

Datos del Expediente**Carátula:** S. D. R. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ NULIDAD DE CONTRATO (DIGITAL)**Fecha inicio:** 07/10/2020**N° de Receptoría:** LP - 36125 - 2020**N° de Expediente:** LP - 36125 - 2020**Estado:** En Letra**Pasos procesales:**

Fecha: 14/02/2022 - Trámite: SENTENCIA DEFINITIVA - (FIRMADO)

Registro: (D)

S. D. R. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ NULIDAD DE CONTRATO (DIGITAL) LP-36125-2020

LA PLATA, catorce de febrero de 2022.

Y VISTO: este expediente "S, D.R c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 19 de La Plata, a mi cargo, de los que,

RESULTA:

1) El 6/10/2020 D.R.S, por su propio derecho y con el patrocinio letrado del Dr. M.V.S, promovió demanda por nulidad de contrato contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Explicó que era jubilado de Astilleros Río Santiago y el día 21 de septiembre de 2020 recibió un llamado de una persona que se presentó como A.D.M como gerente de Telefonía Internacional 4 G informándole que había sido beneficiado con un sorteo por un premio de \$ 50.000.- y 2 celulares 4G. La suma le sería depositada en su cuenta para lo cual debía concurrir al cajero, lugar en el cual ellos le dieron un PIN y obtuvo un número de Token, el cual el dicente les facilita para que le realizaran el depósito. El día 25/9/2020 recibió otro llamado manifestándole que no habían podido realizar el depósito total, y que necesitaban otra tarjeta, que podía ser de un allegado. Cumplido eso, concurre al cajero y advierte que su tarjeta se encontraba bloqueada.

Frente a esa situación concurrió a la sucursal de Berisso del banco demandado y en los movimientos advierte que no existía el depósito y que existía una acreditación de \$ 650.000.-, y transferencias por la suma de \$ 215.000.- a favor de J.R; otras tres transferencias y una acreditación por adelanto de haberes por \$ 22.500.-.

El 28/9/2020 formuló denuncia penal (IPP 06-00-032685-20(00) y el 29/9 efectuó denuncia administrativa por ante el demandado. Allí se le informó que tendría que hacerse cargo de la suma de \$ 650.000.-, todo lo cual le generaba una situación de incertidumbre.

Solicitó se le confiriera al presente el trámite sumarísimo en los términos de la normativa de defensa del consumidor y se extendió en la configuración en el caso del supuesto de "phishing" en función de incumplimiento por parte de la entidad bancaria de las medidas indispensables para otorgar seguridad informática a las transacciones, a lo que agrega la deficiente información brindada al consumidor y la mala atención en el sector de créditos del banco.

Pidió el dictado de una medida cautelar que suspendiera los descuentos ínterin tramitara el proceso. Y en lo atinente al objeto del proceso, requirió el dictado de una sentencia que decretara la nulidad del contrato de consumo volviendo las cosas al estado anterior; la repetición de la suma de \$ 22.500.- injustamente debitada de su cuenta; con más la fijación de un daño punitivo que estimaba en la suma de \$ 1.950.000.-

Ofreció prueba, fundó en derecho y petitionó la oportuna admisión de la demanda, con costas.

2) El 6/11/2020 tomó intervención la Sra. Agente Fiscal. Y el 17 de ese mismo mes y año se admitió la medida cautelar requerida.

3) Se efectivizó el traslado de la demanda, presentándose el Dr. G.R el 23/12/2020 como apoderado del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Formuló, primeramente, negativas particulares. Seguidamente explicó que las operaciones cuestionadas fueron realizadas por el usuario con sus claves PIN y PIL

correctas, habiendo sido el cliente quien habilitó que se concretara los movimientos. Esta circunstancia ha sido confesada en la demanda donde el accionante ha reconocido que realizó esas transacciones por instrucciones de terceros, en violación al Reglamento de Cajero Automático Bapro. Es así que facilitó su tarjeta de débito y sus claves del cajero a un tercero desconocido. Por lo tanto ha sido la propia torpeza del Sr. S. la generadora de los daños y por ende interrumpe la cadena de causalidad en la responsabilidad de su mandante.

