



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

CAMARA APEL CIV. Y COM 7a

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 117

Año: 2021 Tomo: 5 Folio: 1236-1248

EXPEDIENTE SAC: 5926974 -  - BANCO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA C/ RIVERA, VANESA

YANINA - PRESENTACION MULTIPLE - ABREVIADOS

SENTENCIA NUMERO: 117.

En la Ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba mediante los Acuerdos números un mil seiscientos veinte (1.620), un mil seiscientos veintiuno (1.621), un mil seiscientos veintidós (1.622) y un mil seiscientos veintitrés (1.623) todos Serie A del 16/03/2.020, 31/03/2.020, 12/04/2.020 y 26/04/2.020 respectivamente y específicamente, lo previsto en los arts. 1 inciso “d”, 2.4, 2.5 y 2.6 del Anexo II correspondiente a la Resolución de Presidencia n° 45 de fecha 17/04/2.020 que habilita la protocolización de resoluciones con solo la firma digital de uno de los Vocales de este Cuerpo, se dicta Sentencia en autos: **“BANCO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA / RIVERA, VANESA YANINA – PRESENTACIÓN MÚLTIPLE – ABREVIADOS” (Expte. N° 5.926.974)**”, venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia y Trigésimo Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, en los que por Sentencia Número Ciento cincuenta y nueve de fecha dieciocho de diciembre de dos mil veinte, se resolvió: **“1°) Rechazar la demanda interpuesta por el Banco de la Provincia de Córdoba, en contra de la Sra. Vanesa Yanina Rivera (DNI 30.305.977). 2°) Imponer las costas a cargo de la parte actora vencida, en los términos del art. 130 del C. de P. C. 3°) Fijar en forma**

definitiva los honorarios del Dr. Fernando E. Miret en la suma de pesos treinta y cinco mil ochocientos doce con cuarenta y cinco centavos (\$35.812,45). 4°) Regular los honorarios del perito informático oficial Ing. Ariel Rodolfo Somale, en la suma de pesos veinte mil ciento cincuenta y dos con veinte centavos (\$ 20.152,20), con más pesos un mil ochocientos trece con sesenta y nueve (\$1.813,69), en concepto de aportes conforme lo prescripto por el art. 24 inciso b punto de la Ley N° 8470. 5°) Regular los estipendios de la perito calígrafo oficial Mirta Liliana Cataldo, en la suma de pesos veinte mil ciento cincuenta y dos con veinte centavos (\$ 20.152,20). 6°) Fijar los honorarios del perito contador oficial, Cr. Horacio Oscar Salaris, en la suma de pesos veinte mil ciento cincuenta y dos con veinte centavos (\$ 20.152,20), con más la suma de pesos dos mil quince con veintidós centavos (\$2015,22), en concepto de aportes conforme lo prescripto por el art. 7 inciso b punto 2 de la Ley N° 8349.) 7°) Regular al perito calígrafo de control de la parte actora, Alberto Raúl Baudino, la suma de pesos diez mil setenta y seis con diez centavos (\$ 10.076,10). Protocolícese,...”.-Dicha resolución fue aclarada por Auto Número Veinticinco, de fecha diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, que resolvió: “1) Ampliar la Sentencia Nro. 159 de fecha 18/12/2020 con los alcances que emergen del considerando III) y, en consecuencia, establecer el Resuelvo N° 8°) que dispondrá: “Rechazar la aplicación de la sanción del art. 83, C. de P. C.”. 2) No hacer lugar al pedido de interpretación efectuado en relación a la posibilidad de entablar una acción resarcitoria. 3) Tómese razón por Secretaría en la resolución y protocolo respectivo. Protocolícese, ...”

Previa espera de ley, el Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver: **1°) ¿Procede el recurso de apelación impetrado? En su caso, 2°) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? De acuerdo al sorteo de ley practicado el orden de emisión de los votos es el siguiente: Dres. Rubén Atilio Remigio, María Rosa Molina de Caminal y**

Jorge Miguel Flores.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. RUBÉN ATILIO REMIGIO, DIJO:

La Sentencia recurrida, contiene una relación de causa, que satisface los recaudos previstos por el **art. 329, C.P.C.**, por lo que, en homenaje a la brevedad, a ella nos remitimos y la tenemos aquí por íntegramente reproducida. Contra la resolución del primer Juez, cuya parte resolutive ha sido transcripta "**supra**", la parte actora interpone recurso de apelación, el que es concedido por el "**a quo**". Radicados los autos, por ante este Tribunal de Alzada, el apelante evacua el traslado corrido a los fines de expresar agravios, peticionando el acogimiento del recurso de apelación, con costas, el que es contestado por la parte demandada, solicitando el rechazo de la vía impugnativa intentada, con costas y por la **Sra. Fiscal de Cámaras C.C.**, quien se expide por la repulsa recursiva; todo por las razones que esgrimen, a las que nos remitimos "**breuitatis causae**" y tenemos aquí por íntegramente reproducidos, en aras de concisión.-

Firme el "**decreto de autos**" queda la causa en estado de resolver.-

Por razones de orden práctico corresponde transcribir el meduloso dictamen de la **Sra. Fiscal de Cámaras C.C.**, quien, en lo aquí pertinente, dijo:

