



*Las Malvinas
son argentinas*

PROVINCIA DE FORMOSA
PODER JUDICIAL
Juzgado Civil y Comercial N° 5

A.I. N° 231/22.-

FORMOSA, 26 de Mayo de Dos Mil Veintidós.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**NISSSEN, MARIA FERNANDA C/ BANCO DE FORMOSA S.A. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**", Expte. N° 129 – Año 2.022 del registro de este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 5, Y;

RELATO DE LA CAUSA:

Que, a pág. 17/19, se presenta la Srta. María Fernanda Nissen, por derecho propio con patrocinio letrado e interpone Medida Autosatisfactiva (art. 232 bis CPCC) contra el Banco de Formosa S.A. y/o quienes resulten responsables jurídicamente, con el objeto que se ordene a la entidad bancaria la restitución de la suma de PESOS CIEN MIL (\$100.000) a su caja de ahorro perteneciente al mismo Banco, desde donde dicha suma fue transferida a un tercero, operación no realizada por ella. Manifiesta ser víctima de un fraude cibernético por responsabilidad del Banco de Formosa S.A. y los defectos de su sistema de seguridad de las cuentas de sus usuarios.-

Refiere que tienen una cuenta sueldo en dicha entidad atento a que es cliente del Banco de Formosa S.A., por ser empleada del Poder Judicial de la Provincia de Formosa.

Respecto de los hechos, señala que en fecha 25 de Febrero del corriente año, recibió un e-mail del Banco de Formosa el cual le comunicaba que a partir del 30 de Abril de 2022 el Homebanking perteneciente a Red Link dejaría de funcionar para los clientes del Banco de Formosa, atento a ello se la invitaba a dar de alta el nuevo Homebanking antes de la fecha indicada. Que en fecha 31/03/2022 aproximadamente entre las 18 – 19 hs. ingresó desde su computadora personal a la página del nuevo homebanking del Banco de Formosa con el objeto de realizar las gestiones pertinentes al alta de dicho servicio.- Que a dicho efecto, manifiesta que siguió al pie de la letra las instrucciones contenidas en el video tutorial publicado por la entidad bancaria para dar de alta el nuevo homebanking, cuyo link es: <https://www.youtube.com/watch?v=39VjGMqIS18> y al cual remite la página oficial del Banco de Formosa.- Que siguiendo los pasos indicados al intentar ingresar al nuevo homebanking, el mismo no le permitió hacerlo, por cuanto refiere que surgió un comunicado que decía “usuario y contraseña no válidos”, requiriéndole el ingreso de su CUIL y la generación de una nueva contraseña en un cajero automático.- Que a las 21,09 hs. se dirigió al cajero automático de la calle Corrientes 346 y realizó el trámite correspondiente, que a las 23,05 hs. efectuó la verificación del correo electrónico del aviso remitido por el Banco de Formosa y que recién a las 23,10 hs. ingresó al nuevo homebanking recibiendo un e-mail de bienvenida de dicha entidad bancaria.- Que al ingresar al mismo se encontró con una transferencia efectuada el mismo día a las 18.55 hs. por la suma de \$100.000 a favor de una persona llamada Y.J.M.G. CUIL ..., cuenta virtual -\$- ...,

persona que dice desconocer y transferencia no realizada por ella, quedando en dicha cuenta un saldo de \$731,80.-

Que en fecha 01/04/2022 realizó una denuncia penal en la Comisaría 1ª de la Policía de la Provincia de Formosa, luego reclamó personalmente en el Banco de Formosa (BF 41430) y en horas de la tarde efectuó el reclamo vía e-mail.

Afirma, que es imposible que la transferencia realizada a las 18,55 hs. haya sido efectuada por ella, atento a que en dicho horario todavía no había podido acceder al nuevo homebanking, por cuanto en ese momento al intentar realizar el ingreso le figuraba usuario y contraseña no válidos, que recién luego de realizar la gestión en el cajero automático a las 23,10 hs. pudo ingresar al mismo.

Atribuye la responsabilidad al Banco de Formosa, atento a que no cumple con la comunicación "A" 5990 de fecha 14/06/2016 emitida por el Banco Central de la República Argentina el que dispone en la Sección 1 art. 1.7.3 respecto a las Transferencias – inclusive electrónicas – que las entidades deberán tener implementados mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones. Afirma que es evidente que la entidad no cumple con dicha normativa de mecanismos de seguridad a efectos de verificar la validez y autenticidad de la operación realizada, por cuanto a ella no le llegó ningún método de verificación a efectos de validar la operación.- Es decir, que la transferencia efectuada es consecuencia de un problema de seguridad del homebanking del Banco de Formosa por lo cual ella no debe responder con su patrimonio, conforme a ello solicita se resuelva de manera favorable ordenando a la entidad bancaria la restitución de la suma de Pesos Cien Mil (\$100.000) que fue transferida desde su caja de ahorro, sin perjuicio de la repetición que al Banco le pueda corresponder contra el responsable de la transacción.

