En la ciudad de Pergamino, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° 4737-22 caratulada **"JUAREZ ANDREA NATALIA C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (98)"**, Expte. 75.603 del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 1, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Graciela Scaraffia, Roberto Degleue, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo:

El Sr. Juez de la anterior instancia hizo lugar a la demanda de inexistencia de actos jurídicos, más daños y perjuicios que promoviera la Sra. Andrea Natalia Juárez contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires; declarando la inexistencia de los contratos de préstamo personal y adelanto de haberes, cesando los efectos y las consecuencias generadas en función de estos negocios y, además, debiendo abonar a la actora, dentro de los diez (10) días de notificada la presente, la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO Pesos con 13/100 ($754.334,13), con más sus respectivos intereses calculados en la forma establecida en el considerando VI, a partir de la fecha de la mora (23-7-2022) y hasta el momento de su efectivo pago (S.C.B.A., Ac. 2078, C-95.720 del 15/09/2010 y L-118615 del 11/03/2015) (art. 768 C.C.C.N.). Aplicó las costas a la parte demandada, que resulta vencida. Difirió la regulación de honorarios de los letrados intervinientes y de los peritos, hasta que medie firme la respectiva liquidación de intereses y gastos.-

Tal decisorio, fue objeto de los recursos de apelación por la parte actora (9-2-2023) y por la demandada (7-2-2023), concedidos el 9-2-2023, primero en relación y con efecto suspensivo y el segundo en relación y al solo efecto devolutivo. El 13-2-2023 la parte demandada fundó su recurso y del mismo traslado a la parte actora el 14-2-2023. Con fecha 15-2-2023 la parte actora presentó su memorial y del mismo traslado a la parte demandada el 16-2-2023. En la misma fecha es evacuado el traslado conferido por la parte demandada. El 17-2-2023 la parte actora evacuó el traslado conferido.-

 Con fecha 28-2-2023 llamamiento de autos providencia, que firme a la fecha dejo la causa en condiciones de ser fallada.-

**1).-Agravios parte actora:** Comienza la quejosa agraviándose del monto estipulado en concepto de daño moral por considerarlo bajo. Afirma que la situación vivida por la Señora Juárez le provocó una alteración de su equilibrio espiritual, difícil de mesurar, pero a la hora de hacerlo se debería tener en cuenta la naturaleza del daño, su extensión, el camino recorrido tanto en sede penal y civil, las condiciones familiares, entre otros.-

En cuanto al monto estipulado en concepto de indemnización del daño punitivo se queja por considerarlo extremadamente bajo. Aduce que una sanción justa que permita hacer efectiva la función preventiva de la multa civil por medio de la disuasión, exige que el monto de la misma sea suficiente e idóneo para corregir la conducta del proveedor, a fin de que en el futuro evite volver a incurrir en conductas desaprensivas, indignantes o antisociales que afecten el trato digno que merece el consumidor.-

Por último se duele de la tasa de interés fijada en la sentencia de autos. Sostiene que se debería seguir la postura adoptada por esta Cámara Departamental en las causas "Piccardo María Albertina C/ Banco Santander Rio SA S/ Nulidad de Sentencia" -4684 22- y en "Raggio Alejandro C/ Banco de la Provincia de Buenos Aires S/ Daños y Perj. del./cuas". -4655 22-, y aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco Provincia en sus depósitos a treinta días, a las sumas debitadas -$54.334,13- que integran el rubro condena por daño patrimonial.-

**2).-Agravios parte demandada:** Comienza su escrito afirmando que el disparador de la situación vivida por la señora Juárez fue su propia conducta, siendo ella quien amablemente facilitara todos sus datos de acceso a sus cuentas bancarias a quienes le estaban realizado la estafa. Dice que contra estas actitudes torpes -como las que confiesa la propia actora- resulta imposible para cualquier sistema, por más avanzado que sea, bloquear operatorias no deseadas y blindar al cliente del accionar de terceras personas.-