"I.- La resolución recurrida.- Que viene a contestar el traslado corrido con fecha **07/07/2.021** con motivo del recurso de apelación articulado por el banco actor en contra de la **sentencia N° 159, de fecha 18/12/2.020**, que resuelve: "1°) Rechazar la demanda interpuesta por el Banco de la Provincia de Córdoba, en contra de la Sra. Vanesa Yanina Rivera (**D.N.I. 30.305.977**). 2°) Imponer las costas a cargo de la parte actora vencida, en los términos del **art. 130 del C. de P. C....**" y su aclaratoria por **auto N° 25, de fecha 17/02/2.021**, que dispuso: "1) Ampliar la **Sentencia Nro. 159 de fecha 18/12/2.020** con los alcances que emergen del **considerando III**) y, en

consecuencia, establecer el **Resuelvo N° 8°**) que dispondrá: “Rechazar la aplicación de la sanción del **art. 83, C. de P. C.**”.) No hacer lugar al pedido de interpretación efectuado en relación a la posibilidad de entablar una acción resarcitoria. 3) Tómese razón por Secretaría en la resolución y protocolo respectivo...”.-

II.- El recurso de apelación.- II.1. Expresión de agravios del Banco de la Provincia de Córdoba.- Con fecha **23/06/2.021** el actor, a través de su apoderado, Dr. Hugo Nicolás Lafranconi expresa agravios.-

En su **primer agravio**, en lo medular, sostiene que de la comprobación de la existencia material de los hechos en sede penal, no surge que el préstamo cuyo cobro se persigue haya sido solicitado por el condenado en sede penal o por una tercera persona que no sea la Sra. Rivera. -

Agrega que, con relación a los efectos de la sentencia penal en el proceso civil, la doctrina comenta el **art. 1.776 del C.C.C.** en los siguientes términos: “Respecto del primer aspecto, la noción comprende en sí la calificación que sobre ese **“hecho principal”** haga el sentenciante penal (por ejemplo, delito de homicidio, de lesiones culposas, de calumnias, etc.), así como las circunstancias inherentes al mismo (de tiempo, lugar, etc.). Pero ello deja al margen aspectos tales como la concurrencia culposa de la víctima y un tercero, la magnitud del daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Asimismo, como el sentenciante penal no juzga el comportamiento de la víctima sino el del victimario, nada impedirá -en principio- que el juez civil aprecie la conducta de la víctima, en función de la incidencia que ella adquiera.” considerando que ello es plenamente aplicable al supuesto de marras.-

En su **segundo agravio** expresa que los hechos fijados en el proceso penal son distintos a los fijados en sede civil. Entiende que el juez civil dice por un lado que el contrato es nulo porque la voluntad de Rivera estaba viciada, y por otro lado dice que el préstamo en realidad no fue solicitado por la demandada sino por un tercero.

Remarca que hay dos afirmaciones que son contradictorias puesto que no se puede decir por un lado que el contrato es nulo por un vicio del consentimiento y, al mismo tiempo, decir que no hubo contrato entre las partes del juicio.-

Asimismo, se queja de que la sentencia civil impugnada afirma, por un lado, que el contrato no fue celebrado por la demandada sino por un tercero y en función de ello declara la nulidad del contrato, aunque sin pronunciarse sobre los efectos de la nulidad.-

Agrega que la sentencia penal determinó que la víctima de la estafa fue la Sra. Rivera, porque fue ella quien sufrió el perjuicio económico y esta circunstancia, que se deriva del **“hecho principal”** fijado en la causa penal, ha sido modificada por el juez civil trasladando la condición de víctima y el consiguiente perjuicio económico al banco. -

En su **tercer agravio** pone de manifiesto que la determinación del hecho en sede penal no impide que se juzgue y se valore la conducta de la Sra. Rivera en sede civil. En tal sentido, hace hincapié que de la declaración testimonial de la Sra. Rivera en sede penal surge que ella confesó haber violado absolutamente todas las normas de seguridad relativas a la utilización de cajeros automáticos y homebanking. De hecho, señala que confesó que habló por teléfono mientras operaba el cajero con un tercero desconocido y que siguió al pie de la letra sus instrucciones, y como si ello fuera poco también confesó que le dio su usuario y clave de seguridad a un tercero de forma totalmente negligente y voluntaria.-

Aclara que el estafador no obtuvo el usuario y la clave de la cuenta de la demandada mediante la violación del sistema informático del Banco, sino que éste funcionó a la perfección.-

Pone de resalto que los usuarios del sistema bancario tienen la obligación de respetar las medidas y consejos de seguridad para proteger sus cuentas y así evitar las estafas. Sostiene que ellas no fueron cumplidas por la Sra. Rivera, tal como lo corrobora de las

testimoniales.-

Por último, señala que el dolo del tercero -en función del cual se declara la nulidad del convenio- no fue la causa eficiente de la celebración del contrato sino que se trató de un elemento incidental ya que la clave fue conseguida por el tercero por la conducta negligente de la demandada. Entiende que debe analizarse la conducta de la Sra. Rivero por lo dispuesto por el **art. 929 C.C.** Cita doctrina.-

En su **cuarto agravio** fustiga que la sentencia que declara nulo un contrato debió pronunciarse expresamente sobre los efectos de la nulidad declarada de acuerdo a lo que rezan los **art. 1.050 y 1.052 del Código Civil Velezano.**-

En su **quinto y último agravio** considera que las circunstancias del juicio ameritan que las costas sean impuestas por el orden causado.-