Finalmente, refiere que como consecuencia de todo ello, formalizó denuncia contra el Banco de Formosa S.A. ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Usuario, por el daño directo generado en su patrimonio en los términos del art. 40 bis de la Ley N.º 24.240 de Defensa al Consumidor.-

Señala que no se puede eludir el carácter de consumidor que reviste, circunstancia que a su entender impone una interpretación a favor de sus intereses (art. 3º párr. 2do. LDC 24.240 y 24 CN), teniendo en cuenta el perjuicio patrimonial que le produce al dejarla prácticamente sin salario por cuanto la caja de ahorro afectada está destinada al depósito de haberes.-

A efectos de acreditar los hechos y sus derechos adjuntó las documentales obrantes a págs. 04/16.-

Funda su derecho en los términos del art. 232 bis del C.P.C.C. y en concordancia con la Ley N° 24.240.

Ofrece documental detallada en la planilla: 1) impresión de mail de fecha 25/02/2022, 2) impresión de pantalla Home Banking, 3) Ticket de cajero automático (original en sobre) y fotocopia para el expediente, 4) impresión de mail de verificación de correo, 5) impresión de mail de bienvenida al nuevo Home Banking, 6) constancia de la transferencia (impresión), 7) resumen de estado de cuenta (impresión), 8) constancia de denuncia policial (fotocopia), 9) constancia de reclamo N.º BF 41430 (copia con cargo de recepción), 10) impresión de reclamo efectuado vía

mail, 11) denuncia ante Subsec. Def. Consumidor (3 fojas), 12) copia certificada.

Que a pág. 21 se tuvo por promovida la Medida Autosatisfactiva, y conforme art. 232 bis del CPCC inc. d) se dispuso sustanciar la medida – con habilitación de días y horas -, requiriendo al Banco de Formosa S.A. remita en el término de 24 hs. informe pormenorizado de lo requerido por la recurrente, puesta a despacho el día 5/04/22 a las 12:00hs.- Proveyéndose asimismo correr vista al agente fiscal de primera instancia en turno.-

A pág. 25 y vta. obra cédula de notificación al Banco de Formosa S.A. la cuál fue diligenciada el 06/04/22.

A pág. 27 y vta. obra informe pormenorizado respecto de los movimientos de la cuenta bancaria de la recurrente.- Mediante el cual se informa que la migración de HB de Red link al nuevo Home Banking del Banco de Formosa S.A. fue realizada el día 31/03/2022 a las 18:30:20 hs. desde el equipo informático identificado con IP ..., se aclara que dicha operación sólo es posible realizar con los datos de usuarios y claves que se encuentran custodiados por el titular, los cuales deben ser ingresados en el link habilitado al efecto.- Que a las 18:30:23 hs. se realiza la carga de datos o información personal, registrándose como mail ... y número de celular Luego, a las 18:33:21 hs se realizó un cambio de clave, y a las 18:55:43 hs. se efectuó una transferencia a terceros por medio del canal web por la suma de Pesos Cien Mil (\$100.000), importe que fue remitido a la cuenta de destino a nombre de Y.J.M.G. CUIT: ... CVU de MERCADO PAGO ..., registrándose el cierre de sesión del aplicativo a las 18:56 hs.

Que a las 19:00 – 19:18 – 19:19 y 19:22 horas del mismo día se registran intentos de logeos (identificación – inicio de sesión) realizado desde un equipo informático de IP ... y ... luego a las 21:09 hs se realiza una operación en el ATM 01341 AME Neutral realizándose operación de cambio de clave (GEN.CLV.) y entre las 23:03 hs y 23:25 se realizaron las siguientes operaciones – obtención inf. Personal – envío de código de verificación – actualización de teléfono y mail (introducidos desde la IP ..., datos cargados cel. ..., mail: ...) – cambio de usuario y contraseña – resumen de cuenta – obtener concepto de transferencia.-

A pág. 29 obra dictamen de la Agente Fiscal N.º 2, quien considera que la demandante se encuentra amparada por el microsistema legal de la defensa del consumidor.