Recuerda que la clave numérica ostenta la calidad de firma electrónica a la luz de lo dispuesto por la Ley 25.506, en su artículo 5. Además facilitar la clave de acceso al sistema electrónico transgrede las reglas previstas por la Comunicación 2530 del BCRA.-

Por estas razones considera que se ha interrumpido la cadena de causalidad que podría imputar al Banco cualquier responsabilidad sobre el hecho en cuestión.-

Se duele del supuesto incumplimiento de la normativa del BCRA, la cual -según la demandada- no se encontraba vigente al momento de lo hechos. Y que la sentencia de grado aplica la retroactividad de la normativa del Banco Central en claro perjuicio a su mandante.-

Afirma que el Bapro viene realizando diferentes campañas publicitarias orientadas a la prevención de los denominados delitos de ingeniería social, tanto en medios tradicionales como en la redes sociales. También realiza programas de educación e financiera que entre otros objetivos tiene el fin de concientizar sobre el uso responsable y seguro de los canales alternativos de atención.-

Se agravia del daño moral por considerarlo absolutamente desproporcionado a la situación fáctica de autos y sostiene que debe ser morigerado.-

En cuanto al daño punitivo, sostiene existe consenso doctrinario en el sentido de que solo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado. Y que la conducta del banco en el caso no puede ser calificada de tal gravedad solicitando se rechace el daño punitivo otorgado y se revoque la sentencia de grado.-

Contesta el traslado la actora, entiende que el banco demandado insiste en la culpa de la víctima y que él solo cumplió con su obligación de entregar el mutuo, pero que no aporta nuevos elementos que puedan convencer a V.E de lo dictaminado en primera instancia.-

En sus agravios la demandada confirma que no ha omitido deber de seguridad alguno, pero ésta parte entiende que de la prueba producida en autos surge que el banco tenia conocimiento del delito y aún así no actuó en consecuencia.-

Se agravia el demandado por el monto en concepto de daño moral del cual también fue objetado por la actora pero por bajo, atento a los padecimientos sufridos por la señora Juárez que quedaron debidamente acreditados en la pericia psicológica.-

También se agravia la banca pública por la condena al pago de la indemnización por daño punitivo por considerar que no corresponde la aplicación de una multa. La actora afirma que para aplicar la multa civil prevista en el art 52 bis debe tratarse de un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar, todo ello acreditado en autos.-

Para finalizar, considera que no han sido rebatidos seriamente los fundamentos de la sentencia de grado, por lo que debe confirmarse la misma, con intereses desde la fecha de mora hasta el efectivo pago, con costas.-

 A su turno, la demandada se opone al monto concedido en relación al daño moral por considerarlo desmesurado, entendiendo que fue la propia victima la responsable del hecho.-

Se queja también del monto reconocido en la sentencia de grado en concepto de daño punitivo. Afirmando que el Banco Provincia no merece ninguna sanción por no ser responsable de los hechos y siempre colaboró con la actora. Sostiene que dicho monto debe ser disminuido hasta su inexistencia.-

Por último, en cuanto al agravio de la actora por la tasa de interés aplicable, asegura que son las pautas judiciales en rigor, las cuales corresponden sean aplicadas.-

**3).**- Entrando a resolver este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en fallo reciente sobre la problemática que gira alrededor del delito de "phishing" y el deber de responder por parte de la entidad bancaria, habiéndose recogido allí conceptos normativos aplicables en la especie.-

En mi primer voto en el precedente "Piccardo" Causa 4684/22 me explayé y voy a ratificar aquí esos conceptos, a saber: " *Liminarmente he de señalar que he abordado la problemática traída, más lo ha sido en el ámbito cautelar, admitiendo la procedencia de la misma con base en los argumentos desplegados en mi voto en disidencia en la Causa N° 4217-21 "Juárez, Andrea Natalia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)". Registro N° 52 / 2021, donde en aquella oportunidad me expidiera señalando "Sin perjuicio de cierto grado de reproche que podría merecer prima facie la actuación de la actora, entiendo que atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica -en tanto hecho público y notorio- y la relativa facilidad que tendría el Banco para adicionar acciones suplementarias de control y ratificación (vgr. confirmación telefónica de la operación realizada), resultaría a priori esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado (art. 40 de la ley 24,240) -que reconoce como factor de atribución el deber de garantía y la obligación de seguridad (art. 5 y 6 de la ley 24.240)-, y el deber de prevención ex ante del daño (art. 1710 inc. a del CCyC)".-*