II.2.- Contestación de agravios por parte de la demandada.- Con fecha **02/07/2.021**, contesta agravios la demandada Vanesa Yanina Rivera, por intermedio de su apoderado Dr. Fernando Esteban Miret, solicitando se rechace el recurso intentado con costas. Cabe remitirse a los argumentos vertidos en el libelo respectivo en honor a la brevedad.-

...La sentencia que ahora se recurre ha calificado la relación que une a las partes como de consumo y, en consecuencia, ha aplicado la Ley de Defensa del Consumidor al caso de autos, lo que además de coincidir con la postura de esta Fiscalía de Cámaras, no ha sido puesto en tela de juicio en esta instancia de Alzada.-

Desde allí se dispara la participación del Ministerio Público Fiscal en el “**sub lite**” y con ese enfoque deben examinarse los puntos discutidos.-

IV. La materia del dictamen.- Así las cosas, esta Fiscalía de Cámaras advierte que la cuestión debatida en autos, y por la cual ha sido convocada para dictaminar, gira en torno a determinar **si resulta adecuado a derecho el rechazo de la demanda incoada por el Banco de la Provincia de Córdoba en contra de Vanesa Yanina Rivera, por**

la cual pretende el cobro de una suma dineraria que habría otorgado a esta última en préstamo.-

V. Antecedentes.- V.1. La pretensión.- Surge de las constancias de autos que a fs. 1/2 el Banco de la Provincia de Córdoba inicia demanda en contra de Vanesa Yanina Rivera, persiguiendo la restitución de \$ **25.000**, más intereses, gastos y costas. Ello, con motivo de una solicitud de préstamo **ATM** que la accionada habría solicitado el **18/02/2.013**. La entidad crediticia indica que la demandada se encontraría en mora en la restitución de dicho capital, y en razón de ello inicia el presente juicio.-

Por su parte, la accionada resiste la pretensión afirmando -en prieta síntesis- que nunca solicitó ningún préstamo, que no fue su intención celebrar un contrato de mutuo, que su voluntad estuvo dañada y viciada. Precisa que existió una maniobra defraudatoria por parte de un tercero, por la cual habría efectuado una denuncia en sede penal. Aduce que le facilitó su cuenta-sueldo a su tío, Marcelo Alberto Ortiz, para que le depositaran sumas de dinero en calidad de transferencia o préstamo que el mismo gestionó, con plena ignorancia de que, con los datos aportados, un tercero iba a ingresar a su homebanking sin su consentimiento transfiriendo a una cuenta fantasma los ahorros depositados en dicha cuenta y solicitando un préstamo al Banco que luego también transfirió a aquella cuenta.-

V.2. La prueba rendida en autos.- De las constancias de los presentes se tiene que se incorporó la siguiente prueba.-

V.2.a. Documental.-

A ff. 9 se acompaña copia del certificado de acreditación de préstamo ATM.-

A ff. 10, 12/17 se glosa resumen de cuenta - caja de ahorro.-

A ff. 11 obra recibo de envío de la tarjeta.-

A ff. 18, copia del estado de situación del cliente.-

A ff. 19, copia de consulta de operaciones del sistema de gestión y mora.-

A ff. 20/35, copia del reglamento único - paquete de productos cuenta corriente, caja de ahorros, cuenta única, cuenta básica, cuenta adelanto, tarjeta de débito Bancor electrónica, tarjeta de crédito, resumen digital, seguros y servicios de cajero automáticos.-

A ff. 49 se agrega copia de Carta Documento remitida por el banco a la demandada con fecha **08/01/2015**.-

A ff. 50 se glosa copia de Carta Documento N° 18829579 remitida por la demandada al banco.-

A ff. 51/52 se incorpora nota efectuada por la Sra. Rivera, recepcionada por el Área de Servicio de Atención al Cliente del Banco de Córdoba con fecha **21/02/2013**.-

A ff. 70 se acompaña copia del oficio enviado por la **Excma. Cámara Octava en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba al Banco Provincia de Córdoba**, informando que se ha declarado a "**Horacio Oscar Di Leo, como autor penalmente responsable de los delitos de Defraudación Mediante Manipulación Informática reiterada - treinta y siete hechos...**".-

A ff. 176/183 se agrega copia de la **sentencia N° 12, de fecha 21/04/2016**, de donde surge la condena al Sr. Di Leo.-

V.2.b. Pericial.-

A ff. 198/208 luce glosado informe pericial contable.- A ff. 229/234 se agregó informe pericial caligráfico.- A ff. 328/372, dictamen pericial informático.-

V.2.c. Testimonial.-

A ff. 125/127 obran actas de declaración testimonial de los Sres. Daniel Alberto Méndez, Eduardo David Basconi y Ramón Emanuel González.-

V.3. El dictamen del Ministerio Público de Primera Instancia.- Al emitir dictamen, la **Fiscal de Primera instancia Civil, Comercial y Laboral de 2ª Nominación, Silvia E. Rodríguez**, en **primer término**, procedió a calificar como de consumo la

relación existente entre actor y demandado. Sostuvo que la entidad bancaria ocupa el rol de proveedor desde que se constituye y funge en el mercado como una proveedora de un servicio bancario que forma parte de su actividad de índole profesional (cajero automático), y que la Sra. Riveros ocupa el rol de consumidor por ser cliente del banco.-

En **segundo término**, luego de explicar detalladamente la mecánica del proceso de contratación por cajero automático, consideró que el préstamo debía ser declarado nulo por dolo.-