Dio cuenta de la normativa del BCRA aplicable y las campañas emprendidas por el banco como acciones preventivas y la información puesta a favor de los consumidores.

Impugnó la pretensión de nulidad, la acción de repetición y la aplicación de daños punitivos al presente caso. Ofreció prueba, citó el derecho aplicable y pidió que oportunamente se desestimara la demanda con costas al actor.

3) El 15/4/2021 se celebró audiencia preliminar en la cual -frente a la imposibilidad de arribar a un acuerdo- se recibieron las actuaciones a prueba y se proveyeron las medidas que se correspondían con los hechos controvertidos. El 24/8/2021 se certificó por Secretaría sobre el vencimiento del término probatorio y el cumplimiento de las medidas dispuestas. El 3/9/2021 se dio vista a la Sra. Agente Fiscal, la cual fue contestada el 20/12/2021. Finalmente el 21/12/2020 se dictó la providencia que colocó estas actuaciones para resolver, la cual adquirió firmeza el 30/12/2021.

CONSIDERACIONES:

I) Del marco normativo

Comenzaré señalando que, como se dispuso al inicio del presente proceso, la materia que integra se encuentra bajo la regulación de la normativa del derecho del consumo. Ello por cuanto es consumidor o usuario toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (art. 1 de la ley 24.240 t. ley 26.361).

Por lo tanto si el actor ha invocado en el ejercicio de sus pretensiones la titularidad del derecho en la relación de consumo entablada con el banco demandado, frente a la situación de afectación invocada -y que motiva el presente proceso-, se debe plasmar la tutela que la LDC establece, con más las disposiciones del nuevo marco legal de derecho privado, todo ello en una interpretación "sistémica y coherente" (art. 2 nuevo Cód. Civil y Comercial) con los postulados protectorios de los consumidores receptados por la Constitución Nacional en su art. 42 y art. 38 de la Constitución Bonaerense (arts. 3 in fine de la LDC; arts. 7, 1094 ss. y cc. del CCCN; resol. 36/19 del Mercosur).

Y especialmente en el tipo de contrato y servicio que ha motivado este juicio señala Gabriel Stiglitz que el sistema jurídico de protección del consumidor vigente en Argentina, encuentra hoy un campo de aplicación preponderante y urgente, en relación a los proveedores y responsables de servicios financieros y bursátiles. Funciona en los términos de un complejo y rico "diálogo de fuentes", de jerarquía constitucional, con las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 24.240, entre otras. Invocado un daño frente al proveedor de servicio financiero, aparece la reparación fundada en factores objetivos de atribución, con distintos supuestos de daños patrimoniales, extrapatrimoniales e indenizaciones punitivas. *"En este contexto, consumo, publicidad y crédito constituyen un triángulo que retroalimenta el sistema de la sociedad de consumo: la creación y fomento de necesidades se desarrollan por la publicidad, la moda y las prácticas comerciales en general, en tanto que la facilitación al consumo viene de la mano con la generalización y ampliación de las modalidades de financiación."* (Stiglitz, Gabriel, "La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles", TR LALEY AR/DOC/29921/2015).

Agregaré a lo hasta aquí señalado que al momento de los hechos el Sr. S. tenía 68 años. Por ende contaba -y cuenta- con la protección de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la ley 27.360 (9/5/2017). El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Y se define allí a la "persona mayor" como aquella que cuenta con 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

Asimismo la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio estableció que se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Y en este sentido el actor ha acreditado su discapacidad con el certificado adjunto en oportunidad de demandar (art. 2 inc. d de esta res.)