Que a fs. 36 atento al estado de la causa se ordena el pase de los presentes autos a despacho para dictar sentencia, resolución que se encuentra firme y consentida.-

CONSIDERACIONES:

Que vienen estos autos a despacho para resolver la solicitud de la Srta. María Fernanda Nissen, contra el Banco de Formosa, con el objeto de obtener la restitución de la suma de PESOS CIEN MIL (\$100.000) a su caja de ahorro perteneciente al mismo Banco, atento al carácter alimentario urgente que reviste al afectar su patrimonio económico por cuanto ha quedado sin dinero para subsistir.-

A lo que el Banco, a través de un informe pormenorizado expone los movimientos efectuados en su registro de migración del HB de Red link al nuevo Home Banking del Banco de Formosa S.A.

Que la pretensión deducida, enfoca su marco procesal en la creación doctrinal - originariamente-, luego jurisprudencial y finalmente legislada en nuestro ordenamiento del rito,

de las llamadas “medidas autosatisfactivas”. Se trata, pues, del más reciente instituto o herramienta técnico-jurídico, regulado por el art.232 bis del Código Procesal de la Provincia.-En la concepción de Peyrano, se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisprudencial por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactivas- con su despacho favorable; no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal. Constituye en las palabras de este autor una especie de los “procesos urgentes” (Conf. Peyrano Jorge W., “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 13), y presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o de vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente, y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído; e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar, para impugnarla, entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada (Conf. Peyrano, ob. Cit., p. 34).

Que en el caso concreto que nos ocupa, entiendo corresponde resaltar, que tratamos aquí de una herramienta jurídica excepcional, y por tanto, debe extremarse su aplicación a aquellos supuestos fundados y debidamente acreditados que se justifiquen por la imperiosa necesidad de prestar una cobertura eficiente en resguardo de derechos vulnerados o amenazados.

La medida autosatisfactiva, **es de carácter excepcional, urgente y, que resulta viable cuando se demuestre una “probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata” art. 232 bis del CPCC.**

Que así lo ha entendido la jurisprudencia reinante en la materia en cuanto sostiene que: **“Entre los requisitos necesarios para la procedencia de la medida autosatisfactiva, figura en primer lugar que el derecho del postulante debe aparecer prima facie como cierto, manifiesto y suficientemente probado, debe existir una fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible no bastando una mera verosimilitud del derecho con que se contenta la diligencia cautelar. Entendiendo por probabilidad la representación adecuada del triunfo de la acción emprendida. En segundo lugar, debe existir peligro en la demora, debemos encontrarnos ante una frustración actual o inminente, cuya cesación inmediata es el único interés del peticionante y agota el cometido de la función jurisdiccional...”** (Conf. CC0100 SN 7889 RSD- 211-6 S 14-11-2006. B857966), cita extraída de Sistema JUBA-SCBA, On Line.; siendo además que con el despacho favorable se agota, no resultando necesario la iniciación de una ulterior acción principal; por lo que sentado lo expuesto cabe examinar si en el

caso se encuentra acreditado los extremos invocados y la urgencia requerida.

De las constancias de la causa, con la documentación acompañada y el informe suministrado por el Banco de Formosa S.A. (pág. 27 y vlta.) se encuentra acreditado que la Sra. Fernanda Nissen es cliente del Banco de Formosa S.A. y que tiene habilitada una caja de ahorro -suelo-. Que a las 18:30:23 hs se realizó una carga de datos registrándose como mail ... y numero de celular Que a las 18:33:21 se realizó un cambio de clave y a las 18:55 se efectuó una transferencia a terceros por canal web por la suma de Pesos Cien Mil (100.000), importe que fue transmitido a la cuenta de destino a nombre de Y.J.M.G. CUIT ... CVU de Mercado Pago Que luego entre las 23:03 hs y 23:25 se realizaron otras operaciones: obtención inf. personal -envío código de verificación -actualización de teléfono y mail introducido desde la IP ..., datos cargados cel ..., mail:

Dicho lo cual y en mérito a las pruebas anteriormente referidas resulta elocuente la verosimilitud de la pretensión esgrimida por la actora, por lo que considero que la misma encuadra en los parámetros del remedio procesal intentado en tanto cumple con los requisitos señalados precedentemente.

Que, en autos ha sido introducida la cuestión consumeril, en función de lo cual cabe establecer en primer lugar que la Ley N.º 24.240, considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1). Asimismo, define como proveedor a la persona jurídica que desarrolla de manera profesional la comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios (art. 2).

