

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 24 días del mes de noviembre del año 2023. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA, DE MINERÍA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA de la Tercera Circunscripción Judicial, el Dr. Dres. Emilio RIAT y los Dres. María Marcela PÁJARO y Federico Emiliano CORSIGLIA, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "**ARIAS, CARLOS AGUSTIN C/ BBVA BANCO FRANCÉS S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO)**" **BA-29664-C-0000**, y discutir la temática del fallo por dictar, con la presencia del señor Secretario Dr. Alfredo Javier ROMANELLI ESPIL, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, el Dr. Federico Emiliano CORSIGLIA dijo:

I. Vienen estos autos al acuerdo para tratar el recurso de apelación interpuesto por la demandada (presentación E0010) con fecha 23/11/2022 contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2022. Dicho recurso fue concedido en relación y con efecto devolutivo, el cual fue sustanciado y contestado por la actora.

II. Antecedentes del caso.

La acción corresponde a un pedido efectuado por la parte actora, quien reclama la nulidad de un contrato de préstamo y el cobro de la suma de \$1.500.000 en concepto de daños y perjuicios.

La parte demandada, BBVA Banco Francés S.A., citada y emplazada, se presentó a través de su apoderado, Dr. Sergio Eduardo Capozzi quien contestó demanda, negó los hechos, fundó en derecho, ofreció prueba y solicitó su rechazo.

Luego de producidas y transitadas las etapas procesales pertinentes, el magistrado de grado dictó sentencia, hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad del contrato de préstamo que el banco otorgó a la parte actora por la suma de \$213.000, y condenó a BBVA Banco Francés S.A. a pagar en el plazo razonable y usual de treinta días corridos a Carlos Agustín Arias la suma de \$1.600.000 en concepto de capital, con más los intereses moratorios que correrán a una tasa del 8% anual desde la fecha de mora (notificación de la demanda 20/11/2020) y hasta la fecha de la sentencia y a partir de

allí y hasta su pago a la tasa establecida por el Banco Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor (Fleitas” del STJRN del 3/07/2018), bajo apercibimiento de ejecución con imposición de costas.

Para así resolver, consideró que entre las partes existió una relación de consumo dado que hubo un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor (art. 3° de la ley 24.240). La actora intervino como consumidor, ya que acreditó haber contratado servicios bancarios en forma onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Asimismo sostuvo que el carácter de proveedor de la demandada es evidente, ya que se trata de una persona jurídica que desarrolla de manera profesional la comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios (arts. 1 y 2 de la ley citada).

Agregó que no caben dudas que los contratos bancarios se encuentran alcanzados por la ley de defensa del consumidor, en virtud de lo dispuesto por el art. 1384 del Código Civil y Comercial en cuanto contempla expresamente que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093".

Afirma que existió el incumplimiento alegado en la demanda, en tanto el banco demandado, a pesar de que se generó en el sistema una nueva clave bancaria, permitió no sólo el otorgamiento de un crédito instantáneo por la suma de \$213.000, sino también la inmediata transferencia de esas sumas de dinero a cuatro cuentas bancarias pertenecientes a distintas personas las cuales fueron investigadas en sede penal con motivo de la denuncia realizada por el actor.

Señaló que no resulta seguro para cualquier cliente, que ante tales operatorias referidas, que aparecen como sospechosas, no exista un sistema de protección al momento de efectivizarse, ya sea, verificando las autenticidades, solicitando la confirmación de las operaciones, difiriendo en el tiempo las mismas, identificando la dirección IP (Protocolo de Internet) del dispositivo electrónico, o cualquier otro aviso o alerta que los medios tecnológicos pudieran brindar en estos casos.

Sostiene que son operaciones sospechosas porque no se tratan de operaciones que el actor realizara con habitualidad, y que no se tratarían de cuentas bancarias -las destinatarias de los fondos- que estuvieran registradas por el actor con anterioridad a dichas operaciones. Que no se ha demostrado que ello fuera así ya que el banco demandado no produjo la prueba pericial informática que ofreció para acreditar las

medidas de seguridad que alegó cumplir y a su vez omitió responder el oficio librado por la parte actora donde se le solicitaba información sobre las denuncias que se habían formulado bajo esta modalidad y si se habían adoptado modificaciones al sistema de seguridad.

Así menciona que en las relaciones de consumo que caen bajo la órbita normativa de la Ley 24.240 (reformada por Ley 26.361), el art. 53 impone a los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder en orden a las características del bien o servicio y les agrega el deber de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.