*"Ello además se halla en sinfonía con la reglamentación sancionada por el Banco Central de la República Argentina. Como bien apunta la parte actora, la entidad matriz ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de la operatoria”(Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6). En tal sentido, entiendo que la genuinidad no sólo implica la adopción de recaudos tendientes a asegurar que la operación se concrete a través del token que instrumenta la firma electrónica de la actora (autenticidad interna), sino también de aquellas otras prevenciones que resultan aptas para reducir los riesgos de que este dispositivo pueda ser utilizado ilegítimamente por personas distintas de su titular (autenticidad externa). En la especie, la verificación adicional de la operatoria a través de otro medio de comunicación resultaba prima facie un cuidado razonablemente exigible y proporcionado que podría haber evitado la consumación de conductas tipificadas por la ley penal".-*

*"Más allá de las alusivas campañas de prevención a las que referencia la entidad demandada y la seguridad inherente a la firma electrónica como medio para suscribir el contrato electrónico de préstamo financiero, no se halla acreditado en esta etapa liminar del proceso que el Banco demandado haya adoptado en el caso concreto acciones o medidas adicionales tendientes a neutralizar este tipo de maniobra delictiva. En virtud de ello, resultaría verosímil el derecho de la actora para justificar el dictado de la prohibición de innovar suspensiva de los débitos. Y, por ende, habría razón para confirmar la medida. Ese es mi voto".-*

 *"Fue aquí y con el alcance cautelar donde ya se iniciara el tratamiento de esta cuestión. Luego los integrantes de esta Alzada y frente a la proliferación de casos de "phishing" modificaron su enfoque, dando solución por unanimidad en la tesitura reseñada a todos los demás casos que siendo iguales en su especie, fueron traídos a revisión de esta Cámara Departamental. Así en el Expte. N° 4684-22 "Piccardo, María Albertina c/ Banco Santander Rio S.A. s/ Nulidad Acto Jurídico" Juzgado Civil y Comercial N° 3; Causa N° 4330-21 "Presta Miriam Laura c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución del 31/8/2021; Causa N° 4179-21 "Bustos, Marta Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otra/a s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - 20 de Abril de 2021; Causa N° 4107-20 "Raggio, Alejandro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" - Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 - Resolución de fecha 15 de Diciembre de 2020; Causa N° 4356-21 "Torri, Miriam Luján c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución de fecha 4/11/2021.-*

*En estos precedentes citados y por el voto unánime de los integrantes de esta Alzada, se transitó hacia los mecanismos de protección otorgando las medidas cautelares peticionados motivándolas en aspectos relevantes que surgen de la lectura de los respectivos decisorios".-*

*" Hoy se trae a revisión una cuestión que va más allá del estricto marco cautelar; desde que el objeto de la pretensión actoral ha sido obtener la declaración de nulidad del acto jurídico préstamo así como todas las transferencias realizadas a posteriori del mismo, otrora denegada por el operador de grado.-*

*El recurrente dice que se ha negado la existencia del cuasidelito, y aquí he de señalar que "Phishing es un término informático que distingue a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño a una víctima ganándose su confianza haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza (suplantación de identidad de tercero de confianza), para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar (por ejemplo, revelar información confidencial o hacer click en un enlace)".-*

*Justamente la actora se motiva en su configuración de sujeto legitimado activo para solicitar la nulidad del acto jurídico préstamo y los que fueron su consecuencia contra la entidad demandada y el nudo de la cuestión consiste en determinar si fue la propia conducta de la víctima en este caso la accionante la que produjo la consecuencia lesiva o bien ha sido el deber de seguridad incumplido por la entidad bancaria, lo que ha generado la responsabilidad y su consiguiente reparación.-*