De acuerdo a tales parámetros, entre el banco y la titular de la cuenta bancaria, existe una relación de consumo, ya que esta última encuadra dentro de la noción de consumidor, toda vez que se trata de una persona humana que es usuario con destino final del servicio financiero ofrecido por aquél, quien reviste calidad de proveedor en los términos del art. 2º de la Ley 24.240, ya que desarrolla de manera profesional y habitual la actividad financiera.

En tal contexto, resulta necesario señalar que los arts. 1384 a 1389 del CCivCom. establecen que las normas del sistema protectorio del consumidor resultan aplicables a los contratos bancarios con consumidores y usuarios. En suma, ante una relación de consumo -en el caso, la establecida entre un banco y uno de sus clientes-, la cuestión litigiosa debe resolverse, tal como lo imponen los arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación, interpretando el ordenamiento jurídico coherente y armónicamente con el paradigma protectorio del consumidor consagrado en el art. 42 de la CN. y en la Ley 24.240 y sus modificatorias, así como los arts. 1092, sptes. y ccdtes. del CCivCom..

Calificada la relación como de consumo, no es posible soslayar que surge un deber de seguridad respecto del proveedor de fuente constitucional (art. 42 de la constitución Nacional y art 5 de la ley 24.240 y sus modificatorias), y es en base a ello que ocurrido el suceso lesivo en la sede bancaria, en ocasión de ser utilizado por el consumidor sus servicios, el vínculo obligacional derivado del acaecimiento del ilícito en cuestión, involucra al banco en el doble carácter de

proveedor de los servicios contratados y responsable ante los usuarios de la **seguridad**.

Del relato de los hechos surge que la accionante, resultó ser víctima de una maniobra que produjo como consecuencia el vaciamiento total del dinero que se encontraba depositado en su caja de ahorro -cuenta sueldo-, circunstancia que fue perfeccionada debido a la vulnerabilidad del sistema informático del Banco de Formosa S.A, no cumpliendo así con su deber de seguridad. El hecho ocurrió en circunstancias en que la víctima recibió un correo electrónico a través del cual era invitaba a migrar sus datos del sistema viejo de Red Link al Nuevo Homebanking del Banco de Formosa S.A. por lo que cabe destacar que si el Banco ofrecía a sus clientes un nuevo modo virtual de relacionarse comercialmente con él, debió procurar como mínimo, brindarle igual seguridad que si tal operatoria se realizara en forma presencial en su local.

Que, en el caso de autos, se advierte que al momento en que se realiza la mudanza al nuevo homebanking, el banco no cumplió con su deber de seguridad atento a que el sistema no advirtió que los nuevos datos ingresados, tales como nombre, apellido, CUIT, correo electrónico, numero de celular, geolocalización no guardaban relación con los anteriormente registrados en el viejo homebanking (Red Link). Nótese que los datos del viejo HB introducidos correspondían a Fernanda Nissen, celular N° ..., mail: ...; y los nuevos ingresados para realizar la migración fueron: mail: ..., celular N.º ... por lo que el banco no debió permitir la habilitación de un nuevo Homebanking con datos **tan diferentes** a los que se encontraban registrados en el viejo homebanking, o al menos debió ser una señal de alerta para que no se habilite la migración al nuevo HB.

Asimismo, y ante la invitación a sus clientes a efectuar la mudanza al nuevo Homebanking debió reforzar y extremar aún más las medidas de seguridad, a fin de garantizar la utilización segura y confiable de su plataforma.

Que, a su vez en este contexto de migración a un nuevo Homebanking, se efectuó el cambio de clave y luego se realizó una transferencia a terceros por medio del canal web por la suma pesos de cien mil (\$100.000) destinada a Y.J.M.G., CUIT ..., cuando este tipo de operaciones no resultaba habitual de su cliente, por lo que tal situación también debió haber sido una señal de alerta para evitar cualquier tipo de operatoria ilegal.

En este sentido el Banco Central de la República Argentina a través de diversas normativas exige a los Bancos "*tener implementado mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones*" (Comunicación A 3323, 1.7.2.2.), la normativa del Banco Central de la República Argentina no solo brinda instrucciones a los Bancos en materia de seguridad en sus locales sino también en lo relativo a las transacciones electrónicas.

En rigor, debía ser objeto de particular atención por la entidad bancaria en orden a ofrecer a sus clientes la suficiente seguridad para evitar los previsibles y reiterados, como se ha visto, ataques de delincuentes.

Por las características explicitadas y riesgos que tiene el sistema informático, el mismo debe calificarse como cosa riesgosa, de acuerdo al Código Civil y Comercial. En consecuencia, el dueño o guardián de la cosa riesgosa debe responder por los daños que cause la misma. Y en estos supuestos, los dueños o guardianes de la cosa riesgosa son las entidades bancarias y responden por los daños que la misma causare.

