

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN
CENTRO JUDICIAL CONCEPCIÓN
Cámara Civil y comercial Común Concepción - Sala II

ACTUACIONES N°: 9/21
H2001435402
H2001435402

JUICIO: G. J. E. C/ BANCO MACRO SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - EXPTE. 9/21

EXCMA. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN CENTRO JUDICIAL CONCEPCIÓN REGISTRADO	
SENTENCIA N° 205	AÑO 2022

Concepción, 29 de julio de 2022

AUTOS Y VISTOS

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el letrado Jorge Agustín Romero apoderado de Banco Macro SA en fecha 27/4/2022, contra la sentencia n° 15 de fecha 13 de abril de 2022, dictada por la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común Única Nominación del Centro Judicial de Monteros, en estos autos caratulados: “G. J. E. c/ Banco Macro SA s/ Daños y Perjuicios” – expediente n° 9/21, y

CONSIDERANDO

1.- Que por sentencia n° 15 de fecha 13 de abril de 2022, la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común Única Nominación del Centro Judicial de Monteros, resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por J. E. G., DNI ... , en contra de Banco Macro SA. En consecuencia declaró la nulidad de los préstamos otorgados en la cuenta del actor en fecha 1/2/2021 por la suma de \$38.330 y de \$637.395 y condenó a la demandada a pagar al actor en el plazo de 10 días de quedar firme la presente resolutive en concepto de daño moral la suma de \$321.501,30 y en concepto de daño de punitivo, la suma de \$400.000, devengando intereses desde la fecha de la notificación de la presente resolución a la demandada y hasta su efectivo pago aplicando la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que fija el Banco de la Nación Argentina. Impuso las costas al demandado vencido. Reguló honorarios al letrado Luis Emilio Rodríguez Vaquero la suma de \$372.394,98, al letrado Jorge Agustín Romero la suma de \$212.797,13, a la perito informática Ing. Alejandra Machado, la suma de \$68.644,23 y al letrado Luis Emilio Rodríguez Vaquero la suma de \$37.239,49.

2.- El letrado Jorge Agustín Romero apoderado de Banco Macro SA interpuso recurso de apelación contra la sentencia referida en fecha 27/4/2022 y expresó agravios en fecha 12/5/2022, los que fueron contestados por la parte actora en fecha 9/6/2022. En fecha 27/6/2022 la Sra. Fiscal de Cámara se pronunció por el rechazo del planteo recursivo y por la confirmación de la sentencia apelada.

2.-1.- Recurso del Banco Macro SA:

Señaló que le causa agravio el análisis efectuado por la Sentenciante del deber de seguridad del Banco y su responsabilidad por cuanto el mismo no podrá

considerarse como una obligación de resultado que conlleve un factor de atribución objetivo, como pretende el accionante. Agregó que no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado de manera que el usuario no sufra daño alguno.

Sostuvo que la cuestión de brindar datos personales suficientes para acceder a la cuenta del actor escapa a la esfera de responsabilidad de su mandante, donde si bien el banco tiene un deber de seguridad éste tiene un límite del cual no puede hacer responsable a su poderdante

Expuso que el préstamo se otorga a quién posee activo el acceso a “Banca Internet” con usuario y clave personal e intransferible y las sumas se depositan en la cuenta del cliente. Agregó que la operatoria de autos nada hace presumir una utilización ilegal de la cuenta de banca internet de la actora, ya que ambos factores de seguridad, el usuario, la clave alfanumérica, fueron ingresados en forma absolutamente regular lo que no permitió emitir ninguna alarma.

Rechazó al análisis realizado por la Sra. Juez respecto a la conducta del actor, que habría proporcionado voluntariamente sus claves argumentado que ello implica desconocer lisa y llanamente los efectos de ventilar datos personales y claves bancarias, toda vez que, del relato de los hechos efectuado por la propia actora y de la documentación aportada a estos actuados se desprende con claridad que el Sr. G., en un hecho confuso, ventiló datos personales y proporcionó los medios para acceder a sus cuentas a terceros desconocidos, cambiando su clave personal mediante indicaciones de una persona desconocida, haciendo caso omiso a cualquier recomendación que pudiera hacer su mandante. Añadió que la misma actora manifestó que el 1/2/2021 fue llamada por un hombre que dijo ser personal del Banco Macro sin recordar su nombre y desconociendo el número desde donde procedía la llamada. Agregó que surge palmario en este caso que, el hecho de la víctima no es imputable a su mandante y que el actuar del actor fue causa necesaria para que se produzcan los daños.

Se agravió por cuanto su mandante es condenado a pagar una indemnización en concepto del supuesto daño moral sufrido por la actora que no le resulta imputable como así también la cuantificación que se hace de ese rubro indemnizatorio. Agregó que no es posible dejar de señalar que la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, que no son equiparables, por ende, ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que puedan llegar a provocar el evento que se atribuye a su mandante y que a lo largo del expediente no se desprende prueba alguna que acredite el daño moral sufrido por el actor. Citó jurisprudencia que consideró aplicable al caso.

Por último se agravió de la condena por daño punitivo al decir que de ningún modo su parte demostró un obrar negligente y desaprensivo frente a una problemática actual por cuanto se han hecho esfuerzos conjuntos entre las entidades y hasta campañas comunicacionales coordinadas para concientizar a la población la existencia del fenómeno. Añadió que es de público conocimiento la incorporación de técnicas anti fraude y que con sólo acceder a la página de Banca Internet, también en el cajero automático y en la aplicación “App” del Banco Macro se abren varias advertencias.

Dijo que surge de la misma pericial realizada las implementaciones efectivizadas por el Banco en materia de seguridad por lo que no se puede considerar que su mandante continúe en una conducta negligente y desaprensiva a los fines del daño punitivo que se le pretende imputar.

Indicó que se realiza una errónea interpretación respecto a que su parte omitió información relevante o actuó con mala fe por cuanto en la prueba pericial personal del banco manifestó que estarían dispuestos a realizar todas las acciones necesarias para recrear el entorno y disponer de las copias de seguridad pero para esto, necesitarían tiempos que exceden el plazo que se dispone para la presentación del Informe Pericial. Citó doctrina y jurisprudencia que consideró aplicable al caso.

Hizo reserva del Caso Federal.

2.-2.- Contestación de Agravios de la parte actora:

El letrado Luis Rodríguez Vaquero, en el carácter apoderado de J. E. G. manifestó en cuanto al agravio referido al deber de seguridad que la conducta proactiva y esfuerzos conjuntos del Banco que invoca a su favor son claramente insuficientes para tener por cumplido con el deber de seguridad a su cargo. Agregó que el banco se desentiende de los sistemas de seguridad en dos pasos que tienen implementados Google y Facebook que claramente son más sofisticados y eficientes a la hora de evitar intromisiones no autorizadas con el simple y arbitrario argumento de señalar que nada tienen que ver con los sistemas bancarios.

Referido al agravio acerca de la conducta del actor dijo que la demandada tergiversa las pruebas construyendo meros sofismas cuando expresa que no surgen claramente de las constancias de autos la operatoria a través de Facebook. Añadió que del contenido de la pericia informática presentada en autos y que no mereciera impugnación por la demandada, ha quedado acreditado que el hijo de su mandante realizó a través de la plataforma "Facebook" una publicación en el sitio Marketplace ofreciendo en venta un juego de dormitorio, igualmente está acreditado que en esa misma plataforma un contacto nominado como "Fede" realizó un intercambio de mensajes con el titular de la cuenta "JuaniG.", añadiendo que su mandante no brindó información de sus productos bancarios.