II) De los hechos

Abocada a la tarea de establecer los hechos, comenzaré diciendo que de acuerdo lo que han expresado las partes en sus escritos postulatorios, llega como no controvertido la relación entre ellas en función del contrato por el cual el actor resultaba ser cliente del Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 330 y 354 del C.P.C.).

Asimismo, a tenor de lo surge de las pericias cumplidas, aparecen acreditados los hechos acaecidos el 25 de septiembre de 2020.

El 11/7/2021 presentó su informe el perito Licenciado en Informática M.S.C. Explicó que verificó en el log que las operaciones se realizaron desde la cuenta de la parte actora hacia tres cuentas bancarias, identificadas con sus respectivas Claves Bancarias Uniformes (CBU), a saber: 0070076430004122449270, 0140184003520150902025 y 0140093903700252294561.

En relación a los cajeros, el perito pudo verificar en los registros de la demandada, que se generó 2 (dos) veces el token BIP en el cajero ubicado en el Banco Provincia Anexo Operativo, situado en Montevideo 202 esquina calle 4, de la Localidad de Berisso C.P.: B1923HMO Provincia de Bs. As. Asimismo, el homebanking en el cual impactaron las operaciones donde se utilizó el token BIP corresponde a aquel utilizado por el accionante y asociado a la cuenta de la cual es titular.

El perito pudo establecer una correspondencia entre las personas titulares de las cuentas de transferencia (destino) y las operaciones realizadas y registradas en el log de transacciones. Se pudo observar que existían tanto personas como direcciones IP que correspondían a la provincia de Córdoba, jurisdicción ajena a la demandada. Concluyó que: 1) el Sr. S., no tenía generado BIP Token previo a la maniobra, el mismo fue generado por él mismo. 2) BIP Token fue generado en cajero automático (ATM) con la tarjeta 4398189309482019 a nombre del Sr. S., en dos oportunidades

A su turno -3/8/2021- presentó su informe el perito Contador Juan Manuel Nardelli Castroviejo Según la información que le fue suministrada, los titulares de las cuentas destino del Banco Provincia fueron Fernandez Cintia Noemi DNI 29679199 nro de cuenta 0014-7002-003-5229456 y Cortes Mónica del Rosario DNI 5768706, nro de cuenta 0014-5201-003-5090202; y el titular de la cuenta destino de otra entidad bancaria fue Rivadero Jorge DNI 31041689, no informándome la entidad bancaria de destino. Adjuntó al informe el detalle del movimiento de la cuenta 0013-5033 003-5187850 de titularidad de D.R.S del cual surge la acreditación el 25/9/20 del préstamo de \$ 650.000.-, y ese mismo día las transferencias por las sumas de \$ 215.000.-, \$ 155.000.- y dos por \$ 150.000.-. En la misma fecha, además, se acreditó el monto de \$ 22.500.- por adelanto de haberes

De lo hasta aquí analizado surgen, entonces, acreditados los montos que se correspondían a los créditos a favor del accionante -préstamo y adelanto de haberes- y las transferencias a cuentas de terceros en ese mismo día (arts. 384, 394 y 474 del C.P.C.C.).

III) Del vínculo contractual y de la eximente invocada

La demandada ha invocado el hecho o culpa de la víctima, indicando que de acuerdo al relato realizado al momento de demandar ha sido el propio Sr. S. quien brindó sus claves a desconocidos, posibilitando la maniobra fraudulenta que en definitiva fundamenta su demanda.

Cabe aquí realizar algunas precisiones sobre el tipo de maniobra que se ha visto comprobada con las experticias analizada en el punto anterior.

El "phishing" es un término utilizado por los especialistas en informática para denominar una conducta ilícita que puede ser encuadrada en el campo de las denominadas estafas informáticas y que se comete mediante el uso de la ingeniería social en la que existe algún tipo de manipulación con un anzuelo -premio en el caso que nos ocupa- y una pesca -entrega de claves-.