Sostiene que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo, rige en toda su dimensión el principio de la "carga dinámica" en materia probatoria. Y, la responsabilidad civil del banco deviene objetiva y para liberarse debió demostrar que la causa le fuera ajena (art. 40 de la ley 24.240).

Acerca de la conducta de la parte actora de brindar las claves bancarias, sostiene que no sólo fue producto de un engaño de un tercero y en la creencia de que era el banco quien le solicitaba las claves (conforme surge de la causa penal), sino que tampoco ha tenido incidencia causal suficiente para la producción del hecho, ya que en definitiva, ha sido la inseguridad en el sistema bancario lo que permitió realizar las operaciones que aparecían como sospechosas.

Que toda la operatoria bancaria ocurrida (préstamo y transferencias) bien pudo haberse evitado si el banco, pese al engaño sufrido por la parte actora hubiera tomado todas las medidas de seguridad adecuadas al caso.

Afirmó que, no puede soslayarse que el banco demandado fue sancionado en sede administrativa con una multa de \$5.000.000 por no haber cumplido con el deber de información ni con la obligación de seguridad del servicio brindado en diversas situaciones similares a la presente; (Disposición N° DI-2021-453-APNDNDCYAC#MDP, del 17/06/21); todo lo cual denota un manifiesto desinterés del banco en su accionar frente a tales incumplimientos, lo que importa para el consumidor un trato indigno (art 8 bis de la ley 24.240).

Así, en este caso, tampoco se cumplió con el debido deber de información adecuado y veraz con relación al préstamo que estaría otorgando (condiciones, plazos, etc.), ni sobre los reclamos efectuados por el actor ante los hechos acontecidos, ni sobre la situación en que se encontraba frente a esas operatorias.

Señalo que en estos casos de acciones individuales de consumidores deben resarcirse las

consecuencias perjudiciales inmediatas y mediatas, por aplicación analógica del art. 54 de la ley 24.240, que contempla una reparación integral para las acciones de incidencia colectivas.

Sostuvo que además, el art. 40 de la ley 24.240 no distingue entre supuestos de relaciones contractuales o no y establece una responsabilidad solidaria que implica que todos los deudores deban una sola cosa. Por lo tanto, la extensión de la responsabilidad debe ser única para todas las relaciones de consumo y, a tales efectos, debe prescindirse de distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual porque la ley no hace esa distinción y porque, en definitiva, la fuente de la obligación es legal, más allá de que en algunos casos la fuente de la obligación sea contractual.

Que la extensión de la responsabilidad debe ser amplia e integral, como ocurre en los casos de responsabilidad extracontractual (art. 3° de la ley 24.240; Wajntraub, Javier H, "Protección Jurídica del consumidor", Abeledo Perrot, on line).

En cuanto al daño moral, consideró que por su índole espiritual, debe tenérselo por configurado, ya que la sola producción del incumplimiento contractual presume la existencia de una lesión en los sentimientos. Que es evidente la existencia del daño moral porque los hechos comprobados han sido suficientemente mortificantes para el actor, no sólo por el hecho acaecido sino también por la falta de información y respuesta por parte del banco, y por el trato indigno que se le brindó al consumidor por parte de una entidad bancaria en la cual la parte actora depositó su confianza y de quien esperaba una respuesta rápida, tranquilizadora y satisfactoria con relación a la problemática presentada. Que teniendo en cuenta que la parte actora ya recibió \$99.000 con su conformidad por parte de uno de los imputados en la causa penal (ver nota UFT nro. 2 de fecha 31/05/21, según la contestación de informe de fecha 29/04/21) estimó razonable otorgar la suma de \$400.000, en concepto de resarcimiento por daño moral (artículo 165 del CPCCRN), cuantificado a la fecha de la sentencia.

Concluyó que debe indemnizarse en concepto de daño punitivo a favor del actor, la suma de \$1.200.000 cuantificado a la fecha de la sentencia puesto que se observa la existencia de una conducta totalmente desaprensiva por parte del banco, ya que, ante la problemática que sufrió el actor, no sólo no se ocupó de brindar una respuesta seria y adecuada a la circunstancias del caso dada su posición de profesional en la materia, sino que también incumplió dichas obligaciones de manera deliberada y con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (Cf. Art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Finalmente sostuvo que estamos ante una conducta que, como mínimo, puede calificarse como culpa grave que debe ser sancionada con multa a favor del actor por la suma de \$1.200.000 con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares. Que dicha suma es razonable teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, el grado de desequilibrio existente entre partes, la presunta solvencia económica de la demandada y su posición en el mercado, la existencia de otras posibles víctimas, la posibilidad y recursos que tenía para conocer la existencia del daño causado y poder evitarlo y la actitud posterior al hecho.