Ponderó que si bien la demandada ha desconocido en un primer momento la celebración del mutuo que se reclama, luego de sus propios dichos surge que el contrato se celebró, aunque esgrime que ello lo fue en virtud de una maniobra dolosa perpetrada por un extraño. Puso de relieve que tal maniobra quedó probada en la causa penal **“Di Leo Horacio p. s. a. Defraudación Informática, etc (Expte. N° 2.062.815)”** (cfr. fs. 176/183). -

Caviló que en sede penal se concluyó que en tal hecho, como en los otros por lo que fuera juzgado, el acusado **“despojó las víctimas de diferentes montos dinerarios mediante ardid”**. Y que en los casos del supuesto préstamo telefónico **“logró inducir a error a las víctimas para que dispusieran de fondos propios a su favor...”**. -

Evocó el **art. 1.776 del C.C.C.N.**, el que dispone: **“la sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado”**.-

Evaluó que el acto jurídico de que se trata, contrato de mutuo, debe ser juzgado en orden a sus requisitos de validez -entre ellos, **la voluntad exenta de vicios**.-

Puso de relieve que para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: **1°** que haya sido grave; **2°** que haya sido la causa determinante de la acción; **3°** que haya ocasionado un daño importante; **4°** que no

haya habido dolo por ambas partes (**art. 932, C.C. de Vélez**). Consideró que todas dichas circunstancias pueden predicarse en la especie.-

Puso de relieve que el **art. 935 del C.C.** señala: **“El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943”.**

“...En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes o por un tercero”. Es decir, el dolo, aunque provenga de un tercero y no del co-contratante, causa la nulidad del acto, sin perjuicio del resarcimiento de daños que éste puede reclamar respecto de aquél, si lo ignorara.-

Concluyó que, como consecuencia de lo anterior, **la acción promovida no puede prosperar a título de cumplimiento de contrato.** Sin perjuicio del derecho que le asiste a la entidad actora a la restitución de la suma que hubiere entregado a la demandada en virtud del acto nulo (**art. 390, C.C.C.N.**)-

V.4.- Los fundamentos del juez en la sentencia.- El juez de grado, en la sentencia en jaque, resolvió que **la acción incoada por el Banco debía ser rechazada.**-

En **primer lugar**, destacó que en autos se encuentra acreditada la existencia de un hecho delictivo en el marco de la causa penal **“Di Leo Horacio p. s. a. Defraudación Informática, etc. (Expte. N° 2.062.815)”**, cuya resolución (**sentencia N° 12, de fecha 21/04/2.016**) ha sido acompañada a fs. 136/183 de los presentes.-

Tras ello, para llegar a esa solución de que la demanda debía rechazarse, además de coincidir con lo dictaminado por la Fiscalía Civil de grado, postuló que: **“...El acto celebrado carece de virtualidad para configurar idóneamente una relación jurídica válida, al presentar vicios o defectos genéticos que afectan su estructura desde el momento mismo de su celebración. Es que no existe el elemento volitivo en la demandada, pues ha quedado acreditado en la causa penal que la Sra. Rivera nunca tuvo intención de solicitar un préstamo al Banco accionante. En realidad no fue la**

demandada quien solicitó el préstamo en ejecución, sino un tercero...".-

Además, puso de relieve que "...La voluntariedad permite que el acto y sus consecuencias puedan ser imputados a su autor y que un acto es voluntario, cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad. En el caso, como quedó en evidencia, la intención de la demandada ha sido viciada por el dolo ejercido por un tercero...", tras lo cual añadió: "...es dable aclarar también que el **Código de Vélez Sarsfield** - aplicable en el "**sub lite**" atento que era la ley vigente al momento de la celebración del contrato- apartándose de la doctrina tradicional del derecho romano, encuadra al dolo como vicio del consentimiento, sin consideración de la causa que lo origina, equiparando así el dolo de un tercero al de la parte, considerando que el primero es también causal de invalidez del acto, aun cuando haya sido ignorado por ambas partes. Así lo estableció en el **art. 935 del Cód. Civil** que dispone: "El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona..."-.

VI.- Análisis.- VI.1. Los efectos de la sentencia penal en sede civil.- En **primer lugar**, deviene relevante ponderar que en los autos penales labrados a raíz del phishing denunciado por la demandada, ha mediado sentencia condenatoria respecto del Sr. Horacio Oscar Di Leo (fs. 136/183).-

En virtud de ello, resulta de aplicación el **art. 1776 del código Civil y Comercial** que establece: "**la sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado**".-

Así, y tal como ocurría con el **art. 1.102 del Código Civil**, la nueva disposición mantiene un criterio ecléctico en cuanto a los efectos de la cosa juzgada penal en sede civil. Conforme a su texto, la decisión penal hace cosa juzgada en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito, y en cuanto a la responsabilidad

penal del autor.-

En definitiva, la decisión penal no podrá ser revisada en sede civil respecto de la denominada imputación objetiva, es decir, sobre la materialidad del hecho, su autoría, tipicidad y antijuridicidad. Así, cuando se está ante un delito en sentido material -que requiere la consumación de la privación del bien material para que se configure el tipo penal-, la decisión adoptada en la sede punitiva tendrá plenos efectos en el proceso civil. (Cfr. **Sáenz, Luis R. J.**, “La relación entre la acción civil y penal en el Código Civil y Comercial” AR/DOC/900/2.015). -