Este nombre proviene, según alguna teoría, de la combinación del vocablo "fishing" -pesca- y "password" -contraseña- y alude a que una persona muerde el anzuelo brindando su contraseña. Para otros se deriva de "phreaking" que es la contracción de las palabras "phone" y "freak". Ahora bien, sin perjuicio del origen de la terminología, la adquisición de esa información confidencial se realiza por algún tipo de comunicación electrónica que tiene apariencia de normalidad y a través de la cual la víctima entrega voluntariamente esos datos personales y códigos (Pose, Lucía V., "Nuevas modalidades de estafa en el mundo digitalizado: el phishing", LALEY AR/DOC/3711/2013; Miller, Christian H., "Cuentas bancarias: ordenan restituir dinero a víctima de phishing", LL 2021-C, 5 y del mismo autor "Los casos de "phishing" en la justicia argentina avanzan favorablemente para los damnificados" LL 2021-F; Costa, Héctor L., "Phishing. Incidencias prácticas y flagelo a combatir en la sociedad" en Temas del derecho comercial, empresarial y del consumidor", agosto 2021. Ed. Erreius).

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.

Se trata, además, de una maniobra que ha tomado gran preponderancia dentro de los distintos supuestos de cibercriminalidad incrementados a partir de la pandemia Covid19 y las distintas medidas de aislamiento decretadas. Ya antes del aislamiento la atención humana había sido sustituida por otros medios automatizados. Pero sin duda las medidas de restricción adoptadas para paliar los efectos de la pandemia intensificó la utilización de medios electrónicos y distanció mucho más las actividades presenciales que usualmente se realizaban en las sucursales bancarias.

La Unidad Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) informó acerca del incremento de casos después del 2020. La mayoría de ellos fueron llevados a cabo mediante el envío de correos electrónicos o en forma telefónica denominada vishing (por voice) -como el caso en estudio- (ver "Informe de gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia 2020" disponible en https://www.mpf.gob.ar/ufeci/files/2021/09/UFECI_informe-pandemia.pdf).

Entonces, frente a ese cuadro de situación, el primer interrogante en el juzgamiento de la actuación de las partes contratantes radica en establecer cuál fue la actuación desplegada por el banco demandado.

El perito informático dictaminó que la demandada, si bien cumple con las medidas de concientización, capacitación, a integridad y registro y gestión de incidentes, no cumple el monitoreo y control. Este último 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 puedan generar un daño eventual sobre la infraestructura y la información. Pudo determinar que surgían del log de transacciones operaciones en las que se involucraban montos importantes que no recibieron el tratamiento que correspondía por su carácter de sospechosas o potencialmente fraudulentas.

Continuó señalando que tampoco cumple 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, segregación de roles y funciones y demás características del acceso de los usuarios internos y externos a los canales electrónicos.

El Informático Correa ha hecho mención a 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, pero que la demandada aún no había establecido a la fecha los hechos. 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 que refuerza la obligación que ya tiene la entidad financiera de detectar la posibilidad de engaños de ingeniería social.

La invocación de la normativa, sobreviniente al inicio de este proceso, fue realizada también por la actora y por la Sra. Agente Fiscal en su dictamen previo al dictado de la sentencia (art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

Asiste razón al letrado apoderado de la demandada en punto a que esa resolución no se encontraba vigente a la fecha de acaecimiento de los hechos -septiembre 2020-. Sin embargo, concuerdo con el perito que aquello que obligatoriamente se establecía ya había formado parte de otras resoluciones y recomendaciones del Banco Central de la República Argentina. La comunicación A 6878 del BCRA (24/1/2020) establece 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."*