*Muchos son los elementos a tener en cuenta y ciertamente han de ser abordados en forma puntual.-*

*En primer lugar ha de efectuarse un preciso encuadramiento jurídico del vínculo existente entre el usuario y la entidad financiera.-*

*En este sentido, es dable señalar que las relaciones jurídicas entre las entidades bancarias y sus clientes que tienen lugar a través de canales electrónicos resultan alcanzadas por el Código Civil y Comercial y si, por caso, el usuario que utiliza el servicio bancario lo hace con destino final deviene aplicable concomitantemente la ley de defensa del consumidor (art. 1 y 2 de la ley 24.240). Todo ello sin perjuicio de la profusa normativa administrativa dictada por el Banco Central y las demás entidades financieras que rige este tipo de actividad.-*

*A la luz de la regulación iusprivatista general, las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como una cosa riesgosa en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe recordar que la disposición precitada, adhiriendo a la interpretación expansiva de “cosa riesgosa” prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia previa a la última codificación, englobó no sólo a aquellas cosas que en sí mismas sean riesgosas, sino también a aquellas cosas e incluso actividades que, aunque por su naturaleza no comporten un riesgo específico, adquieran dicho carácter en virtud de los medios empleados o las circunstancias de su realización (cf. ARIAS, Carolina Isabel, GERSCOVICH, Carlos G. Responsabilidad bancaria en entornos digitales. Publicado en: RCCyC 2021 (septiembre), 5).-*

*Desde tal óptica, se advierte que las plataformas digitales generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial. A ello cabe agregar que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral, más allá de la eventual adhesión de los usuarios bancarios al sistema de referencia. Hete aquí la razón que justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias (Cf. Stiglitz, G., Hernández, C., Barocelli, S., La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015).-*

*En aras de determinar la responsabilidad de las entidades financieras por las estafas digitales padecidas por los consumidores bancarios, cabe traer a colación al art. 5 y 6 de la ley 24.240 –iluminado por el enfoque tuitivo que le confiere el art. 42 de la CN- que consagra la obligación de seguridad en tanto deber objetivo de resultado que rige aún en la etapa precontractual y, naturalmente, alcanza a todas aquellas situaciones de riesgos generadas por los procedimientos operativos arbitrados por los proveedores.-*

*Sobre los alcances de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, es dable señalar que la figura apunta a cubrir cualquier tipo de lesividad que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo (cf. MOREA, Adrián Oscar, El Phishing y los préstamos digitales, un nuevo foco de responsabilidad bancaria. Publicado en Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Ed. Erreius, Febrero 2022)".-*

*"El art. 42 de nuestra Carta Magna inaugura su texto refiriendo a que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos..." siendo ello una muestra prístina de la filiación constitucional de la obligación de seguridad en el ámbito de consumo. Esta directiva fundamental no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores, debe ser interpretada en el sentido de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor. Así es que, en palabras de la Corte Nacional, la protección de la seguridad es un derecho previsto constitucionalmente de goce directo y efectivo por parte de sus titulares.-*

*Sobre la base de estas premisas fundamentales, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria ha promovido y consolidado una lectura amplia y finalista del art. 5 y 6 de la LCD expandiendo las fronteras de la obligación de seguridad no sólo a las cosas peligrosas, sino también a todas aquellas actividades que puedan revestir cierto riesgo para la persona o bienes de los consumidores o usuarios, siendo ello lo que justifica que se imponga al proveedor el deber de velar por la inocuidad de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores. Tal flexibilidad hermenéutica también ha sido favorecida por la potenciación normativa de ciertos principios jurídicos como la buena fe (arts. 1, 9, 11, 729, 961, 991, 1061) y el principio preventivo (arts. 1710 y 1711).-*

*Como consecuencia lógica de esta relectura de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, se ha considerado que estamos frente a un deber de resultado que reconoce su fundamento en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse durante la fase precontractual, contractual y poscontractual. De conformidad con tal amplitud, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales (CSJN, "Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", Fallos: 333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti; CSJN, "Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro", Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni)".-*