III. Expresión de agravios.

La demandada en la fundamentación del recurso (presentación E0011 de fecha 05/12/23022) que mereció replica de la contraria (presentación de E0012 de fecha 22/12/2022), critica la sentencia por arbitraria e injusta; entiende que no ha tomado en cuenta términos sustanciales de la defensa e incluso ignorando prueba producida causándole un perjuicio irreparable, de modo que solicita se rechace la demanda con imposición de costas y hace reserva de presentar Recurso Extraordinario.

Aduce que es un hecho denunciado por la actora que, en respuesta a una oferta de venta de un vehículo, el mismo se contactó con un desconocido que se habría identificado como He?ctor Omar Javier Platero, quien le pide los detalles del auto que le son otorgados y manifiesta intere?s en adquirirlo, ma?s tarde confirma la compra y le envía su DNI por whatsapp, a fin de aseverar su identidad y de entregarle una sen?a. Reconoce que unos minutos ma?s tarde lo llama una persona invocando ser empleada del BBVA France?s y le dice que necesita unos datos a los fines de arbitrar los medios para que entre una transferencia que advertía que el ingreso a su cuenta estaba trabado por un error del sistema. Hasta allí pareci?a ser el camino para concretar la venta, entonces ingenuamente y de buena fe le dio los datos. Luego, volvio? a llamar el sujeto que dijo ser empleado del Banco y le dijo que no podi?an destrabar su inconveniente porque seguramente el sistema habi?a dado de baja la clave, ya que por su seguridad despue?s de un tiempo en forma automa?tica se dan de baja las claves y que habi?a que generar una nueva. Persuadido de buena fe, siguiu? los pasos y le dijo que cuando se efectivizara la operacio?n lo volveri?a a llamar. Que el actor reconoce su propia torpeza. Permanentemente el banco envía mail, mensajes e incluso a través de su página home banking donde se reitera la necesidad de evitar suministrar a terceros las contraseñas y claves. Que el actor nunca rechazó la oferta de tener un crédito pre-acordado.

Agrega que al momento de contestar la demanda, sostuvo que la actora a trave?s del

Home Banking y con su clave personal, que es la única persona que la debe conocer, salvo que él, bajo su propia responsabilidad se la brinde a un tercero, sacó un préstamo en el banco por la suma de \$213.000, el cual se le acreditó en la cuenta sueldo en pesos Nro. 258.41714/8. Que luego con su clave personal efectuó cuatro transferencias por las sumas que declara en su escrito de demanda a personas ajenas a cualquier operatoria del banco. Sostiene que el único perjudicado es el banco, dado que la institución no otorgó un crédito conforme los usos y costumbres de las operatorias bancarias, los que son conocidos como pre-aprobados porque el monto guarda relación con los movimientos y respaldos del cliente. Él mismo lo hizo a través de Home Banking, usó su usuario y clave y el banco le ha suministrado a su cliente protección y seguridad de sus intereses económicos.

Reitera que a su entender fue el actor quien voluntariamente decidió contactarse y llevar adelante su relación con el banco a través del sistema home banking, él creó su usuario y contraseña. No solo el actor, cualquier ciudadano, sabe que el ciber delito es una de las formas novedosas que se ha instalado en el mundo desde hace años. El banco siempre se esforzó en brindar información adecuada y veraz. Fue el actor quien no escuchó ni se atuvo a las mismas suministrando a un desconocido su clave y usuario.

Agrega que el actor alega pero no prueba mal trato o falta de respuesta. Por el contrario, recibido el reclamo inmediatamente el banco canceló el crédito, no cobró cuotas, devolvió dinero y en definitiva el actor no sufrió perjuicio económico alguno.

Afirma que es cierto que la carga de la prueba es dinámica, lo que el sentenciante omite decir es que es diabólica. No hay más prueba que la genérica aportada: claves y contraseñas las crea el cliente, el nivel de seguridad garantiza que ningún ajeno a la relación contractual ingrese a la cuenta del cliente, salvo que sea el mismo cliente quien le brinde el acceso y esto es lo que sucedió. No se advierte responsabilidad civil del banco objetiva pues como hemos dicho hasta el cansancio, fue el actor quien subjetivamente alteró la ecuación de seguridad y que sin causa no hay efecto, si el actor no suministraba la clave nada habría pasado.