De lo relacionado precedentemente, este Ministerio Público, en consonancia con lo opinado por la Fiscalía de Primera Instancia y lo resuelto por el juez de grado, considera que se encuentra acreditada la existencia del hecho delictivo, circunstancia que **no puede ser revisada en sede civil.**-

VI.2.- La tecnología financiera: consumidores en riesgo.- Prosiguiendo el análisis, es importante en esta instancia poner de resalto que la influencia que ha tenido la tecnología en torno a la vida diaria de los consumidores ha generado, desde un costado, la facilidad para acceder a muchos productos y servicios en forma digital mientras que, por otro, se ha visto incrementada la brecha entre proveedores y consumidores.-

Es decir, a las asimetrías tradicionales en la relación de consumo se suma una muy acrecentada desigualdad tecnológica, ya que en el medio virtual la diferencia cognoscitiva respecto del medio empleado es absoluta. La tecnología es cada vez más compleja, aunque se presente de modo simplificado frente al usuario, ocultando una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. En consecuencia, puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar. Incluso, podría plantearse como un tipo de hipervulnerabilidad, pues aún los más habituados y diestros usuarios de las

nuevas tecnologías encuentran serias dificultades para comprender cómo funciona realmente el mundo virtual que se utiliza cotidianamente, hacer un uso racional y productivo de la red, distinguir lo verdadero de lo falso, proteger la información sensible. Ahora bien, de lo que no parece haber discusión es que todos los consumidores requieren en el entorno digital de una protección mayor a la que reciben en el mundo físico. -

Una nota del mes de febrero de 2021 informa que en el lapso de solo seis meses tuvieron lugar un total de 270 millones de intentos de **“ciberataques en la Argentina”**. Se informa que la oficina de Prevención de Fraude del Banco Santander ya destacaba que los dos principales ataques con los que lidiaron son las estafas telefónicas y las cuentas falsas en redes sociales. Evidentemente, es un problema muy conocido por las entidades bancarias. Más allá de las diferencias en los métodos utilizados por los estafadores, lo que termina ocurriendo es que el consumidor desprevenido, confiando en la apariencia generada, entrega información de acceso a sus cuentas. Así, los engañadores obtienen no solo todo el dinero que hay en las cuentas, sino también los montos en concepto de préstamos que las entidades tienen preaprobados para sus clientes (Arias, María Paula - 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” TR LALEY AR/DOC/1657/2021).-

VI.3.- Precisiones terminológicas: “Phishing” y “Vishing”.- Sentado ello, y para poder comprender de manera acabada lo sucedido en autos, resulta necesario aclarar que se entiende por **“Phishing”** y por **“Vishing”**.-

El primero de ellos consiste en un término informático que denomina a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño de la víctima, ganándose su confianza, haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio confiable (suplantación de identidad de

tercero de confianza) para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar (por ej. revelar información confidencial).-

Por su parte, el **vishing** consiste en una de las innumerables formas de comisión del anterior, produciéndose el engaño a través de una llamada telefónica (Juz. C. y C. N°10 de la Plata en autos: "Pedernera, Juan Alberto c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción declarativa (Tram. sumarísimo)" 27/08/2.020 Cita: TR LALEY AR/JUR/34631/2.020).-

VI.4.- Las Comunicaciones Banco Central de la República Argentina.- Para poder afrontar este tipo de delitos -tal como lo ha compilado la jurisprudencia actual- el **B.C.R.A.** en su carácter de regulador del funcionamiento de los bancos comerciales, en los términos del **artículo 21 de la Ley N° 21.526**, emitió diversas comunicaciones respecto de la temática:

Con fecha **15 de noviembre de 2.019**, el ente regulador dispuso un Texto Ordenado de los **“Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los riesgos relacionados con Tecnología Informática, Sistemas de Información y recursos asociados para las entidades financieras”**, en el cual destaca en su **artículo 6.3.2.1**, que las **“[l]as entidades deben desarrollar, planificar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los Canales Electrónicos bajo su responsabilidad, basado en un análisis de riesgo de actualización periódica mínima anual, en su correspondencia con la Matriz de Escenarios y en los requisitos técnico operativos detallados en los puntos 6.7. y subsiguientes ”**, enumerando seguidamente, una serie de funciones y tareas relacionadas con los procesos estratégicos de seguridad para sus Canales Electrónicos, de conformidad con lo que surge del **artículo 6.3.2.2.-**

Ellos son, entre otros, los de **“contar con un programa de concientización y capacitación de seguridad informática anual, medible y verificable, cuyos**

contenidos contemplen todas las necesidades internas y externas en el uso, conocimiento, prevención y denuncia de incidentes, escalamiento y responsabilidad de los Canales Electrónicos con los que cuentan (...) adquirir, desarrollar y/o adecuar los mecanismos implementados para la verificación de la identidad y privilegios de los usuarios internos y externos, estableciendo una estrategia basada en la interoperabilidad del sistema financiero, la reducción de la complejidad de uso y la maximización de la protección del usuario de servicios financieros (...) garantizar un registro y trazabilidad completa de las actividades de los Canales Electrónicos en un entorno seguro para su generación, almacenamiento, transporte, custodia y recuperación” (cfme. art. 6.3.2.2.).-

En dicho contexto, la norma citada define **“Concientización y Capacitación”** como **“aquel proceso relacionado con la adquisición y entrega de conocimiento en prácticas de seguridad, su difusión, entrenamiento y educación, para el desarrollo de tareas preventivas, detectivas y correctivas de los incidentes de seguridad en los Canales Electrónicos”**; a la vez que entiende por **“Control de Acceso”** al **“[p]roceso 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 a los Canales Electrónicos ”** (cfme.arts. 6.2.1. y 6.2.2., respectivamente).