Que en atención al deber de seguridad que establece el art. 5 de la Ley 24.240, en un sentido amplio y que el Banco Central de la República Argentina ha dispuesto reiteradamente en su normativa en imponer a los bancos que deben contar con "*mecanismos de seguridad informática*", garantizando la confiabilidad de la operatoria.

En este sentido, corresponde atribuir responsabilidad al banco, en forma objetiva, de acuerdo al art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, por los daños que sufrió uno de sus clientes, si aquél prestó de manera defectuosa los servicios a su cargo e incumplió sus deberes legales, advirtiéndose que las medidas desplegadas fueron insuficientes e inadecuadas para dar cumplimiento efectivo a la obligación de seguridad en el entorno digital utilizado por el usuario.

A fin de cumplir con la obligación de seguridad, conociendo que las transacciones realizadas por red resultan constantemente amenazadas en su seguridad, el banco debió tomar medidas que permitan evitar la consumación de estafas electrónicas, como extremar las instrucciones algorítmicas que permitan detectar automáticamente operaciones sospechosas -sea por la cuantía de los montos, la inhabitualidad de los movimientos, destinatarios no registrados, etc.- o llevar un registro de direcciones IP seguras o habituales, que permitan alertar la existencia de operaciones realizadas desde dispositivos con direcciones de IP no habituales; asimismo, debe tenerse en cuenta que muchas operaciones fraudulentas -por ejemplo, la transferencia de sumas de dinero- podrían evitarse si la entidad bancaria exigiera ciertos recaudos para confirmar la operación, por ejemplo tener una doble validación.-

La obligación de seguridad -arts. 42 CN.; y 5º Ley de Defensa del Consumidor 24.240- impone a los proveedores el deber de preservar, en la relación de consumo, la indemnidad de la persona y bienes de los consumidores y usuarios y, especialmente, el de adoptar medidas de prevención de riesgos, de manera tal que los bienes y servicios, usados en forma normal, sean seguros para el consumidor o usuario, y que no causen daños a su persona y sus bienes, debiendo el proveedor, por aplicación del art. 40 de la Ley 24.240, responder objetivamente por los daños que el consumidor sufra en virtud del riesgo o vicio de la cosa o del servicio prestado.

Así las mencionadas normas establecen en forma expresa, en cabeza del proveedor, una obligación de seguridad. Como consecuencia de ello, cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor (conf. Picasso, Sebastian - Vazquez Ferreyra, Roberto A. Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, La Ley Bs. As. 2009).

Por los motivos arriba referenciados, teniendo en cuenta la plataforma fáctica establecida en el caso, legislación y doctrina citada, habiéndose acreditado la afectación de los derechos del consumidor que gozan de protección constitucional, y se encuentran prescriptos en el microsistema de Protección al Consumidor Ley 24.240, sus modificatorias y en los artículos concordantes del CCyCom cabe atribuir responsabilidad al Banco de Formosa S.A. respecto a los daños sufridos a los bienes de la Sra. Fernanda Nissen (vaciamiento del dinero depositado en su caja de ahorro) como consecuencia del no cumplimiento del deber de seguridad, debiendo el Banco de Formosa S.A., por tal motivo, restituir a aquella la suma de Pesos Cien Mil (\$100.000), acreditando dicha suma en la caja de ahorro de la misma, perteneciente al CUIL Con costas a la parte demandada, por no encontrar mérito para apartarme del principio general de la derrota

(art. 68 del C.P.C.C.).

Por lo cual;

RESUELVO:

1.- HACER LUGAR LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA promovida por la Sra. MARIA FERNANDA NISSEN contra el BANCO DE FORMOSA S.A., y en consecuencia, ordenar a este último que en el plazo máximo de 48hs. proceda a restituir a la Sra. María Fernanda Nissen la suma de Pesos Cien Mil (\$100.000), debiendo acreditar dicha suma en la caja de ahorro de la misma, perteneciente al CUIL....

2.- IMPONIENDO las costas a la parte demandada de acuerdo al principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

3.- REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. Sara Natalia González, en la suma de PESOS VEINTE (20) JUS, con más lo que corresponda de conformidad a la categoría tributaria a la que pertenezca (art. 43 – Ley 512). Córrase vista a la DGR.

REGÍSTRESE, INSÉRTESE COPIAS EN EL LIBRO DE SENTENCIAS. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE O POR CÉDULA A LAS PARTES. Oportunamente, ARCHÍVESE.-

Dra. Claudia Fabiola Pérez Grepo
Juez Subrogante