Con relación a la indemnización por daño moral se agravia en cuanto el Sr. Juez hace lugar al rubro “daño moral”, recurriendo a la figura protectoria de la relación de consumo. Para que ello ocurra es imprescindible que haya habido por la empresa una actitud que roce con el dolo, una intencionalidad de obtener un beneficio económico consecuencia directa de engaño, abuso, posición dominante. Ninguna de estos extremos se presentan aquí, el banco es el único perjudicado económicamente pues debió afrontar

la salida de dinero consecuencia de la actitud negligente del actor. Cuando el sentenciante menciona la figura de la reparación integral, la ley 24.240 se refiere a acciones de incidencia colectiva, él hace una “creación” que altera el equilibrio de derechos y la esencia del art. 54, no hay conducta abusiva o dolosa por parte del banco. Tampoco hay consecuencias perjudiciales inmediatas y mediatas, el patrimonio del actor no se vio alterado.

En relación al daño extrapatrimonial añade que la accionante no ha aportado prueba alguna que acredite haber sufrido un menoscabo de la integridad psicofísica, espiritual y social. Obviamente, en este extremo no procede la inversión de la carga probatoria. De igual modo, no hay elemento que haga ni siquiera sospechar que la contraria haya tenido una ganancia frustrada y considera que la suma de \$ 400.000 es arbitraria, y sólo responde a un ejercicio intelectual del Sr. Juez sin base alguna.

Luego manifiesta en cuanto al daño moral, que en la sentencia también se presume que el actor recibió un trato mortificante, indigno, con falta de información. Sostiene que no hay prueba al respecto. Por el contrario, la actuación del banco fue rápida, a la altura de las circunstancias y que sin esperar la finalización de la causa penal, al actor se le “devolvió?” las sumas que según sus dichos habrían sido solicitadas por un tercero en una acción delictiva.

Refiere en relación al daño punitivo, que el Sr. Juez cita como antecedente jurisprudencial el Fallo Cofre del S.T.J.R.N., el cual no ha interpretado correctamente. Que “La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo (directo o eventual) y que la declaración de nulidad del contrato de préstamo es abstracta pues así se decidió al momento de recibir el reclamo del actor.

Finalmente solicita la revocación de la imposición de las costas, dado que aún en el supuesto que se haga lugar a la demanda, la actitud de la accionada siempre fue solucionar el problema del actor, aún extrajudicialmente, y si se llegó a esta instancia fue porque la actora fue intransigente en su demanda por una “reparación ejemplar”. Que la demandada es tal o más perjudicada que la accionante, y para el hipotético caso que se confirme la sentencia solicita que se declaren las costas por su orden, o que se reduzcan los honorarios regulados por altos.

IV. Repuesta a los agravios.

Por su parte la actora, al contestar los agravios (presentación de fecha 22/12/2022), solicita que se rechace la impugnación del quejoso con costas.

Señala que el recurso no cumple con los recaudos formales de procedencia, no formula una crítica concreta y detallada de los fundamentos expuestos por el juez de grado, y tampoco hubo en el proceso medidas probatorias denegadas que hubieran impedido hacer valer sus defensas.

Argumenta que no hubo prueba que acreditara que BBVA Francés SA haya dado cumplimiento a las obligaciones de seguridad, publicidad, prevención y a las normas establecidas en la LDC, que el crédito otorgado hubiera sido consentido, porque en la prueba producida no existen elementos que constaten que así lo fuera. Que jamás acreditó que reiteradamente emitía alarmas preventivas al momento en que se produjo el hecho, por lo tanto el sentenciante no puede dar por reconocidas las afirmaciones carentes de respaldo probatorio de parte de quien está en condiciones de aseverar sus dichos.

Afirma que no existió en estas actuaciones elementos que acrediten que el Banco actuó en resguardo a los intereses de sus clientes y que se hubiese ocupado de verificar e individualizar a las personas que piden un crédito y requerir consentimiento expreso para concretar un contrato, y que hubiera dado cumplimiento al comunicado A 6878.3.8.5 del BCRA, y nada agrega en su queja indicando prueba que diga lo contrario y hubiera omitido tener en cuenta el sentenciante.