La comunicación A 6664 del 5/4/2019 estableció, además, que usuarios de servicios financieros tienen derecho a la protección de su seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz acerca de los términos y condiciones de los servicios que contraten, así como copia de los instrumentos que suscriban; la libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno. Los sujetos obligados 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 de relevancia la conclusión del perito Correa en cuanto a que observó una falta de medidas de seguridad como aquellas que poseen las grandes compañías tecnológicas y, dentro del rubro de la demandada, las entidades financieras importantes o mundialmente reconocidas. Advierte que la demandada no alinea la misión del área de Tecnología Informática (TI) con los objetivos planteados para la entidad. El sistema informático utilizado por la demandada permite en 24 horas obtener una clave, contraer préstamos, transferir a cuentas no vinculadas y con las que antes no se han efectuado transacciones, requerir un adelanto 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 perjuicio de las observaciones e impugnaciones formuladas por la demandada (4/8/2021), por la fundamentación y entidad del informe inicial y las explicaciones del experto del 10/8/2021, el mismo será receptado a los fines probatorios (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.).

Entonces ¿es razonable pensar que en el marco de esa relación contractual existan créditos pre-aprobados que se encuentran a tan solo un click?. Si vemos los movimientos de cuenta del Sr. S. podemos advertir que el monto recibido era casi 10 veces lo que el percibe como jubilación. Y los hechos, recordemos, en un muy corto período de tiempo: se generó la clave bip token (2 veces), se pidió y obtuvo un préstamo por la suma de \$ 650.000.-, se otorgó un adelanto de haberes por la suma de \$ 22.500.-; todo el dinero recibido fue transferido a varias cuentas en forma casi inmediata (arts. 384, 394 y 474 del C.P.C.C.). Frente a esa operatoria, no se generó ningún tipo de alerta para detectar este tipo de actos irregulares e infrecuentes, sea por la entidad que ellos tienen, por la movilización de fondos en un período de tiempo muy reducido, por la existencia de usuarios con ubicación en otras provincias -Córdoba en este caso-, entre otros.

Sabido es que la actividad que desarrolla el banco resulta ser riesgosa a tenor de lo normado por el art. 1757 del Código Civil y Comercial en tanto se incorpora el riesgo empresario que resulta de una actividad económica y que se configura por una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, en las cuales el riesgo se deriva de tareas, servicios, productos o prestaciones y que generan para sus dueños o beneficiarios un provecho generalmente económico (Lorenzetti, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. VIII, págs. 586/587, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Se ha señalado 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 "Bieniasuskas", LL 21/7/2008; Id SAIJ: FA08971926).

Agregaré que 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. 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.

Y si se configura una relación de consumo, de allí también se deriva, en forma asociada, la obligación de seguridad que integra el contrato que tienen ambas partes y por lo tanto existirá obligación de responder si se incumplió con esa previsión legal que se deriva del tipo de servicio prestado (art. 42 de la C.N., CSJN fallos 329:646). En función de ello si el sistema de protección resultó insuficiente -conforme se ha concluido en la experticia informática- para prevenir e impedir maniobras fraudulentas como la que sufrió el Sr. S., afectando la previsibilidad y normalidad en la prestación del servicio y en el uso de las cosas y de allí se derivaron daños que se encuentran en conexión causal con el incumplimiento de esa obligación, pues entonces la entidad bancaria deberá hacer frente a la acción dirigida en su contra (arts. 5 y 40 de la ley 24.240 y 9 de la ley 25.326; arts. 384 y 474 del C.P.C.C.).

En ese cuadro de situación, ¿cuál es la incidencia que tiene la actuación del Sr. S. facilitando sus datos a terceras personas?

No advierto que la actividad fraudulenta esté conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos, sino en la falta de medidas hábiles 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.

Entonces podemos señalar que 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. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia (teoría de la causalidad adecuada) está dada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo (Bustamante Alsina, Jorge, "La relación de causalidad y la antijuridicidad", L.L. 1996-D,23; trigo represas, Félix A. - Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. I, pag. 631, Ed. La Ley; SCBA LP C 106086 S 19/12/2012; CC0203 LP 123863 RSD-33-19 S 28/02/2019).