Referido al daño moral dijo que el fallo ha considerado y fundado debidamente su procedencia basándose en presunciones no desvirtuadas por la demandada. Expresó que en autos sí se rindieron pruebas, en el caso, testimonial que dan cuenta del padecimiento y angustia generado por tener que devolver un crédito que jamás solicitó su mandante y que tampoco podría afrontar sin comprometer seriamente su subsistencia diaria.

En lo tocante a la consideración del monto de la condena por este rubro, dijo que la demandada no arrima ningún elemento que sirva de crítica limitándose a señalar que es una suma elevada.

En cuanto al daño punitivo aseveró que la conducta del banco con posterioridad al evento en cuestión, lejos de ser colaborativa fue cerrada y miras exclusivamente a percibir las ganancias del crédito mal habido por parte de éste.

2.-3.- A su turno, la Sra. Fiscal de Cámara en dictamen de fecha 27/6/20232 aconsejó no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada.

3.- Concretamente la apelante se agravió del análisis en la sentencia del deber de seguridad y de la conducta del actor, procedencia y cuantificación de los rubros daño moral y daño punitivo.

Sin perjuicio del tratamiento integral que se realizará sobre las cuestiones que son objeto de recurso, cabe recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las pruebas aportadas al expediente, ni todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino tan solo los que se consideren suficientes y decisivos para decidir el caso (CSJN, fallos: 258:304;

262:222; 265:301; 272:225; Loutayf Ranea Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", t. 2 p. 310/313, Astrea, 2ª ed. act. y amp., Bs. As. 2009).

4.- Antecedentes relevantes de la cuestión a resolver:

a) En fecha 17/2/2021 J. E. G. interpuso demanda en contra de Banco Macro SA, por medio de la cual reclamó que se ordene al demandado dar cumplimiento con el contrato bancario de caja de ahorros y a indemnizarlo por los daños sufridos.

Relató que el día 1/2/2021 a hs. 15:23 aproximadamente, su hijo Juan Ignacio G., recibió una llamada del número +5493751586682 -quien se identificó como un tal Alejandro- por una publicación que hizo el hijo accionante en la red social Facebook, para vender unos muebles. Agregó que la persona que llamó manifestó al joven que se comunicaría con el actor para la transferencia de dinero por la compra a concretarse.

Manifestó que más tarde se contactó -desde el número +542612309607- una persona que dijo ser personal del Banco Macro, cuyo nombre no recuerda, quien dijo que no podría hacer la transferencia porque se había excedido del monto permitido, que debía concurrir al cajero a fin de que le den instrucciones para habilitar la operación.

Adujo que luego se dirigió hasta el cajero de Simoca y colocó la tarjeta del Banco Macro, mientras por teléfono le daban instrucciones (desde el mismo número que lo habían llamado anteriormente) e indicó que en ese momento le hicieron cambiar la clave de seguridad. Agregó que después, en la pantalla del cajero, observó una transferencia a su caja de ahorros por \$38.000 y que a continuación, le indicaron que extrajera \$200 para comprobar que todo estaba en funcionamiento, todo de parte del banco y sin mayores complicaciones.

Sostuvo que regresó a su casa y desde allí intentó ingresar al home banking, pero no pudo hacerlo, que cambió su clave y así pudo ingresar advirtiéndole que, en sus últimos movimientos, que se había acreditado un préstamo personal por la suma de \$637.695 que nunca solicitó, visualizándose transferencias a otras cuentas que nunca realizó y que desconoce.

Señaló que el mismo día 1/2/2021, a hs. 23:20 formalizó una denuncia penal en la comisaría de Simoca- Policía de Tucumán- cuya copia adjunta.

Afirmó que los hechos relatados encuadrarían en lo que modernamente se conoce como phishing y vishing.

Resaltó que el demandado es un profesional prestador de servicios bancarios y como tal, responsable por la seguridad en las transacciones y manejo remoto de los productos bancarios. Añadió que el deber de seguridad le es exigible como experto en la materia y como parte de los servicios que les brinda a sus clientes.

Asimismo, manifestó que en fecha 2/2/2021 a hs. 8:00, aproximadamente, se comunicó a la línea gratuita del Banco Macro y que allí le generaron dos reclamos, uno por desconocimiento de préstamo y otro por desconocimiento de transferencias; luego generó un tercer reclamo porque llamó para solicitar detalles de los CBU a donde se transfirió el dinero del crédito que jamás solicitó. Indicó que todos estos reclamos recibieron una respuesta sin contenido, despegándose de cualquier responsabilidad que puede haber al respecto.

Solicitó medida cautelar, la que fue resuelta favorablemente en sentencia de fecha 25/2/2021.

En fecha 26/8/2021, el letrado Luis Rodríguez Vaquero, apoderado de la parte actora amplió demanda solicitando que se anule el préstamo atribuido a su mandante, que se condene a la accionada a indemnizar el daño moral causado al actor que estima en la suma de \$200.000 o lo que más o en menos surja de las constancias de autos y la suma de \$200.000 en concepto de daño punitivo.

Manifestó que hasta la fecha no puede saber exactamente qué pasó con la cuenta de su mandante, cómo obtuvieron acceso los estafadores a esta y qué precaución tomó el banco para evitar el desfalco.

Resaltó que el banco demandado, con desaprensión y negligencia permitió: que la estafa se concrete, pues obliga a sus clientes a operar por medios automatizados, que se modifiquen todos los datos de contacto contraseñas y control del cliente, que se obtenga un préstamo pre acordado de imposible cumplimiento, que un tercero tome el control de la cuenta, que se transfiera todo el dinero a cuentas con las que nunca operó y desde dispositivos y direcciones IP que no son habituales.

Cuestionó que la entidad bancaria haya aprobado un crédito a un cliente que nunca manifestó siquiera el interés de pedirlo en algún momento y agrega que el solo hecho de ofrecer el préstamo es de una total irresponsabilidad cuando el actor no manifestó ni le solicitó al banco tener el acceso a un crédito con un click.

Afirmó que el banco es un profesional que debería tomar medidas de seguridad y prevención, pero que no lo hizo en su momento y considera que tampoco lo hace con la eficiencia necesaria en la actualidad.

Expuso que son numerosas las oportunidades en que la entidad actuó con desidia y falta de profesionalismo, que existe una gran cantidad de estafas similares a la sufrida por su mandante y que esa situación es conocida por el banco; citó noticias sobre hechos similares y relatos de clientes estafados por la negligencia de los bancos.

Sostuvo que la operatoria denunciada debió encender alarmas en el banco inmediatamente, ya que en pocas horas alguien cambió códigos, dirección de mail y teléfonos de confianza de la cuenta, se pidió un préstamo, se transfirió el dinero a cuentas terceros desconocido; y que todo se habría realizado desde dispositivos y direcciones IP extraños. Afirmó que un sistema experto confiable habría preguntado al cliente si esas operaciones eran reales, pero que nadie lo hizo.