Del mismo modo, la Comunicación citada, en su **artículo 6.7.1.**, reza lo siguiente: **“los contenidos del programa de [concientización y capacitación] deben incluir: técnicas de detección y prevención de apropiación de datos personales y de las credenciales mediante ataques de tipo ‘ingeniería social’, ‘phishing’, ‘vishing’ y otros de similares características”**.-

Asimismo, es menester mencionar la **Comunicación “A” N° 6.878, de fecha 24 de enero de 2.020**, la cual, puntualmente en el **artículo 3.8.5.** dispone que, **“[I]as**

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”, agregando que “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”. Asimismo, destaca en reiteradas oportunidades la “implementación de mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones”. Ello, de conformidad con los artículos 1.6.2, 1.6.3, 1.7.2, 1.7.3 y 3.4.5. de la Comunicación citada.-

Por su parte, la **Comunicación A N° 7.072, de fecha 16 de julio de 2020**, dispone en su **art. 2.2.2.11. “Política “conozca a su cliente”**: recaudos especiales a tomar de manera previa a la efectivización de una transferencia, a los fines de continuar con la política de minimizar el riesgo, particularmente con respecto a las cuentas que presenten algunas de las siguientes características: • Cuentas de destino que no hayan sido previamente asociadas por el originante de la transferencia a través de cajeros automáticos, en sede de la entidad financiera o por cualquier otro mecanismo que ella considere pertinente. • Cuentas de destino que no registren una antigüedad mayor a **180 días** desde su apertura. • Cuentas que no hayan registrado depósitos o extracciones en los **180 días** anteriores a la fecha en que sea ordenada la transferencia inmediata. (...) En caso de no producirse la justificación del movimiento en el término previsto, la entidad receptora deberá proceder al rechazo de la transferencia (...).-

Finalmente, mediante **Comunicación A N° 7319, de fecha 1° de julio de 2021**, se dispuso que “[P]ara la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el

requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle –a través de todos los puntos de contacto disponibles– que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente...” (información sistematizada en Poder Judicial de la Ciudad de Bs. As. - Sec. N° 2 de la Of. Gestión Jud. en Rel. Consumo - Juzgado 22 - Mesa De Entrada, **Sentencia N° 12/07/2021 en autos “C., R. L. CONTRA BANCO MACRO SOCIEDAD ANONIMA SOBRE RELACIONDE CONSUMO”**).-

No escapa a esta Fiscalía que las regulaciones anteriormente expuestas entraron en vigencia con posterioridad al hecho en virtud se articuló el presente proceso. No obstante ello, ponen en evidencia y vienen a reconocer las problemáticas referidas a la gestión informática y de seguridad relacionados con el sistema de créditos preaprobados (Íbidem).-

VI.5.- El deber de seguridad en la L.D.C.- Sumado a lo anterior, cabe remarcar que de la configuración de la relación de consumo entre las partes, derivan una serie de proyecciones jurídicas relevantes en orden al deber de seguridad que pesa sobre la prestataria del servicio financiero a través de cajeros automáticos, en virtud de lo expresamente dispuesto por el **art. 5, L.D.C.**-

En efecto, la relación de consumo hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo del Banco de la Provincia de Córdoba, en términos tales que mantenga indemne

la integridad patrimonial del usuario del servicio, pues en esa consecución éste ha depositado su confianza, la cual, objetivamente considerada, estriba la utilización del servicio sin riesgo alguno.-

La exigibilidad de tal conducta reposa sobre el deber de seguridad, que ha sido receptado normativamente en el **art. 5 de la L.D.C.** e introduce, en forma inescindible, la noción de **“eficiencia”** que procura tal tutela legal al disponer: **“Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”**.-

La **Corte Suprema de Justicia** se ha expresado al respecto expresando que "...una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional (**art. 42, de la C.N.**) y legal (**arts. 5º y 6º, ley 24.240**)", indicando que de allí se desprenden con claridad dos grupos de deberes perfectamente diferenciados. El primero de ellos constituye un catálogo de medidas mínimas que obligatoriamente deben adoptar las entidades regidas por la norma, mientras que, lejos de agotarse allí el plexo de compromisos asumidos por estas instituciones, el restante grupo establece un deber de conducta indeterminado, sujeto a la específica ponderación de los riesgos previsibles, con base en los estudios de seguridad que habrán de efectuar estas instituciones, entre otras finalidades, **"con el objeto de proteger a las personas"**, y cuya adopción queda **"a exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas"** (Fallos 329:646, 21/03/2006, **"Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón c. VICOV SA s/ daños y perjuicios"**, consid. 6º).-

Ahora bien, el cumplimiento de este deber se inscribe por un lado, dentro de las prestaciones que se encuentran a cargo del Banco como proveedor y; por el otro, de la adopción de medidas concreta frente a riesgos reales de modo preventivo.-