Expresa que quedó acreditado el encuadre legal que se otorgó en la sentencia, porque no hay elementos que afirmen que el condenado hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones como entidad bancaria mejor posicionada que el actor. No hubo información adecuada y veraz y trato equitativo y digno. No se acompañó constancia de verificación de autenticidad de la persona que estaba haciendo la transacción bancaria y el cliente, como tampoco se detuvo en ello teniendo en cuenta que no era una operación que el cliente hiciera habitualmente; como tampoco hubo pruebas que demostrara que la institución contaba con alertas a fin de verificar que existiera coincidencia entre el cliente y el sujeto que estaba arbitrando la obtención del crédito pre otorgado, responsabilidad que no pesa sobre el consumidor.

En cuanto a la imputación del daño punitivo, los argumentos de la recurrente carecen de fundamento ya que reitera lo expuesto en la defensa sin haber aportado elementos que constaten que se arbitraron los medios para evitar que su cliente sufriera este estadio judicial de total angustia e incertidumbre sacándolo de su estado de normalidad y provocando el enorme malestar económico y psicológico, durante estos dos años de incertidumbre. Tampoco demostró intención de reparar el daño sufrido por el actor en

ninguna instancia posterior, o que hubiera actuado con el objeto de que cese el menoscabo sufrido por el hecho objeto del presente.

En lo que respecta al daño moral, el demandado yerra al invocar conceptos alejados a lo preceptuado doctrinariamente en relación a este tipo de perjuicio. No existe normativa que le otorgue exclusividad a la reparación integral, solo en acciones de incidencia colectiva excluyendo a las individuales y que deban estar sujetas a una acción dolosa, por lo tanto, su crítica carece de sustento jurídico. Asimismo se equivoca el quejoso al referir que el patrimonio del actor no fue afectado, ya que el mismo fue alterado desde el momento que se le descontó la primera cuota del crédito y posteriormente hubo que interponer una cautelar para que le restituyera dicha cuota y más adelante hubo una secuencia de presentaciones judiciales denunciando el incumplimiento de la cautelar. Que la cuota del crédito otorgado en esa oportunidad afectaba más de un 30% de sus ingresos.

Sostiene que los montos indemnizatorios impuestos en la sentencia están calculados en base a los preceptos que hacen al derecho al consumidor, a través de los cuales se establece que dicha indemnización puede multiplicar numerosamente el monto reclamado, teniendo en cuenta el tiempo por el que perduro la incertidumbre, y en este caso debido a la apelación, aún subsiste.

Finalmente en cuanto al daño punitivo, aduce que es procedente porque ha quedado acreditada la grave indiferencia con relación a los derechos al consumidor, evidentemente hubo una marcada negligencia, que hasta se diría que es bajo el monto impuesto.

V. Análisis y solución del caso

V.1. Ingresando al tratamiento del recurso, inicialmente debo señalar que la fundamentación recursiva expuesta por la parte demandada no adolece de la insuficiencia técnica que le atribuye la actora, sino que el memorial luce ajustado a lo prescripto por el art. 265 del CPCC., puesto que del mismo surge una crítica concreta a la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante lo que impone el rechazo de la declaración de deserción peticionada (Cf. Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 206, TII,P. 101/102).

V.2. Luego, y en lo atinente al tratamiento del recurso, advierto que tanto la accionante como la accionada reconocen que entre las partes existió una relación de consumo dado que hubo un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor (arts. 1,

2 y 3 de la Ley 24.240) y que los contratos bancarios se encuentran alcanzados por la ley de defensa del consumidor, en los términos del art. 1384 del CCyC.; sin embargo disienten en cuanto a la responsabilidad que le fue atribuida a la demandada, la condena por daño moral, la evaluación y cuantificación del monto estimado en concepto de daño punitivo y la imposición de costas.

V.3. Por una cuestión de orden lógico daré tratamiento a los agravios de la demandada conforme la responsabilidad que le fue atribuida.

1. De los agravios expuestos por la demandada surge que el fundamento fáctico que utiliza, esto es que la actora a través del Home Banking y con su clave personal, que es la única persona que la debe conocer (salvo que es, bajo su propia responsabilidad se la brinde a un tercero), sacó un préstamo en el banco por la suma de \$213.000, el cual se le acreditó en la cuenta sueldo en pesos Nro. 258.41714/8. Posteriormente y también con su clave personal efectuó cuatro transferencias por las sumas que declara en su escrito de demanda a personas ajenas a cualquier operatoria del banco.