Enunció que el banco incumplió con sus obligaciones más básicas al no contar con medidas adecuadas de seguridad, no prevenir ni evitar el hecho delictivo, todo lo cual derivó en los hechos generadores del daño.

En cuanto al sobreendeudamiento dijo que el préstamo que el banco le otorgó al consumidor está completamente fuera de su alcance. Aclaró que aún si él actor lo hubiera solicitado, el banco nunca debió otorgárselo, pues era evidente que no lo podría pagar sin afectar su capacidad de pago y margen de disponibilidad del salario, ya que las cuotas que el consumidor debería pagar insumirían casi el 70% de sus ingresos

b) Corrido el traslado en fecha 16/09/2021, en ocasión de celebrarse la audiencia de conciliación y proveído de pruebas, se apersonó el letrado Jorge Agustín Romero, como apoderado de Banco Macro SA y contestó demanda solicitando su rechazo con costas a la parte actora y formula reserva de caso federal.

Negó los hechos narrados por la actora y en su relato expresó que el actor es cliente del Banco Macro SA en diversos productos, que el Banco brindaba al Sr. G. asistencia financiera.

Dijo que el Sr. G., en un hecho confuso, ventiló datos personales y proporcionó los medios para acceder a sus cuentas a terceros desconocidos, cambiando su clave personal mediante indicaciones de una persona desconocida, haciendo caso omiso a cualquier recomendación que pudiera hacer su mandante.

Señaló que de las constancias de autos, no surge claramente la operatoria que describe el actor por medio de la red social Facebook y resalta que la misma parte admite haberse dirigido al cajero automático de Simoca donde realizó las operaciones (cambio de claves) dando acceso a las personas responsables de los hechos desconocidos.

Entendió que el caso se trata de la llamada estafa de ingeniería social "cuento del tío" donde el cliente es engañado telefónicamente brindando información de sus productos en el banco a cambio de un préstamo, un premio, un auto, etc. y que, como indica en su demanda, se realizaron diversas transferencias, una vez que el actor les brindó los datos de acceso.

Aseveró que este tipo de fraude no puede llevarse a cabo sin el consentimiento del reclamante, ya que se necesitan sus datos personales para realizarlos. Agregó que el único responsable de la tarjeta, clave y accesos es el titular y que por lo tanto no es atribuible al banco este tipo de delitos.

Alegó que su mandante tomó diversas medidas para advertir a sus usuarios acerca de este tipo de fraude relacionadas con la clave personal, las cuales enumeró, de lo cual surge que su mandante extrema los recaudos mediante conductas activas a fin de evitar que los consumidores sufran daños como consecuencia de los bienes o servicios que consumen cumpliendo con todos los estándares de seguridad exigidos por el BCRA y más.

Respecto del deber de seguridad reconoce que su mandante tiene para con su cliente que cumplir con dicho deber, pero señala que este tiene un límite y que el actor no puede responsabilizar al banco por hechos tales como el resguardo de datos personales, que el deber de seguridad no puede considerarse como una obligación de resultado que conlleve un factor de atribución objetivo, como pretende el accionante.

Explicó que los créditos generados por Banca Internet de Banco Macro SA que niega el actor, son créditos personales que se obtienen vía home banking. Señaló que el procedimiento es muy sencillo y la principal ventaja es la rapidez de otorgamiento; que se trata de créditos que se gestionan mediante el acceso a los canales automáticos y el monto otorgado en préstamo se entrega con depósito en cuenta.

Detalló el procedimiento para el otorgamiento del crédito y aclaró que se otorgan a quién posee activo el acceso a "Banca Internet" con usuario y clave personal e intransferible y las sumas se depositan en la cuenta del cliente. Explicó que quien solicita el préstamo debe contar con: a) usuario b) clave personal e intransferible, c) tener activado el token de seguridad y d) n° de DNI del titular de la cuenta.

Concluyó que quien realizó las operaciones denunciadas fue el actor o algunas de las personas a quien este proporcionó sus datos personales, presumiendo que quien solicitó el préstamo contaba con datos y claves personales intransferibles del cliente.

Destacó que luego de que su mandante fue puesto en conocimiento del hecho, tomó todas las medidas de seguridad necesarias procediendo al bloqueo de

las tarjetas y claves y solicitando al actor realice denuncia policial correspondiente, poniéndose a disposición para la investigación.

En cuanto a los daños y perjuicios reclamados, afirmó que no hay incumplimiento objetivo alguno de parte del Banco, que su mandante no ha llevado a cabo acto alguno causante de daño, por considerar que las operaciones existieron, fueron generados con los datos personales del actor (usuario, contraseña, token, etc). Agregó la inexistencia de factor de atribución de responsabilidad, puesto que no hubo culpa ni mucho menos dolo en el accionar de su mandante ni un factor de atribución objetiva.

Manifestó que los daños que la actora reclama y que deberá probar, tendrán que apuntar a la falta de previsión de su mandante o a su falta de responsabilidad al haber ventilado datos personales de su exclusivo cuidado con la que se realizaron las operaciones, de la cual hace responsable a su mandante.

Impugnó los rubros indemnizatorios por entender que el daño alegado por el actor no es imputable al demandado.

c) En fecha 17/11/2021 se celebró la audiencia de producción de prueba, en las cual se presentó el letrado Luis Emilio Rodríguez Vaquero apoderado del actor, y el letrado Jorge Agustín Romero apoderado del Banco Macro SA. Así concluida la audiencia, en fecha 30/12/2021 se produjo el informe de pruebas, y en fecha 25/2/2022 se ordenó correr traslado al Sr. Fiscal Civil, el cual dictaminó en fecha 14/3/2022 y mediante decreto de fecha 12/4/2022 pasó el expediente a despacho para el dictado de sentencia definitiva.

d) En la sentencia apelada n° 15 de fecha 13 de abril de 2022, la Sra. Juez, para resolver como lo hizo, señaló que ambas partes concuerdan sobre la existencia de una relación de consumo entre el actor -quien reviste la calidad de consumidor, por lo que la controversia deberá resolverse contemplando el marco protectorio consumeril, que revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores conforme al artículo 42 de la CN.

Manifestó que los escritos de demanda y contestación evidencian que en fecha 01/02/2021 el Sr. J. E. G. fue víctima de la estafa virtual ya descrita y conocida como phishing, lo que también se desprende de la causa penal que tengo a la vista caratulada: "Autor Desconocido s/ Estafa Art. 172 - Vict. G. J. E.". Legajo M-000413/2021.

Hizo referencia a la pericia informática presentada por la Ing. Machado - que no fue impugnada por ninguna de las partes- y que da cuenta de que el actor obró con el convencimiento y la confianza de que actuaba bajo instrucciones del banco demandado.

Subrayó que de la prueba documental del actor -que tampoco fue cuestionada por la demandada- concretamente, del detalle de movimientos de la cuenta sueldo del Sr. G. (caja de ahorro en pesos nro. 460008007186839 ticket de fecha 05/02/21 hora 10:04 - Cajero S1BBM405) surge que en fecha 1/2/2021 se realizaron las siguientes operaciones: 1. Una acreditación en cuenta por la suma de \$38.330 registrada bajo la descripción PRESTCCCA; 2. Un descuento por la suma de \$200 registrada bajo la descripción EXTRCAJAUT; 3. Un descuento por la suma de \$8.000 registrada bajo la descripción EXTRCAJAUT; 4. Una acreditación en cuenta por la suma de \$637.395,00 registrada bajo la descripción PRESTCCCA; 5. Un descuento por la suma de \$180.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA; 6. Un descuento por la suma de \$200.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA; 7. Un descuento por la suma de \$150.000 registrado bajo la

descripción DEDEBINONA: 8. Un descuento por la suma de \$137.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA 9. Un descuento por la suma de \$206.94 registrado bajo la descripción 87088 - IN; 10. Un descuento por la suma de \$337.67 registrada bajo la descripción DBCOMPFDOS.