En relación a esto último, reciente jurisprudencia ha precisado que el sistema de

créditos preaprobados es diseñado e impuesto por las entidades financieras, sin que el cliente pueda más que confiar en que el banco tomará los recaudos para evitar estafas. En tal sentido, se precisó que es el proveedor el que tiene el deber de tomar medidas adecuadas de seguridad, para prevenir y evitar el hecho delictivo. La obligación de seguridad no solo le impone a la entidad arbitrar todos los medios para evitar que el riesgo inherente al sistema se concrete en un daño para sus clientes, sino que el banco debe otorgar al cliente la misma seguridad que existe si la operación se hubiera hecho a través de un cajero humano. En dicho fallo se ponderó que “...existen tres grandes grupos de sistemas de validación de identidad: basados en lo que sé (por ejemplo, claves), en lo que tengo (por ejemplo, una tarjeta de coordenadas) o en lo que soy (por ejemplo, datos biométricos). Las entidades bancarias suelen utilizar el primero, que es el más inseguro. A veces recurren al segundo. Pero existen muchos otros, que exigen más pasos de verificación y son más eficaces. Pensemos en la firma digital: claramente no es suficiente con una simple clave. Si alguien inicia sesión en una de nuestras redes sociales en una computadora no habitual, el sistema nos alertará inmediatamente y si no fuimos nosotros, tendremos una vía expedita para evitar esa intromisión y el sistema impedirá el ingreso. Algunas plataformas utilizan una selfie o un video para la utilización de datos biométricos, etc. En pocas palabras, es cuanto menos muy inseguro un sistema al que se accede con datos que el consumidor conoce. La peligrosidad del sistema es demasiado evidente y desde el punto de vista causal es determinante. El manejo irrestricto de la cuenta por el estafador no se produce porque el consumidor haya brindado los datos, sino porque el banco no toma más precauciones para asegurarse de la identidad del usuario...” (**Arias, María Paula - 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” TR LALEY AR/DOC/1657/2.021).-

En el mismo sendero, jurisprudencia anterior se ha inclinado por entender que el sistema informático -software y hardware- puede ser calificado como una cosa riesgosa. De este modo, se ha considerado que el "**sistema informático**" es un conjunto de elementos materiales (hardware: servidores, cableado de datos y electricidad, cajeros automáticos, tarjetas magnéticas, etc.) que califican como cosa aun desde una interpretación restrictiva de tal concepto. Estos elementos "**físicos**" son complementados por otros elementos digitales (software), que contienen las instrucciones para que aquellos medios mecánicos o electrónicos cumplan las tareas para las cuales han sido diseñados. En el fallo se razonó que "un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de 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". De hecho, en el caso de mención se puso de resalto que "la fragilidad del sistema quedó demostrada por el número de fraudes que, en un escaso tiempo, pudieron ser concretados mediante idéntica operatoria delictual" (CNCom., sala D, 15/05/2008, "Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", SAIJ: FA08971926).-

VI.6.- Corolario: la falta de diligencia del banco y la consiguiente improcedencia de la demanda.- De las constancias de la causa se advierte el Banco de la Provincia de Córdoba plantea como una especie de eximente de su responsabilidad el hecho de que la Sra. Rivera le hubiera proporcionado al autor del delito datos que permitieron el acceso a sus cuentas.-

Al respecto, la doctrina se ha expedido afirmando que, para funcionar como eximente, "...el hecho de la víctima debe, necesariamente, ser causa adecuada y exclusiva del daño o concausa del mismo, en concurrencia con otros factores relevantes (...) ninguna influencia tiene la conducta del sindicado como responsable si no ha sido la

causa adecuada del perjuicio en forma exclusiva o concurrente. Cuando esto último sucede, el hecho de la víctima asume el carácter de una mera circunstancia, irrelevante para la producción del resultado final, por lo que carece de toda virtualidad eximitoria...". Así, "..el hecho de la víctima no debe ser imputable al demandado, objetiva o subjetivamente. Cuando este último es quien lo 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. Como consecuencia de lo dicho, la no adopción de medidas apropiadas para evitar que el daño se produzca pasa a ser una circunstancia determinante para que se produzca el hecho de la víctima..." **(PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", LA LEY, 2.006-I, p.251 y ss., citado por Arias – Müller, cit.).-**

Por su parte, desde el punto de vista causal, se tiene dicho que existen dos instancias fundamentales en las que los bancos podrían evitar el daño: en la verificación de la identidad del usuario en el ingreso y en la verificación de su intención ante la realización de determinados actos. De ese modo, la eximente "**culpa de la víctima**" - tal como ha sido planteada en autos- no podría funcionar. Tal como lo ha explicado la doctrina, las entidades bancarias podrían evitar el daño utilizando sistemas más confiables para verificar la identidad del usuario. De hecho, el utilizado por el banco en el supuesto de autos es el más inseguro de los existentes: basta con que el consumidor engañado brinde un par de datos para que alguien se apodere de sus cuentas y actúe como el más facultado de los mandatarios. Si se adoptaran métodos más seguros, ese hecho carecería de virtualidad para permitir que el impostor se apoderara de la cuenta, pues se le exigirían otros elementos de verificación. Causalmente, entonces, la conducta de la víctima no es la que permite el daño (**Arias – Müller, cit.**).