*En punto a la responsabilidad aplicable a la entidad bancaria señalé que "que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva agravada y, en función de ello, recae sobre los proveedores bancarios la obligación de realizar todas las acciones que exija la naturaleza de la relación de consumo, tendientes a evitar perjuicios a los usuarios del sistema. Se trata, en efecto, de un deber lo suficientemente amplio como para abarcar prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación de los clientes".-*

*"De este modo, los parámetros o estándares de actuación de los bancos adquieren una especial dimensión y estrictez en virtud de la superioridad técnica y económica que deriva de su insoslayable profesionalidad. Ello impone una operatividad concreta de las pautas contenidas en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. Por un lado, la segunda mitad del primer párrafo en tanto manda a analizar con estrictez "la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"; por el otro, la disposición del segundo párrafo refuerza la especial diligencia que le incumbe al Banco en el cumplimiento de este cometido: "Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes". En esta línea, Chamatropulos sostiene que la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también regidos por el estatuto del consumidor pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras (Chamatropulos, Demetrio A., El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos, RCyS 2010-IX, 95, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5129/2010).-*

*A los fines de evidenciar la contundencia con la cual se está evaluando esta obligación de seguridad, resulta ilustrativo traer a colación lo resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso "Zappettini". Entonces, los magistrados votantes sostuvieron que: "la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación de resultado en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc. y, a la vez, de seguridad en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros". (CNCom., sala D, 11/08/2009, "Zappettini, Raúl M. c. Banelco SA", JA 70054894, LLOnline 20090796).-*

*Este criterio se potencia en el estado actual de desarrollo tecnológico que asola al mundo, atento a la necesidad y conveniencia de canalizar una mayor cantidad de operaciones a través de los servicios financieros. Tal circunstancia conlleva para la entidad financiera la responsabilidad de actuar con la atención y cautela que corresponda al servicio que presta y se obliga a cumplir, máxime cuando dentro de tal sistema se insertan los derechos de millones de personas que muchas veces no cuentan con la posibilidad de acudir a otra alternativa.-*

*Considero entonces que la extensión conferida a la obligación de seguridad bancaria, guarda adecuada coherencia sistémica con las reglas y principios que rigen en el sistema iusprivatista argentino y, por sobre todo, con el criterio protectorio que domina en las relaciones de consumo, cuya vigencia, lejos de rehuir a la realidad específica de las transacciones bancarias, adquiere aquí una intensidad mayor atento a que la situación de vulnerabilidad cognoscitiva, técnica y económica del usuario bancario tiende a profundizarse en este ámbito.-*

*De la aplicación de las reglas y principios vigentes en el orden jurídico se desprende que los consumidores financieros requieren en el entorno digital de una protección mayor a la que reciben en el mundo físico. Como bien explica Tambussi, "el sistema de comercio por medios electrónicos agrava las obligaciones de las entidades bancarias porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se profundiza en el mundo virtual (…)”.-*

La conducta que se describe y de la que fuera víctima Andrea Juárez dio también origen mediante la denuncia respectiva a la Investigación Penal Preparatoria Nro 12-00-004148-20/00 por el delito de estafa en los términos del art. 172 del Código Penal, constituyéndose la actora en particular damnificado por ante ese fuero.-

Entre los elementos de la IPP más la pericia informática del 22-2-2022, realizada por el perito Ricardo Nelson Canal, se tuvo por acreditado el hecho acaecido el 22 de Julio de 2020, de la que se desprendió la efectiva acreditación en la cuenta de Juarez de los importes correspondientes al préstamo personal por la suma de $378.000 y el crédito por adelanto de haberes de $13.000.-

En el informe presentado por el Perito Informático verificó que las operaciones se realizaron desde la cuenta de la parte actora hacia 3 cuentas bancarias, identificadas con sus respectivas claves bancarias uniformes (CBU) que se detallan en el informe, y en relación a los cajeros, el perito verificó en los registros de la demandada, que se generó el Token BIP en el cajero automático (ATM 05411) ubicado en el Banco Provincia de la Av. Juan B. Justo 1799 de la ciudad de Pergamino, en fecha 22-7-2020.-