Asimismo aseveró que del comprobante de fecha 01/02/21 -hs, 15:27- Nro. de Transacción 2033 surge una generación de clave Banca Móvil/internet. Luego, el comprobante de fecha 01/02/21 -hs. 15:35- Nro. de Transacción 2038, da cuenta de la extracción por \$200, y el comprobante de hs. 15:35 n° 2039 de la extracción realizada por el actor por \$8.000. Agregó que en la misma fecha, a hs. 23:20 el actor formuló denuncia por ante la comisaría de Simoca.

Mencionó que de la causa penal surge también que las sumas de dinero acreditadas en la cuenta del actor fueron transferidas a cuatro cuentas de tipo CVU (Mercado Libre SRL) cuyos titulares se domicilian en la provincia de Córdoba.

Concluyó que el actor fue víctima de una estafa que encuadra en el concepto de "phishing". Ello en tanto, en pocos minutos fueron cambiadas las claves de seguridad del home banking del actor, se tomó un préstamo por \$38.330, se realizaron dos extracciones (por \$200 y \$8.000) por cajero automático, se tomó otro préstamo por \$637.395 e inmediatamente después se realizaron cuatro transferencias a cuentas radicadas en la Provincia de Córdoba, vaciando de ese modo la cuenta del actor.

En cuanto al cumplimiento del deber de seguridad por parte de la demandada dijo que corresponde determinar si los sistemas de seguridad al momento del hecho resultaban adecuados para prevenir los riesgos existentes en el contexto imperante a la fecha del hecho (1/2/2021) y que la accionada conocía a la perfección, para lo cual resultará de aplicación el art. 53 de la LDC.

Expresó que de la prueba pericial informática surge que la perito actuante no pudo contestar ninguno de los puntos de pericia referidos a los sistemas de seguridad del banco a la fecha del hecho, es decir al 1/2/2021 (puntos 1 c, e, f, g y h; 3 y 4) por carecer de la información necesaria para emitir su dictamen, la que debía ser proporcionada por el Banco. Agregó que al correr traslado de la pericia, la propia accionada puso en evidencia que la perito no contestó los puntos más relevantes por lo que solicitó ampliación del informe pericial.

Indicó que al contestar el pedido formulado por la accionada, la perito solicitó que se fije el día 28 de Diciembre a hs 11:00 para constituirse en las oficinas de la demandada en Calle San Martín 721, S.M. de Tucumán a fin de poder obtener la información que le permita responder los puntos 1,3 y 4 del Cuaderno de Pruebas, sin embargo, corrido el traslado a la accionada, esta mantuvo silencio, no informó el lugar ni la fecha en la que la perito debía presentarse, ni acompañó documentación o información referida a los puntos de pericia que ella misma propuso y cuya importancia resaltó incluso al pedir aclaraciones.

Efectuó una transcripción del informe pericial y determinó que el banco no proporcionó información que tenía o debía tener en su poder, lo determinó que no pudiera acreditar cuales eran las medidas de seguridad que implementaba a la fecha en que ocurrió el hecho por el cual reclama el actor y consecuentemente no pudo demostrar que cumplió con la obligación de seguridad que sobre él pesaba.

Expuso que no acreditó, ni siquiera, haber enviado las alertas al actor invocadas al contestar demanda, referidas de los riesgos y amenazas del sistema, ya que tanto la pericial informática como el acta de comprobación, (Escritura número doscientos tres, Folio 668 pasada por ante la Escribana autorizante Adrián Sallent)

que acompañó, demuestran únicamente que aquellas alertas existían a la fecha de las constataciones, realizadas al menos 4 meses después del hecho denunciado, agregó que aun si aquellas alertas hubieran existido, por sí mismas son insuficientes para evitar que los fraudes como el descripto anteriormente se cometan, en tanto ellos se caracterizan porque el cliente confía en que es el banco el que dirige su accionar.

Efectuó una transcripción de las medidas de seguridad determinadas y reglamentadas por el BCRA vigentes antes del hecho ocurrido de lo cual dedujo que la citada normativa imponía a la entidad bancaria la necesidad de contar con sistemas de alarmas que pudieran advertir al usuario que desde su cuenta se estaban llevando a cabo operaciones sospechosas, para que éste luego pudiera solicitar su anulación.

Concluyó que los sistemas de seguridad del banco resultaron insuficientes para detectar que, en la misma fecha y en un par minutos, alguien ingresó a la cuenta del actor desde un IP diferente al que ingresaba habitualmente, cambió sus claves de seguridad, seguidamente tomó créditos cuyas cuotas insumían aproximadamente el 70% de los haberes del actor, e inmediatamente tales sumas fueron transferidas a cuentas de CVU con las cuales nunca había operado y pertenecientes a usuarios de otra provincia (Córdoba).

Dijo que conforme al artículo 40 de la LCD sólo se liberará de responsabilidad total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena aseverando que la conducta del actor no reviste la entidad suficiente para ser calificada como la causa del hecho dañoso, antes bien, esta se encuentra constituida por la negligencia de la demandada que resulta palmaria; ello así toda vez que, mediante la implementación de medidas de seguridad, tales como alarmas de operaciones sospechosas, la demandada pudo haber evitado el daño, pero no lo hizo, lo que revela la falibilidad del sistema y nuevamente, su calidad de cosa riesgosa.

En relación al cuestionamiento de la parte actora sobre el otorgamiento por parte de la accionada de créditos al consumidor hizo referencia a la sentencia dictada por ésta Excm. Cámara en los autos "Albarracín Yolanda Del Carmen C/ Banco Macro SA Sucursal Juan Bautista Alberdi S/ Amparo" - Expte. N° 160/21, la cual consideró aplicable al caso y de esa manera determinó que el banco no tomó ninguna previsión ni realizó ningún análisis de solvencia al otorgar la Sr. G. el préstamo cuestionado, pues de las constancias de autos se desprende que la cuota que hubiera tenido que pagar el actor afectaba aproximadamente el 70% de sus ingresos a la fecha del otorgamiento del préstamo.

Al entrar en el análisis de los daños resarcibles respecto del rubro daño moral argumento que la cuantificación de este rubro indemnizatorio consiste en una tarea que reviste enorme dificultad y que sigue siendo judicial y prudencial, sin criterios rígidos ni topes. Añadió que existe una pauta normativa mucho más específica que la de la reposición al statu quo ante (la cual, de suyo, resulta impracticable en el daño moral), y que parte de la base de que el daño moral no se cuantifica, sino que se cuantifica la satisfacción del valor del daño extrapatrimonial.