Es decir que la recurrente sostiene que la actora no fue víctima del delito de phishing, por haber violado el deber de mantener sus claves en confidencialidad.

He de señalar que el caso en análisis involucra una modalidad de ingeniería social, esto es un término general que “describe la acción de intentar engañar a las personas con el fin de que revelen información o realicen determinadas acciones” (glosario de Ciberseguridad cit. en los Lineamientos del Banco Central sobre ciberseguridad conf. <http://www.bcra.gov.ar>).

En particular el phishing consiste en el engaño y manipulación psicológica de la víctima para que revele datos o autenticación que no brindaría en otras circunstancias. Ha sido conceptualizada como “la obtención de información confidencial o sensible del usuario a través de distintas técnicas.

En el caso que nos ocupa el delincuente tomó contacto con la víctima vía telefónica y, con un componente de ingeniería social, engañó al actor quien le otorgó voluntariamente la información solicitada (nombre de usuario, contraseña y número de cuenta).

Ahora bien, corresponde analizar la responsabilidad de la entidad bancaria en cumplimiento de la obligación de seguridad cuyo factor de atribución es objetivo y de la que sólo puede liberarse probando la causa ajena, que en el caso debe reunir los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad del caso fortuito (arts. 1730, 1731, 1733 del CC y C.).

Siendo indiscutible la relación de consumo que une a las partes, debe analizarse la cuestión por incumplimiento del deber de seguridad inherente a las entidades bancarias (arts. 1384, 1093, 1094 y cc del CCyC) con sustento en los derechos del consumidor de fuente constitucional (art. 42 de la C.N.) receptado entre otras normas, en los arts. 5, 6, 40 y cc de la ley 24240, que se integra además con las reglamentaciones que ha dictado la autoridad de aplicación, por tratarse de un usuario de servicios financieros (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de La Nación Comentado”, Tomo VII, pág. 249, Ed.Rubinzal-Culzoni, 2015).

En efecto, de las constancias probatorias rendidas en estas actuaciones, de la providencia de certificación de prueba de fecha 30 de mayo de 2022 y de la causa penal caratulada “ARIAS CARLOS AGUSTIN C/PLATERO HECTOR OMAR JAVIER S/ ESTAFA”, LEGAJO N° MPF-BA-01907-2020, surge que la actividad defensiva de la demandada estuvo principalmente direccionada a eximirse de responsabilidad por el hecho de que la víctima violó el deber de mantener la confidencialidad de sus claves. Sin embargo, la recurrente no ha probado haber cumplimentado las medidas de seguridad que hubiese adoptado en virtud de lo dispuesto por la Comunicación BCRA N.º 6017 del 15 de julio de 2016 y sus modificatorias que dispone sobre los “Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con la tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras”.

A ello cabe agregar que la entidad demandada amen de lo vinculado a las credenciales personales y su sistema de validación, y la campaña de concientización respecto de la problemática, tampoco produjo la prueba pericial informática que oportunamente ofreciera, con la finalidad de acreditar las medidas de seguridad que adujo cumplir, ni tampoco acredito la habitualidad de las operaciones de transferencias inmediatas efectuadas tras el otorgamiento del crédito de manera instantánea.

Tales extremos, abona aún más la credibilidad del relato que da cuenta la actora en su demanda respecto de la maniobra de engaño.

En este contexto, corresponde analizar si la conducta de la parte actora detenta la suficiente entidad como para producir la interrupción del nexo causal, que desencadene su no responsabilidad civil de conformidad lo normado por el art. 1729 del CCyC.

La relación causal no vendría a ser más que "...la conexión de un hecho dañoso con el sujeto a quien se le atribuye..."; esto es "...la imputación objetiva o atribución material de determinado efecto a cierto sujeto de derecho"; y "...la exigencia de una relación de

causalidad entre el hecho y el daño, para que sea jurídicamente atribuible a quien se indica como responsable, satisface un elemental reclamo lógico" (Alterini, Atilio A., Responsabilidad Civil, 3ra ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 135).

En este escenario, en la ponderación de los hechos así definidos, y de la prueba producida, entiendo que la facilitación de los datos por la actora mediante engaño, si bien fue una condición del hecho, no tiene la entidad que el recurrente pretende en cuanto afirma que fue su causa, agrego, la causa adecuada conforme nuestro sistema de responsabilidad civil, con entidad para producir el resultado.