En cuanto a las cuentas destino de los fondos solicitados en préstamo los $200.000 y los $178.000 se transfirieron a distintos CBU, pero con las mismas dirección de I.P -181.9.166.254-, pertenecientes al mismo banco -Macro- y registradas en la localidad de Cruz del Eje, Provincia de Córdoba.-

Verificó también en cuanto a la generación del BIP Token que la tarjeta de crédito se encontraba habilitada a la fecha y no registraba denuncias por robo/extravío y que se generó clave PIN (numérica) y PIL (alfabética) exitoso en un primer intento de un ATM de uso frecuente de la clienta.-

Coincido con el juez de grado en que esta conducta de la víctima no es una ruptura del nexo causal que pretende invocar el banco para exonerarse de responsabilidad, sino justamente los elementos que configuran el tipo objetivo y subjetivo de estos ciberdelitos.-

Tampoco puede atenderse el reclamo sobre una supuesta aplicación retroactiva de los Reglamentos y Directivas del Banco Central, porque aquí se pone el acento en el deber de seguridad que tienen las entidades financieras y que configuran el factor objetivo de responsabilidad fundado en el derecho civil y no estrictamente en aquellas. Asimismo las campañas de prevención y notificación a los clientes por e-mail no implica una ruptura del nexo causal por el cual se configura el reproche en cabeza de la entidad demandada ni aminora su responsabilidad.-

Respecto de las quejas que vienen asentadas sobre los rubros daño moral y el daño punitivo, su procedencia cuantificación he de señalar que: Respecto del daño moral claramente surge de la situación vivida por la actora que le ha provocado una alteración del equilibrio espiritual, difícil de mensurar, y tal como lo señala la recurrente se trata de un daño in re ipsa, conforme lo normado por el art. 165 del CPCC y su doctrina, por lo que en la tarea de mensuración he de tener en cuenta la naturaleza del daño, su extensión, el dificultoso camino de la denuncia penal y sus consecuencias, la edad de la actora, la judicialización a la que tuvo que acudir en sede penal y civil para obtener una respuesta jurisdiccional, y la zozobra que produce en una persona el duro camino de los vericuetos legales.Todo ello bien valorado por el juez de grado, confirmando desde aquí el importe dado.-

Como lo he señalado en el precedente Reg. 68/2021 en mi primer voto: " conforme las enseñanzas de Matilde Zabala de González en materia de prueba del daño moral, no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o genérico de no dañar) ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce" (Resarcimiento de daños, 5°, "Cuanto por daño moral" Hammurabi, Bs As, 2005, pags 158 y ss).-

Con relación al daño punitivo vuelvo a reiterar los conceptos vertidos en el precedente "Piccardo" desde el punto de vista conceptual cuando allí se señalara *"Este Tribunal ha sido cuidadoso al momento de aplicar el daño punitivo, puesto que si bien normativamente se encuentra receptado en el art. 52 bis de la LDC consiste en un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños que correspondieran, tiene un propósito sancionatorio y está inspirado en el common law. La gravedad del hecho según nos enseña Picasso es tenida en cuenta por la norma para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición para su procedencia, indicando que el juez no se encuentra constreñido más que por su buen sentido para que proceda la condena, debiendo tenerse en cuenta requisitos tales como: el incumplimiento del proveedor respecto de sus obligaciones legales con el consumidor, la solicitud de aplicación por el perjudicado, la graduación numérica teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la independencia de esta pena con otras indemnizaciones, todo ello claramente expuesto por Picasso en Nuevas Categorías en la Ley de Defensa al Consumidor p. 133 citado por Jorge Mosset Iturraspe y Javier Wajntraub en Ley de Defensa al Consumidor Ley 24.240 y modificatorias Editorial Rubinzal-Culzoni".-*

*Traigo también aquí un precedente de este Tribunal en Causa 3703/2019 con el primer voto de mi distinguido colega Dr. Roberto Degleue quien señalara conceptos que aquí voy a aplicar:-*