Subrayó que en este juicio la parte actora no abrió el debate que plantea el art.1741 CCyC, en efecto no hizo ningún aporte que permita determinar específicamente qué bien o actividad resultaría gratificante, de manera de poder contar con pautas más específicas a la hora de cuantificar este rubro, sin embargo, al interponer demanda estimó aquella satisfacción esperada mediante la determinación

de una suma de dinero equivalente a \$200.000 por lo que estimó procedente la suma de \$300.000 adicionando a la suma fijada un interés puro anual del 6% desde el 1/2/2021 -fecha en la que el actor constituyó en mora a la accionada al formular reclamo ante el banco- hasta la fecha de esta sentencia, lo que asciende a la suma de \$ 321.501,30.

En cuanto al daño punitivo enunció que de los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de un daño con arreglo al marco de aprehensión del art. 42 de la CN, arts. 5 y 40 de la LDC. Ello así: a) porque la accionada ha demostrado un obrar negligente y desaprensivo frente a una problemática actual que conoce y que tiene como víctimas a los usuarios de sus servicios, de todo lo cual se desprende la repercusión comunitaria de la infracción b); porque el Banco pretendió eximirse de responsabilidad alegando la culpa del actor sin hacerse cargo del incumplimiento del deber de seguridad, lo que evidencia el desprecio a los derechos del consumidor y violación del derecho a un trato digno y equitativo; c) porque la accionada asumió en el proceso una conducta contraria a la buena fe, en tanto omitió incorporar información relevante que se encontraba en su poder y que incluso le fue expresamente requerida en la etapa probatoria. Por lo expuesto estimo razonable otorgar la suma de \$400.000.

5.- Se tratarán los agravios en el siguiente orden: a) Deber de seguridad del Banco Macro SA, b) conducta del actor, c) procedencia y quantum de los rubros daño moral y daño punitivo.

5.- a) Deber de seguridad del Banco Macro SA:

El letrado Jorge Agustín Romero se agravió de la atribución realizada por la Magistrada en relación al deber de seguridad del Banco y su responsabilidad.

Al respecto debo decir que el régimen consumeril consagra una obligación de seguridad a cargo de los proveedores. Concretamente, el art. 42 de la CN dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (...). A su turno Ley 24240 en su art. 5 establece: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados y prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para los consumidores o usuarios”, a continuación el art. 6 expresa: “Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”. Asimismo, el artículo 40 de la misma normativa prevé: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. (...). La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Esta obligación de seguridad es el deber secundario y autónomo que, expresa o implícitamente, asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus contratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. Tiene sustento en el principio de la buena fe (art. 1198 Cód. Civil) y en su ámbito específico, en el orden público de protección que

imperera en materia de defensa del consumidor. La utilidad práctica que ofrece depende, en buena medida, de que se afecten intereses distintos al de la prestación principal. Se refiere estrictamente a los daños que puedan experimentar la persona o los bienes de los contratantes con motivo de la ejecución contractual y constituye una obligación distinta de las que esencialmente impone el contrato a las partes. (Pizarro, Daniel Ramón "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa –contractual y extracontractual", ed. L.L., T3, pág. 257/258) (CNCiv. Sala D, "Torres, Marcelo Rubén y otro vs. Guasconi, Juan Carlos y otros s. Daños y perjuicios", 11/04/2022; Rubinzal Online /// RC J 2330/22).

Así, las mencionadas normas establecen de forma expresa, en cabeza del proveedor, una obligación de seguridad de resultado. 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, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., Las leyes 24787 y 24999: consolidando la protección del consumidor, JA, 1998-IV-753, PICASSO, Sebastián, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, L.L., Buenos Aires, 2009, t. I, p. 160 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., Defensa del consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 285).

Por ello, y a los fines de deslindar la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad la demandada debe demostrar la existencia de una causa ajena -tendiente a fracturar el nexo causal-, sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación objetiva. Ello así, porque es una responsabilidad contractual derivada de una obligación de resultado. Así, pesa sobre aquella persona contra quien se ha dirigido la acción, la carga de acreditar que el hecho se debió a la culpa del damnificado, o de un tercero por quien no sea civilmente responsable, o que provino de caso fortuito o fuerza mayor. Añádase que la concurrencia y acreditación de las condiciones eximentes, deberán ser interpretadas con criterio restrictivo -siendo la prueba liberatoria fehaciente e indubitada-, toda vez que la normativa ha creado factores objetivos de atribución que deben cesar únicamente en casos excepcionales.

Ahora bien, los contratos bancarios se encuentran regulados en el Título IV, Capítulo 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, expresamente el art. 1384 refiere que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093". Asimismo, la Corte Suprema reconoció la posición de "subordinación estructural" de los usuarios en los contratos con entidades bancarias y financieras y la consiguiente necesidad de la justicia de garantizar una "protección preferencial" para preservar "la equidad y el equilibrio en estos contratos". Este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, que el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo, puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que, con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor con el objeto de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional (CSJN, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del

Consumidor c/ Bank Boston s/ sumarísimo", Fallos: 340:172, del 14/3/2017). En el citado fallo, la Corte Suprema destacó, que "del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer operativo el derecho previsto en el art 42 de la Constitución Nacional" (Juzg. Cont. Adm., Tributario y Rel. Consumo N° 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; "s/relación de consumo", 23/2/2022; Rubinzal Online /// RC J 1176/22).

En esta era de implementación de nuevas tecnologías y nuevas formas de contratación, que se agudizó aún más con la obligatoriedad de recurrir a la modalidad virtual producto de la pandemia por Covid-19, debemos hacer especial hincapié en la protección del consumidor ante situaciones como la del caso de autos, donde el actor incluso denunció penalmente haber sido víctima de un delito digital - phishing-.

El *phishing* es un vocablo informático se atribuye a un conjunto de técnicas que buscan engañar a una víctima ganándose su confianza y haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza (por eso se habla de suplantación de identidad de un tercero de confianza), pretenden manipularla y hacer que realice acciones que no debería ni quisiera realizar.

Para realizar el engaño, habitualmente los phisher (así se llama a quienes usan estas prácticas), hacen uso de la ingeniería social explotando los instintos sociales de la gente, como es de ayudar o ser eficiente. A veces también se hace uso de procedimientos informáticos que aprovechan vulnerabilidades. Habitualmente el objetivo es robar información pero otras veces es instalar malware, sabotear sistemas, o robar dinero a través de fraudes. (<https://es.wiki/Phishing>). (Juzg. CC N° 2, Goya, Corrientes, "s. Nulidad de Contrato", 15/04/2021; Rubinzal Online /// RC J 3333/21).

En ese contexto, la obligación de seguridad que deriva de la relación de consumo, impone a la entidad bancaria extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques y fraudes informáticos. En esa inteligencia el presupuesto básico de los servicios que ofrece la entidad es que éstos sean brindados, tanto cuando se haga en forma personal como cuando lo sea por medio de elementos mecánicos o electrónicos, con total seguridad para el cliente. El Banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente. Esta seguridad está dada prioritariamente por la confianza que al consumidor le brinda el medio empleado. Confianza que no solo radica en el uso de una clave personal y única, sino también por la esperable inviolabilidad del software utilizado por la entidad (ABAD, Gabriela A., Análisis de la responsabilidad bancaria en casos de estafas electrónicas mediante redes sociales desde la óptica del derecho de consumo, Lunes, mayo 17, 2021 Bancos, Doctrina consumo, elDial.com – DC2DEA) (Juzg. CC y Fam. 3ª Nom., San Francisco, Córdoba, "s. Abreviado – Otros", 11/02/2022; Rubinzal Online /// RC J 1261/22).