En consecuencia coincido con el a quo que se encuentra acreditada la conducta antijurídica del Banco como hecho generador de responsabilidad (art. 1716 y 1717 del CCyC.).

Así, incumplida la obligación de seguridad en atención a las consideraciones realizadas y no habiéndose acreditado la existencia de eximentes, el agravio respecto a la responsabilidad que le fue atribuida a la entidad demandada en la sentencia de grado debe ser desestimado, confirmándose la sentencia en este aspecto.

2. Ingresando al rubro indemnizatorio, respecto del daño extrapatrimonial la demandada cuestiona tanto su procedencia como su cuantificación.

Con relación al rubro daño moral, se ha conceptualizado ya sin discusión como aquellos padecimientos y afecciones de índole espiritual, que pudiera sufrir la víctima de un accidente, así como las angustias que conlleva su recuperación; sujetos a un parámetro de naturaleza subjetivo, desde que no puede objetivarse esa cuantificación que, por su naturaleza misma ese daño se haya condicionado a las especiales circunstancias que rodean a cada persona.

Es conteste la doctrina en afirmar que el mismo debe ser regulado por los jueces con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio padecido. Así se ha dicho que: "La determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella" (CNCiv., Sala G, 2008/02/12, La Ley Online).

Se ha entendido al daño moral como:...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como

consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...”. (Cf. Jorge Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni 2006, Tº V D.M., Pág.118).

Es importante destacar que el daño moral se emparenta con el denominado “precio del consuelo”, esto es al resarcimiento que “procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias” (Iribarne H. P., “De los daños a la persona”. Págs. 147, 577, 599) criterio receptado por el Art. 1741 del CCCN, conforme la jurisprudencia de la Corte Nacional (CS, 04/12/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros”).

Para determinar su existencia y su entidad, es esencial tener en cuenta que en el derecho del consumo el incumplimiento siempre genera daño moral porque es un hecho notorio en cuanto a que lesiona los sentimientos y afectos del consumidor o usuario que ha aportado sus horas de trabajo (como unidad productiva) para alcanzar la tasa de satisfacción por el acceso a bienes y servicios y la confianza depositada en las empresas proveedoras, generando la frustración del fin de consumo o ser usuario, por lo cual el daño moral no necesita prueba de su existencia, si de su intensidad (cfr. Ghersi, Carlos Alberto, “Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral”, LLC 2013 (marzo), 133, AR/DOC/1005/2013 fuente: la ley online.

En el caso de autos, por su índole espiritual y sopesando las circunstancias por las que tuvo que atravesar la actora, el maltrato que la burocracia técnica le deparó, en franca vulneración de su calidad de consumidor, partícipe de una relación desigual, teniendo en cuenta todas las alternativas que tuvo que afrontar el usuario para el esclarecimiento de su situación, pero por sobre ello el tiempo insumido en procurar su solución, he de coincidir con el a quo que debe tenérselo por configurado, ya que la sola producción del incumplimiento contractual presume la existencia de una lesión en los sentimientos.

Respecto del monto decidido la queja no contiene un agravio concreto, es decir no obran argumentaciones respecto a la cuantificación, por lo que ha de ser desestimado.

3. Seguidamente trataré el agravio expuesto por la recurrente sobre la aplicación del daño punitivo basado en la presunta errónea aplicación del art. 52 bis de la Ley 24.240.

La multa civil ha sido considerada por la doctrina generalizada como una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves. Asimismo posee una

innegable función disuasiva del actuar desaprensivo de los proveedores, en el sentido del artículo 2 de la ley de defensa del consumidor y que consiste en una suma de dinero otorgada a favor del damnificado independiente de la indemnización por sobre el daño sufrido. Su finalidad es sancionar al incumplidor, para disuadirlo de continuar con la misma conducta o con conductas similares y también se orienta con una finalidad de prevención general para disuadir a otros proveedores respecto de la práctica de dichas conductas.

Es exigencia conforme consenso doctrinario y jurisprudencial casi unánime, que debe detectarse en el proveedor una conducta de culpa grave (dolo eventual) o dolosa (Cf. Lorenzetti, Ricardo Consumidores Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, p. 563).

El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la ley 25.361 (B.O. 07/04/08) incorporó la figura del daño punitivo en estos términos “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. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc b) de esta ley”.

En este contexto, cabe analizar la conducta de la entidad bancaria a fin de determinar si ha actuado con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. (Cf. Arts. 52 bis LDC y art. 1724 CCyC).