La causa es la falta de seguridad en el sistema que el banco demandado puso a disposición del accionante. Entonces el hecho o culpa de la víctima -invocada por el banco- no reúne los requisitos para eximir 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 demandado (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 del vishing", JA 2021-III).

Bien señala Pizarro que cuando el hecho de la víctima es imputable al demandado -objetiva o subjetivamente- resulta inviable para generar la exigente. Cuando el demandado es quien provoca la acción de la víctima se presenta como una mera consecuencia del acto del ofensor y resulta inapta para liberar al sindicado como responsable (Pizarro, Ramón D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", T. I, pág. 251, Ed. La Ley, año 2007).

A modo de conclusión entonces: a) el Sr. S. resulta ser un consumidor hipervulnerable; b) el demandado ejerce una actividad riesgosa; c) el accionante fue sujeto pasivo de una maniobra fraudulenta por parte de terceras personas a las que le facilitó datos que permitieron que ellas generaran contratos con el banco y transfirieran las sumas a otras cuentas; d) esos hechos y los daños que de allí se derivaron al accionante se encuentran en conexión causal con la violación del deber de seguridad exigible al banco demandado, la vulnerabilidad del sistema y con la ausencia de medidas hábiles para impedir la configuración de este tipo de ilícitos; y e) que esas medidas le son exigibles 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 C.C.C.N.; 5, 40 y cc. de la ley 24.240).

En función de ello corresponde admitir la acción de nulidad planteada con relación a los contratos del día 25/9/2020 que se correspondieron con el otorgamiento de un préstamo por la suma de \$ 650.000.- y el adelanto de haberes por la de \$ 22.500.-, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de estos dos negocios y debiéndose reintegrar a la cuenta del actor cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos (arts. 34, 36, 163, 384, 394, 474 y cc. del C.P.C.C.; 382, 383, 386, 387, 390, 1092, 1093, 1094, 1095 y cc. del C.C.C.N.).

IV) Daños punitivos

La ley 24.240 incorporó en su art. 52 bis esta figura que resultó novedosa para nuestro ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio del lento avance desde la jurisprudencia y la doctrina para definir el alcance y procedencia de este tipo de sanción disuasiva, de conformidad a lo que resulta mayoritariamente aceptado estimamos que el reclamo por daño punitivo debe meritarse según la actuación desplegada por el deudor (OTAOLA, María A., "El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la sanción pecuniaria disuasiva" RCyS 2015-I, 19 • AR/DOC/4029/2014). Se ha señalado que el instituto abastece tres funciones: i) sancionar al causante de un daño inadmisibles; ii) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, iii) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (CC0203 LP 126465 RSD-260-19 S 12/12/2019).

Es cierto que en su admisión y -sobre todo- en la fijación de los montos ha primado la prudencia en los tribunales. Bien se ha señalado que los parámetros que la norma reguladora ha traído para su cuantificación resultan bastante laxos. Alguno han recurrido a las pautas que establece el art. 49 de la LDC para la sanción administrativa y en otros a la aplicación de fórmulas matemáticas (Tambussi, Carlos E., "La cuantificación del daño punitivo. ¿Retórica o fórmula matemática?", LL 2020-D, 662; Spanghero, Marcelo U., "El daño punitivo como sanción a las malas prácticas bancarias", LL AR/DOC/7499/2010).

Sin perjuicio de estas opciones, lo cierto es que conforme lo ha recordado la Suprema Corte de Justicia Provincial el art. 52 bis de la LDC 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*". (C 120989 S 11/08/2020). El juez de la SCBA de Lázari recordó en su voto en la causa C. 119.562 que a diferencia de lo que había sido aconsejado por la doctrina, no se 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.