De esta manera, y a fin de cumplir con la obligación de seguridad, el banco debe tomar medidas que permitan evitar la consumación de este tipo de estafas electrónicas, tales como extremar las instrucciones algorítmicas que permitan detectar automáticamente en el sistema operaciones sospechosas (ya sea por la

cuantía de los montos, la inhabitualidad de los movimientos, destinatarios no registrados, etc.), o bien, llevar un registro de direcciones IP seguras o habituales, para que el Banco alerte la existencia de operaciones realizadas desde dispositivos con direcciones de IP no habituales. Asimismo, muchas operaciones fraudulentas podrían evitarse si la entidad bancaria exigiría ciertos recaudos para confirmar la operación: un llamado telefónico al cliente corroborando la transacción, o exigiendo la presencia del consumidor en una sucursal física para concretar la operatoria (por ejemplo, la solicitud de un préstamo) (Juzg. CC y Fam. 3ª Nom., San Francisco, Córdoba, “s. Abreviado – Otros”, 11/02/2022; Rubinzal Online /// RC J 1261/22).

Nótese al respecto que la comunicación del Banco Central de la República Argentina “A” 7199 del 6/1/2021 (relacionada con la contratación por medios electrónicos) señala: "...que los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en toda relación de consumo, a: -la protección de su seguridad e intereses económicos; -recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten - incluyendo sus términos y condiciones- , así como copia de los instrumentos que suscriban; -la libertad de elección; y -condiciones de trato equitativo y digno...". A su turno la comunicación “A” 4609 resalta en su apartado 6.4 que "Dada la naturaleza de la exposición de Internet, éste es uno de los canales que representa mayor nivel de riesgo. Por ello, es relevante que las entidades financieras consideren políticas y prácticas adecuadas para la gestión del mismo" y agrega "En este apartado se detalla un conjunto de medidas mínimas de seguridad y control (...)".

De la sola lectura de esos puntos surge que el banco tiene que adoptar las medidas necesarias para evitar el phishing, tomado como parámetro mínimo las pautas sugeridas por la citada comunicación. Y es aquí donde toma relevancia el dictamen pericial practicado en autos por Marcela Alejandra Machado, Ingeniera en Sistemas de Información el cual respecto a los puntos específicamente referidos a comprobar si la parte demandada cumplió con el deber de seguridad a saber: -A) cuestionario del actor punto 1 c. Qué movimientos, consultas y trámites se realizaron en la cuenta de mi mandante desde la apertura de la cuenta, en particular los préstamos y transferencias, si se modificaron los datos de usuario y contraseña y los datos de contacto (correo electrónico y número de teléfono), en su caso, indique cuándo se realizaron, desde qué dirección IP y qué dispositivo, indique si esa dirección y ese dispositivo son los que usualmente utilizaba el actor; punto 1 e. Si se disparó alguna alerta en el banco ante las operaciones realizadas en la cuenta de la actora desde 2020; punto 1 f. Si se permite el cambio de la dirección de correo electrónico o teléfono celular al que envía los números de confirmación o token, si ese cambio se puede realizar desde home banking y cómo se realiza. Indique si hubo cambios en el sistema desde 2020 y cómo era el sistema en ese momento; punto 1 g. Indique si el banco envió al actor algún mensaje que alertara que podía estar siendo víctima de una estafa, que se estaba obteniendo un préstamo, que se estaban realizando transferencias; punto 1 h. Indique si el banco recibió algún mensaje para confirmar las operaciones, informarle que ya se habían realizado, etc.; punto 1 i. Indique qué método de verificación de identidad o de validación de las gestiones utilizaba el Banco Macro en el año 2020, qué sistema utiliza ahora, qué otros sistemas existen y son utilizados por otras plataformas y si los mismos pueden ser utilizados por el Banco Macro; B) cuestionario del demandado punto 1 Informe el perito de manera clara y detallada, a la fecha del 1 de Febrero del 2020, cuáles eran los pasos a seguir para obtener un préstamo pre aprobado a través de los canales

Home Banking (Banca Internet) y Cajero Automático. Asimismo indique, cuales son las medidas de seguridad adoptadas por los sistemas del banco a los fines de poder acceder a dichos créditos; punto 3 Informe el perito, cuáles eran los estándares y/o medidas de seguridad utilizados por el Banco Macro a la fecha del hecho (01/02/20) para obtener créditos a través de los canales Home Banking (Banca Internet) y Cajero Automático; punto 4 Determine el perito si existen reformas que se han producido en los últimos meses en relación a las medidas preventivas de fecha 01/02/20. En caso afirmativo, detalle cuales han sido las modificación (sobre todo en cajeros automáticos y el portal de Banca virtual) que refuerzan la seguridad e información para el usuario en relación a las precauciones que deben ser tenidas en cuenta para minimizar los casos de estafas- respondió: "Por la fecha de los movimientos que son necesarios consultar para responder este punto pericial, se hace necesario en algunos casos recurrir a la recreación de un entorno que permita simular el funcionamiento del Sistema en la fecha donde ocurrieron las operaciones a peritar y en otros casos recurrir a copias de respaldo de la información, ya que solo se encuentra a disposición del Sistema on line información de los últimos 6 (seis) meses. El Personal del Banco que participa de esta comunicación, manifiestan que estarían dispuestos a realizar todas las acciones necesarias para recrear el entorno y disponer de las copias de seguridad. Pero para esto, necesitarían tiempos que exceden el plazo que se dispone para la presentación del Informe Pericial".

Corrido el traslado del informe la parte demandada lo impugnó solicitando que se aclare o amplié los puntos de la pericia razón por la cual la Ingeniera solicitó que se fije el día 28 de Diciembre a hs 11:00 para constituirse en las oficinas de la demandada en Calle San Martín 721, S.M. de Tucumán a fin de poder obtener la información faltante que le permita responder los puntos 1,3 y 4 del Cuaderno de Pruebas D3 acumulado al A4. No obstante ello, corrido el traslado la parte agraviada nada dijo al respecto, por lo que la ampliación de la pericia no se llevó a cabo.

Respecto a los puntos que la perito puedo contestar destaco el punto 1 b donde manifestó que la estructura de base de datos no tiene previsto almacenar alertas de fraude; el punto 1 d donde expresó que el área de Seguridad Informática le manifestó de forma verbal que tienen sistemas de alertas para ataques externos al sistema del banco pero que las mencionadas alertas comprenden el sistema general y no son específicas del Home Banking y el punto 1 j donde indicó en referencia a las operaciones de préstamo realizadas por Home Banking que a partir del 26/7/2021 se envían comunicaciones de la operación efectuada a través de la casilla de email o mensajes al celular. También se incorporaron restricciones como no permitir operaciones vía internet si hubo cambio de claves dentro de los últimos 15 (quince) días o si el Home Banking fue habilitado en menos de los últimos 15 (quince) días. Resaltó que también se implementaron la visualización de pantallas con alertas preventivas en materia de estafas cibernéticas.