La entidad demanda ninguna prueba ofreció a fin de demostrar que, ante la denuncia del cliente de haber sido víctima de una modalidad de ingeniería social, cuya existencia y mecanismo en general es reconocida por la entidad a partir de sus campañas publicitarias, realizó algún tipo de verificación, a fin de dar una respuesta a la actora pasible de ser considerada como trato digno. (art. 8 bis de la ley 24240).

Es que en este caso el deber de prevención en cumplimiento de la obligación de seguridad, y el deber de actuar en consecuencia una vez detectada la operación sospechosa, o bien con posterioridad ante la denuncia realizada por el consumidor, era de la entidad bancaria. Deber, que se encuentra agravado por su profesionalidad en la prestación de servicios financieros y típicos de la actividad.

Tampoco la entidad, ante el reclamo y el debido análisis que imponía en correspondencia con la información obrante en la propia entidad, -con más la denuncia penal y su trámite- dispuso alguna medida dirigida a dar respuesta a lo acaecido. Es

decir que el actuar de la entidad fue notoriamente desaprensivo y desentendido del planteo realizado por la actora, tal como lo señala el a quo.

En este sentido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro tiene dicho que:... “Una actuación acorde a los estándares de la buena fe, en el marco de una relación de consumo, exigía del banco demandado la pronta realización de las diligencias necesarias tendientes a constatar si efectivamente el crédito había sido solicitado por la demandante. También lo era verificar si los movimientos de blanqueo y solicitud de nueva clave, así como las transferencias realizadas a terceros resultaban del giro normal y habitual de la cuenta de la actora y toda otra gestión útil o posible hasta agotar las posibilidades de abortar la concreción de la estafa de la que fue víctima su cliente.

En definitiva, un proceder diligente y acorde a las circunstancias del caso podría haber evitado no solo la concreción de la operatoria crediticia, sino también los múltiples menoscabos de índole espiritual y material (económicos) que derivaron en la presente causa”, (Cf. Sentencia de fecha 17 de octubre de 2023, en autos: “BARTORELLI, EMMA GRACIELA C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACION”, Expte. N.º VI-31306-C-0000).

De tal modo, el decisorio debe confirmarse en este punto.

Luego, en lo atinente a la cuantificación del monto dispuesto en la sentencia en concepto de daño punitivo, advierto que la recurrente no expresa al respecto agravio alguno, por lo que cabe desestimar el mismo.

En consecuencia, propicio desestimar el agravio de la demandada y confirmar la procedencia de la multa civil por el monto establecido en la sentencia.

4. En cuanto a los agravios vertidos en relación a la imposición de las costas, en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.) y atento al resultado del recurso impetrado por la demandada, propicio su rechazo.

En este escenario, corresponde el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, con la consecuente confirmación de la sentencia apelada en todas sus partes.

VI. Por todo lo expuesto, y de compartir el criterio, propongo al Acuerdo:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de primer instancia en todas sus partes. II) Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.). III) Regular los honorarios por las tareas de

segunda instancia, de la Dra. Graciela Muradas por su actuación como letrada patrocinante de la parte actora en el 35% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia y los del Dr. Sergio Eduardo Capozzi y Alejandro Galván Gatoni, como letrados apoderado y patrocinante de la demandada, en conjunto e idénticas proporciones en el 30% de lo regulado por las tareas de primera instancia, en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A. IV) Dejar constancia de que la presente se protocoliza y notifica en los términos de la Ac 36, Anexo I. Punto 9. V) Devolver oportunamente a origen

A la misma cuestión, la Dra. María Marcela PÁJARO dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr.CORSIGLIA

A igual cuestión, el Dr. Emilio RIATAPELLIDO MAYÚSCULA dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCC).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa,

RESUELVE:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de primer instancia en todas sus partes.

Segundo: Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.).

Tercero Regular los honorarios por las tareas de segunda instancia, de la Dra. Graciela Muradas por su actuación como letrada patrocinante de la parte actora en el 35% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia y los del Dr. Sergio Eduardo Capozzi y Alejandro Galván Gatoni, como letrados apoderado y patrocinante de la demandada, en conjunto e idénticas proporciones en el 30% de lo regulado por las tareas de primera instancia, en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A.

Cuarto: Hacer saber que la presente se protocoliza y notifica en los términos de la Acordada 36/2022 (Anexo I, pto 9).

Quinto: Devolver oportunamente las actuaciones.