En esta línea, en un supuesto de similares características al de marras, se ha sostenido

que se debe responsabilizar al banco por los daños y perjuicios provocados al titular de una tarjeta de crédito por la extracción de fondos por parte de un tercero, dado que, aunque el actor reveló a través de un familiar a una tercera persona su clave, ello no interrumpe el nexo causal como consecuencia del obrar negligente de la entidad financiera que no adoptó las medidas de seguridad adecuadas. En el caso comentado, el tribunal fundamentó su postura en la responsabilidad contractual que rige en el caso basándose en la obligación de seguridad de resultado (**RITTO, Graciela**, "Acerca de la responsabilidad de los bancos por el correcto funcionamiento de los cajeros automáticos", RCyS 2010-II, 210 comentando el fallo CCiv. y Com. Junín, 15/10/2009, "Barni, Mauricio O. c. Banco Río de La Plata SA y otro, citado por **Arias – Müller**, cit.).-

De tal modo, al traspolar las consideraciones precedentes al caso de autos, este Ministerio Público concluye que el Banco de la Provincia de Córdoba, no ha logrado demostrar en autos que ha arbitrado los medios necesarios para evitar que el riesgo propio del sistema financiero de créditos preaprobados llegue a producir un daño concreto -como los derivados del **Phishing o Vishing**- a su cliente.-

Por lo tanto, verificándose incumplido el deber impuesto en el **art. 5, L.D.C.**, es la entidad crediticia la que debe **“asumir el costo”** de lo acaecido, no pudiéndole reclamar a su cliente la restitución del dinero que erogó en clara vulneración a la obligación de seguridad a que, como proveedor, se encontraba obligado a cumplir.-

Resta destacar que la **L.D.C.** en su **artículo 3** dispone que **“...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...”**, máxima que también se proyecta al supuesto de marras, pues el principio protectorio se erige como norma fundante que **"atraviesa"** todo el ordenamiento jurídico.-

En otras palabras, el legislador estableció la prevalencia del criterio hermenéutico más

favorable para la parte débil, en el cual se basa y sostiene toda la construcción jurídica del sistema de tutela general del derecho del consumidor.-

El fundamento de esta pauta está dado porque, en el marco de las relaciones de consumo, lo habitual es que los consumidores y usuarios sean el sujeto débil frente al proveedor, quien puede obtener beneficios incausados ya que se encuentra en una mejor posición jurídica.-

Por ende, si bien a juicio de este Ministerio Público no caben dudas que el Banco de la Provincia de Córdoba resulta plenamente responsable por omitir las medidas de seguridad pertinentes para la solicitud de créditos preaprobados por cajero automático, lo que reprime sus posibilidades de reclamo de las sumas dispuestas en incumplimiento de dicha carga legal, si **V.E.** aun tuviera dudas, igualmente correspondería propiciar el rechazo de la demanda, por imperio del principio de interpretación contenido en el **art. 3, L.D.C.**-

VII.- Conclusión.- En definitiva, en virtud de los argumentos expuestos en apartados precedentes, es criterio de este Ministerio Público que corresponde **rechazar el recurso de apelación articulado por el banco actor**”.-

Liminarmente, compartimos **“in totum”** y hacemos nuestro el meduloso dictamen presentado por la **Sra. Fiscal de Cámaras C.C.** transcripto **“supra”**, el que tenemos aquí por íntegramente reproducido, por lo que por elementales razones de economía procesal y evitando inútiles reiteraciones nos expedimos en igual sentido.-

Por ello, voto por la negativa, con costas (**art. 130, C.P.C.**)-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SRA VOCAL DRA. MARIA ROSA MOLINA DE CAMINAL, DIJO:

Adhiero a las consideraciones efectuadas por el Sr. Vocal preopinante, por lo que me expido en idéntico sentido.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JORGE

MIGUEL FLORES, DIJO:

Adhiero a las consideraciones efectuadas por el Sr. Vocal, Dr. Rubén Atilio Remigio, por lo que me expido en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL RUBÉN ATILIO REMIGIO, DIJO:

Corresponde: A mi modesto entender, para este caso particular, y así lo propongo - respetuosamente- al Acuerdo que:

SE RESUELVA:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto.-

Imponer las costas de la Alzada a la parte actora apelante perdidosa (**art. 130, C.P.C.**).-

Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. **MIRET, FERNANDO ESTEBAN** y **LAFRANCONI, HUGO NICOLAS**, en el **38 %** y **32 %** del punto medio y del mínimo de la escala del **art. 36, C.A., Ley N° 9.459**, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de **8 Jus** en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (**arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corr., C.A., ley cit.**), con más el **I.V.A.** si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SRA VOCAL DRA. MARIA ROSA MOLINA DE CAMINAL, DIJO:

Comparto la solución que propone el Sr. Vocal preopinante y, consecuentemente, voto en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JORGE

MIGUEL FLORES, DIJO:

Comparto la solución que propone el Sr. Vocal Dr. Rubén Atilio Remigio y, consecuentemente, voto en idéntico sentido.

Por ello,

SE RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto.-

Imponer las costas de la Alzada a la parte actora apelante perdidosa (art. 130, C.P.C.).-

Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. MIRET, FERNANDO ESTEBAN y LAFRANCONI, HUGO NICOLAS, en el 38 % y 32 % del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, C.A., Ley N° 9.459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de 8 Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corr., C.A., ley cit.), con más el I.V.A. si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.-

Protocolícese, notifíquese de oficio y bajen.-

Texto Firmado digitalmente por:

REMIGIO Ruben Atilio

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2021.11.19

MOLINA Maria Rosa

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2021.11.19

FLORES Jorge Miguel

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2021.11.19