De lo expuesto podemos colegir que la parte demandada no pudo acreditar que dio efectivo cumplimiento con el deber de seguridad previsto en el art. 42 de la CN y en la Ley 24240, ya que surge de los puntos peritados la insuficiente plataforma de seguridad que la entidad bancaria tenia al momento del fraude al actor, para las operaciones efectuadas por medios electrónicos, siendo que las medidas mencionadas en el punto 1 j fueron adoptadas en fecha 26/7/2021 –seis meses después del acaecimiento del hecho-. A ello se suma la actitud evidente de falta de colaboración para con la ampliación de la prueba solicitada por su parte, siendo que

era la más interesada en su producción a los efectos de probar los postulados que mencionó en su escrito de contestación de demanda.

Entonces ¿es razonable pensar que en razón del vínculo contractual entre el actor y la entidad bancaria existan créditos pre-aprobados que se encuentran a tan sólo un click? Si vemos los movimientos de cuenta de la caja de ahorro en pesos nro. 460008007186839 del Sr G. observamos que del ticket de fecha 05/02/21 hora 10:04 - Cajero S1BBM405 surge que en fecha 01/02/21 se realizaron las siguientes operaciones: 1. Una acreditación en cuenta por la suma de \$38.330 registrada bajo la descripción PRESTCCCA; 2. Un descuento por la suma de \$200 registrada bajo la descripción EXTRCAJAUT; 3. Un descuento por la suma de \$8.000 registrada bajo la descripción EXTRCAJAUT; 4. Una acreditación en cuenta por la suma de \$637.395,00 registrada bajo la descripción PRESTCCCA; 5. Un descuento por la suma de \$180.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA; 6. Un descuento por la suma de \$200.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA; 7. Un descuento por la suma de \$150.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA; 8. Un descuento por la suma mde \$137.000 registrado bajo la descripción DEDEBINONA 9. Un descuento por la suma de \$206,94 registrado bajo la descripción 87088 - IN; 10. Un descuento por la suma de \$337,67 registrada bajo la descripción DBCOMPFDOS.

De lo expuesto podemos advertir que el monto total era casi 7 veces lo que él percibe conforme a boletas de sueldo adjuntadas por el actor en escrito de fecha 17/2/2021. Y los hechos recordemos ocurrieron en un muy corto período de tiempo: se efectuaron cambios de la clave de seguridad, se obtuvo un préstamo por la suma de \$38.000 y otro por la suma de \$637.695; todo el dinero fue transferido a varias cuentas casi de forma inmediata. Frente a esa operatoria, no se generó ningún tipo de alerta para detectar este tipo de actos irregulares e infrecuentes, sea por la entidad que ellos tienen, por la movilización de fondos en un período de tiempo muy reducido, por la transferencia a cuentas no vinculadas y con las que antes no se habían efectuado transacciones, por la existencia de usuarios con ubicación en otras provincias –Córdoba en éste caso- entre otros, todo lo cual a criterio de esta Sentenciante resulta a todas luces que el sistema utilizado por la entidad bancaria no constituye un sistema seguro, o al menos carece de las medidas de seguridad esperables y que garanticen un vínculo de confianza con sus clientes.

A esta altura, resulta insoslayable el incumplimiento por parte de la entidad bancaria 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 efecto, las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus CE (Canales Electrónicos), que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones. b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas. c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas (ver la Comunicación "A" 6017 del BCRA del 2016, RMC004).

Nos parece apropiado traer a colación las medidas de seguridad que poseen las grandes compañías tecnológicas –Google, Facebook y Amazon- y a nivel

nacional la empresa Mercado Pago, las cuales fueron descritas por la perito en el citado informe. Al respecto dijo: “Al ingresar a una cuenta de Google o Facebook desde un dispositivo o una IP diferente a la habitual el sistema SI arroja una ALERTA indicando el ingreso desde un dispositivo distinto al habitual y solicitando la confirmación al titular de la cuenta. Estas cuentas tienen disponible un doble factor de autenticación (...) reduce drásticamente las posibilidades de que personas no autorizadas accedan a tu cuenta, incluso si logran averiguar cuál es tu contraseña (...)”. “Amazon posee como medidas de seguridad una autenticación multifactor. Esta misma empresa en su página web explica de manera detallada de que se trata esta medida de seguridad (...) Hay varias formas en las que se te puede pedir que confirmes tu inicio de sesión: Ingresa un código de verificación de seis dígitos que enviaremos a la dirección de correo electrónico o al número de teléfono celular que tienes archivado en Amazon • Confirma tu inicio de sesión con una aplicación móvil de Amazon o Para asegurarnos de que recibas estas solicitudes de confirmación, asegúrate de que las notificaciones de la aplicación de Amazon estén activadas • Responder a una pregunta de seguridad sobre tu cuenta (...)”. “Mercado Pago posee 2 métodos de seguridad para proteger la cuenta del usuario (...). Verificación en 2 pasos: Teléfono: para recibir códigos de seguridad en tu celular por SMS, WhatsApp o llamada. Google Authenticator: para generar códigos de verificación temporales con la app de Google. Seguridad en la app. El método que usas para desbloquear la pantalla de tu teléfono también sirve para proteger la app de Mercado Pago o Mercado Libre. Esto quiere decir que también te lo vamos a pedir cuando abras la app o hagas algún movimiento de dinero. (...) Dispositivos vinculados a tu cuenta Te permite llevar el control de tu cuenta y ver los dispositivos donde tenés una sesión activa. Si desconocés alguno, podés eliminarlo para proteger tu dinero y tus datos”.

Lo descripto *ut supra* denota que las mencionadas empresas cuentan con medidas de seguridad más avanzadas y aggiornadas a la creciente problemática del phishing que ha sido expresamente reconocido por la parte accionada, lo cual deja al descubierto el déficit del banco en orden a evitar delitos de ésta índole.

En razón de los argumentos desarrollados el agravio de la parte demandada no resulta admisible.

5.- b) Conducta del actor:

Se agravio el letrado Jorge Agustín Romero manifestando que fue el Sr. G., en un hecho confuso quien ventiló datos personales y proporcionó los medios para acceder a sus cuentas a terceros desconocidos, cambiando su clave personal mediante indicaciones de una persona desconocida, haciendo caso omiso a cualquier recomendación que pudiera hacer su mandante.

No advertimos que la actividad fraudulenta esté conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos, sino en la falta de medidas hábiles para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor.

Entonces podemos señalar que la facilitación de los datos fue la condición del hecho dañoso, pero no su causa. La causa no es cualquier condición sino aquélla que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia (teoría de la causalidad adecuada) está dada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo (Bustamante Alsina, Jorge,

“La relación de causalidad y antijuridicidad”, L.L. 1996-D, 23; Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, T I pág. 631, Ed. La Ley; SCBA LP C 106086 S 19/12/2012; CC0203 LP 123863 RSD-33-19 S 28/12/2019).

La causa es la falta de seguridad en el sistema que el banco demandado puso a disposición del accionante. Entonces el hecho o culpa de la víctima –invocada por el banco- no reúne los requisitos para eximir de responsabilidad en cuanto no se trata de un hecho exterior ajeno a la actividad –a sus negocios intrínsecos- y especialmente a la obligación en cabeza del demandado (Arias, María P. – Müller, Germán E., “La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing”, JA 2021-III).

