/Phishing\\_Argentina.pdf](https://grupogemis.com.ar/wp-content/uploads/2023/01/Phishing_Argentina.pdf) ).

4. El término “Daño punitivo” es impreciso, siendo preferible aludir a “Indemnización punitiva”, ya que se trata de una sanción frente a un ilícito civil.

5. Se suele ejemplificar a estos daños con el caso de los defectuosos de un vehículo, el Ford Pinto. Una cierta cantidad de unidades de este modelo de vehículo contenía un defecto de fabricación por el cual se prendía fuego si era chocado de atrás, incluso a baja velocidad. La compañía lo detectó y estimó que si hacía un llamamiento para reparar los autos vendidos en el mercado, el costo total iba a ascender a 137 millones de dólares (calculando un promedio de once dólares por unidad). Asimismo, consideró la Compañía Ford que si no hacía el llamamiento para la reparación de los vehículos defectuosos, y compensaba económicamente a las víctimas que reclamasen por las muertes y quemaduras provocadas por el tanque peligroso, la suma por las indemnizaciones se elevaría a unos 50 millones de dólares. Al ver el beneficio económico de esto último la Compañía Ford no reparo los vehículos (permitiendo que los vehículos Ford Pintos defectuosos

explotaran), optando por pagar la correspondiente indemnización a las víctimas. Cuando se constató que la empresa lo sabía, el jurado la condenó a pagar 2,5 millones de dólares de indemnización compensatoria y 125 millones más por "daños punitivos" (luego de la apelación, este último rubro se redujo a 3,5 millones). Así, la idea de pena privada asume especial importancia en el derecho estadounidense, (como así también en el derecho inglés), donde registra importantes aplicaciones, muchas de las cuales están vinculadas con la protección del consumidor. En cambio, no ha alcanzado mayor repercusión dentro del sistema de Europa continental.

6. La Comisión Reformadora denominó al instituto "sanción pecuniaria disuasiva" por considerar que la anterior denominación de "daños punitivos" es equivocada, fundamentando por un lado, que la finalidad del instituto es reparatoria y no punitiva; y por el otro que cuando la punibilidad se aplica no tiene relación muchas veces con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador.

Se trataba de una figura excepcional mediante la cual el juez tiene la atribución de aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

7. Cabe mencionar como ejemplo el caso de la Banca Nazionale del Lavoro SA., que estableció un cargo ínfimo de \$3 para sus clientes por el uso de tarjeta de crédito, bajo la denominación de "cargo por diferir pagos", que afectó a 50.000 clientes (ver fallo del Juzgado Nacional de

Primera Instancia en lo Comercial, del año 2004, “Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.”).

8. En ese sentido se expresa Pizarro, quien entiende que “técnica y legalmente no existe obstáculo alguno” para que se dé a la multa ese destino, criterio que resulta en un sistema más sencillo y dinámico desde que incentiva a la víctima a reclamar la pena; de lo contrario, los damnificados no estarían interesados en “complicar” un proceso judicial sin beneficio alguno (“Daños punitivos”, op. cit.).

9. En dicha causa se reclamaron los daños y perjuicios originados a raíz de un saldo deudor por débitos y comisiones con motivo de una tarjeta de crédito que nunca fue entregada y cuya situación de incumplimiento llevó a la calificación de la actora como deudora de alto riesgo.

10. Salvo que se considere que la gravedad del daño esta dado por su trascendencia social o repercusión institucional.

#### REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 29/10/2024 13:26:25 - HANKOVITS Agustin Francisco - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/10/2024 14:10:40 - SOSA AUBONE Ricardo Daniel - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/10/2024 15:52:02 - LOPEZ MURO Jaime Oscar - JUEZ

CAMARA II DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LA PLATA