*"El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece 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 a favor del consumidor, la que se graduará en función de 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".-*

*La norma es clara en cuanto como requisito exigible para su aplicación indica que el proveedor no cumpla sus obligaciones que tanto la ley como el contrato le imponen para 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 Wajntraub, 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)".-*

*"Es que el Banco demandado por su calidad profesional debió ser más diligente en solucionar el conflicto al que por su accionar hizo que la relación contractual, la que debía llevarse en buenos términos y con debida diligencia, sino que por el contrario realizando los actos reprochables que enunciara el juez de grado, incluso a llevar un proceso adelante, negando todo lo que se expusiera en demanda, pero no aportando de su parte prueba que pueda rebatir los hechos, pese a que se encontraba en mejor posición precisamente por ser su calidad profesional esperable de una entidad financiera de renombre".-*

*"Cabe tener en cuenta que: "El instituto del daño punitivo abastece tres funciones: I) sancionar al causante de un daño inadmisible; 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 124158 RSD-229-18 S 25/10/2018 - Carátula: Chacón Damián Esteban c/ Plan Ovalo S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ Daños y Perj. incump. contractual (exc. estado) - sumario Juba:B356893). Al respecto, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Santa Fe en septiembre de este año, la Comisión 4 sobre "Daño Punitivo" concluyó por despacho unánime que: "Los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria".-*

*La procedencia del art. 52 bis de la ley 24240 tiene su respaldo en la garantía protectoria establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad, e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y de trato equitativo y digno”.-*

Estimo como razonable también el importe condenado por el operador de grado por esta multa civil.-

En cuanto al interés devengado, es preciso diferenciar entre la tasa aplicable a las sumas debitadas y la tasa aplicable al daño moral y punitivo. Respecto al primer aspecto, corresponde aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días desde el momento en que cada una de las sumas haya sido debitada de la cuenta en razón del préstamo declarado inexistente hasta el efectivo pago (SCBA, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios", causa C. 119.176, 15/6/2016). Y respecto a la segunda cuestión, cabe aplicar una tasa pura del 6% desde el momento del hecho configurativo del "phishing" (22-07-2020) hasta la presente sentencia y de allí en más la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días hasta el momento del efectivo pago (SCBA, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", causa C. 120.536, 18/04/2018; SCJBA, "Nidera S. A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", C. 121.134, 3/5/2018).-

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

**VOTO POR LA AFIRMATIVA**

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora, sólo en punto a los intereses, los que serán calculados conforme las pautas dadas en los considerandos de la presente. Confirmando en todo lo demás la sentencia apelada.-

Rechazar el recurso de apelación deducido por el apoderado del Banco de la Provincia de Buenos Aires.-

Imponer las costas a la parte demandada devinta (art. 68 del CPCC y su doctrina).-

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

S E N T E N C I A:

Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora, sólo en punto a los intereses, los que serán calculados conforme las pautas dadas en los considerandos de la presente. Confirmando en todo lo demás la sentencia apelada.-

Rechazar el recurso de apelación deducido por el apoderado del Banco de la Provincia de Buenos Aires.-

Imponer las costas a la parte demandada devinta (art. 68 del CPCC y su doctrina).-

Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 4013 SCBA) remitiéndose copia digital de la presente sentencia a los domicilios electrónicos de las respectivas partes. Devuélvase.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 04/04/2023 09:16:33 - DEGLEUE Roberto Manuel - JUEZ

Funcionario Firmante: 04/04/2023 09:21:36 - SCARAFFIA Graciela Hilda - JUEZ

Funcionario Firmante: 04/04/2023 11:03:17 - MARTINEZ Nicolas - SECRETARIO DE CÁMARA

Domicilio Electrónico: 23261843439@BAPRO.NOTIFICACIONES

Domicilio Electrónico: 27341034723@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

‰7U")è%f;ptŠ

235302090005702780

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL PERGAMINO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 04/04/2023 11:05:50 hs. bajo el número RS-38-2023 por PE\NMARTINEZ NICOLAS.