Así entonces, debo meritarse, en forma conjunta con lo ya dicho en la evaluación del incumplimiento, que en este caso existió una desatención por parte de la demandada a aquello que el Sr. S. le estaba ocurriendo. Situación que no resultaba ajena a la actividad que desarrolla. Entonces, ocurrida la maniobra que había impactado sobre la cuenta bancaria del actor, la respuesta, la atención al usuario, el trato al cual el cliente tenía derecho, no estuvo en modo alguno a la altura de la circunstancias. Reitero, como ya se señaló en el juzgamiento de la conducta a la hora de establecer la relación de causalidad, que el demandado resulta ser una organización profesional. La mínima necesidad a satisfacer para el cliente y, yendo un poco más allá, la expectativa es que si sufre un hecho como el que derivó en este proceso, exista una respuesta adecuada, rápida y con un trato digno al que tiene derecho el consumidor (art. 8 bis de la ley 24.240).

La comunicación A 6664 del 5/4/2019, reguló especialmente el trato digno (2.6) y la obligación de brindar respuesta y resolución dentro de un plazo de 10 días hábiles de los reclamos que, relacionados con los servicios que ofrecen y/o prestan, les planteen los usuarios de los servicios financieros. Nada se incorporó a este proceso en oportunidad de contestar demanda que permita establecer cuál fue la respuesta ante la nota presentada por el actor (art. 354 del C.P.C.C.).

Por eso, valorando la gravedad del hecho; la afectación producida sobre la cuenta en la que se le depositan los haberes jubilatorios del accionante con una bancarización obligatoria; la actuación posterior del banco demandado; las gestiones que debió realizar el actor en forma extrajudicial, la denuncia penal (IPP 06-00-032685-20, oficio 24/5/2021), y finalmente este proceso civil; los daños punitivos resultan procedentes (arts. 8 bis y 52 bis de la LDC; SCBA LP C 122044 S 21/08/2019).

En función de ello, asignaré para atender a este reclamo la suma de \$ 600.000.- (arts. 34, 36, 163, 330, 384 y cc. del C.P.C.C. y los ya citados de la ley 24.240).

V) Intereses

En atención a que la suma fijada en concepto de daño punitivo tiene carácter sancionatorio, se liquidarán luego de que la presente adquiera firmeza y se encuentre vencido el plazo fijado para su cumplimiento (CC0202 LP 124946 154 S 18/06/2019). A partir de allí se liquidarán intereses a la tasa pasiva más alta que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera").

VI) Las costas del presente se imponen al demandado que resulta vencido (arts. 68 y 77 del C.P.C.C.).

Por ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, y lo normado por los arts. 161 inc. 3°, 168 y 171, Constitución Provincial; 34, inc. 4°, 96, 163, 165, 332, 354, 375, 384, 385, 394, 474 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, **F A L L O**: 1) Admitir la demanda que por nulidad de contrato y daños promovió D.R.S contra el **BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**. 2) Decretar la nulidad de los contratos de préstamo y adelanto de haberes, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de estos negocios y debiéndose reintegrar a la cuenta del actor cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos. 3) Condenar a la demandada a pagar al actor en el plazo de diez días de la que la presente adquiera firmeza, en concepto de daños punitivos, la suma de **Pesos seiscientos mil** (\$ 600.000.-), 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 dado para su cumplimiento. 4) Imponer las costas al demandado. 5) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que la presente adquiera firmeza y se encuentre establecida la cuantía económica del proceso (arts. 23 y 51 de la ley 14.967). REGISTRESE. Notifíquese en los términos del Acuerdo 4013 a los domicilios colocados al pie.

20174197157@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

20247043404@BAPRO.NOTIFICACIONES

MFURNUS@MPBA.GOV.AR

MARIA CECILIA TANCO

JUEZA

El presente ha sido firmado digitalmente

(arts. 288 del C.C.C.N. y 3 de la ley 25.506)

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----



TANCO Maria Cecilia
JUEZ

[Volver al expediente](#) [Volver a la búsqueda](#) [Imprimir](#) ^