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

Es que la entidad bancaria no puede pretender desentenderse de la situación con solo alegar que el actor/consumidor reconoció haber sido víctima de phishing y que ello ocurrió por su exclusiva culpa. Ello en razón de que bajo la tutela judicial efectiva que ampara al consumidor no puede permitirse que con tanta liviandad el proveedor sortee la responsabilidad que pueda corresponderle en la ocasión.

Está claro que el Sr. G. fue víctima de phishing; pero lo que aquí debemos valorar es que –justamente- eso no debió ocurrir ante las medidas de seguridad tecnológicas con las que debió contar el Banco.

De la prueba documental del actor –que no fue cuestionada por la demandada- surge el detalle de movimientos de la cuenta sueldo del Sr. G. en donde se visibilizan los préstamos acreditados a su cuenta, también se observan mails de respuesta del banco a los reclamos efectuados por el actor, denuncia policial de fecha 1/2/2021; de la causa penal agregada al SAE surge que las sumas de dinero acreditadas en la cuenta del actor fueron transferidas a cuatro cuentas de tipo CVU (Mercado Libre SRL) cuyos titulares se domicilian en la provincia de Córdoba.

Bajo ese escenario podemos válidamente tener por cierto que personas sin identificar sustrajeron datos personales bancarios del Sr. G. para acceder a su cuenta de home banking; y de hecho lo lograron, tal como el propio Banco lo reconoce al expresar: “(...) entendemos que el caso se trata de la llamada estafa de ingeniería social “cuento del tío” donde el cliente es engañado telefónicamente brindando información de sus productos en el banco a cambio de un préstamo, un premio, un auto, etc.”.

Por lo tanto, aun cuando fuere verdad que el accionante fue negligente y comprometió de algún modo información personal, lo innegable es que falló el sistema de seguridad del Banco al permitirle a un tercero suscribir una contratación en su nombre y, si bien el accionado negó que se haya incumplido el deber de seguridad a su cargo, nada quedó comprobado al respecto. Al margen de sus propios dichos, como se pudo observar no se produjo la ampliación de prueba informática de la que pudiera surgir la prestación adecuada del sistema de banca electrónica y con la que se pueda juzgar como eficazmente cumplido el deber de

seguridad; siendo el sujeto que -indudablemente- se encontraba en mejores condiciones de producirla.

Bajo este orden de ideas, estimamos que el recurrente no adoptó la conducta esperable y acorde a su especialización en el desarrollo de aquellas transacciones en cuestión. Además, no debe pasar inadvertido que el Banco, en tanto proveedor del servicio, debió en todo momento brindar a su cliente información cierta, clara y detallada, acerca de los peligros a los que se sometía al utilizar su cuenta en el home banking (arts. 4 de la LDC y 1100, 1106 y 1107 del CCyCN).

Por ello, siendo que el deber de información constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el régimen protectorio del consumidor, con raigambre constitucional, y que debe ser suministrado -por el proveedor- bajo idéntico parámetro al utilizado para las condiciones de comercialización del servicio que ofrece, consideramos que -ante el hecho consumado del phishing- en el caso concreto el estándar exigido de la "información cierta, clara y detallada" no se ha cumplimentado acabadamente o de un modo eficaz.

Es que, esta información no solo debe ser adecuada y veraz sino también 'oportuna'; esto es, que sea brindada constantemente mientras dure el contrato bancario que vincula a las partes, de modo que el consumidor cuente con la información útil y necesaria para ejecutar las operaciones que desee a través del home banking sin ser luego víctima de estafas, fraudes, etc.

Entendemos que no caben dudas que el Sr. G. no ejecutó a sabiendas las operaciones cuestionadas; y si lo hubiera efectuado de esa manera, se tornaría aplicable lo previsto en los artículos 3 y 37 de LDC (en caso de duda debe estarse a favor del consumidor). De todas maneras, el Banco accionado tampoco propone tal hipótesis; sólo manifiesta que el actor fue negligente al comprometer sus datos personales.

Deviene necesario puntualizar que hoy en día, la relación contractual entre la empresa y el consumidor se estructura, casi exclusivamente en torno a los principios de confianza, apariencia, no contradicción de los actos propios, lealtad y confidencialidad (art. 1067 del CCCN), que ponen especial atención en la relación asimétrica que se evidencia ante la irrupción de un nuevo proceso de contratación que, ya no se sustenta en la autonomía de la voluntad sino en las "expectativas generadas". Cabe agregar, que estos principios constituyen un valor intangible, y significan para la empresa, un valioso recurso de alto valor económico que le permite posicionarse en el mercado a través de una marca o un nombre comercial y marcar la diferencia en la elección de los consumidores; y para el consumidor representan la expectativa respecto a la calidad y seguridad en los bienes y servicios que adquiere, y espera que la empresa se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que ha generado. Por ello es que la marca y/o nombre comercial de la empresa operan como aval de calidad y seguridad. La seguridad, evoca una situación objetiva de ausencia de riesgos, que el producto o servicio no causará daño y que la prestación será cumplida de la manera convenida y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (art. 961 CCCN) conforme a las previsiones del art. 5 de la Ley de Defensa al Consumidor -obligación de indemnidad-(Juzg. CC N° 21, Resistencia, Chaco, "s/ Juicio sumarísimo", 15/10/2020; Rubinzal Online /// RC J 7866/20).

Y en lo que al caso interesa: "Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas y generalmente inocuas; se basa en un

conocimiento inductivo débil. No se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos".

Así, "Es necesaria la confianza, porque ésta está en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo; es el lubricante de las relaciones sociales. Por ello, debe ser respaldada jurídicamente, tanto en el establecimiento de presunciones, como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica" (STJ, Jujuy, "Cortez, Antonio Melitón vs. Banco Macro S.A. s. Acción emergente de la ley del consumidor - Recurso de inconstitucionalidad", 06/12/2021; Rubinzal Online /// RC J 1607/22)

De lo dicho se concluye que las operaciones de préstamos y extracciones fueron llevadas a cabo sin la participación del actor. De manera tal que la completa ausencia de consentimiento del accionante determina que no existió contrato de préstamo con la entidad bancaria demandada. La falta de voluntaria participación del actor en las operaciones lo colocó en una inevitable situación de vulnerabilidad que la normativa debe tutelar. Asimismo, se agrega que el obrar posterior por parte del Sr. G. al acaecimiento de las transferencias efectuadas por terceras personas es conteste con la diligencia esperable a un consumidor diligente en esa situación pues el actor efectuó mediante llamadas telefónicas dos reclamos – R-5214602 y 5214607- los cuales fueron contestados vía mail y efectuó la denuncia correspondiente. Ello sumado a la circunstancia de que la demandada no puede desentenderse de las consecuencias disvaliosas que acarrea su omisión de contar con adecuadas y sólidas medidas de seguridad en la prestación de servicio de home banking -tal como fuera analizado en el agravio anterior- aduciendo que la responsabilidad recae en cabeza de la víctima.

Por todo ello, considero que el agravio debe ser desestimado.

5.- c) Procedencia y *quantum* de los rubros daño moral y daño punitivo:

Trataremos cada rubro por separado a los efectos de dilucidar la cuestión planteada por el apelante.

Se agravió la demandada por cuanto es condenada a pagar una indemnización en concepto del daño moral sufrido por la actora que no le resulta imputable como así también la cuantificación que se hace de ese rubro indemnizatorio. Agregó que a lo largo del expediente no se desprende prueba alguna que acredite el daño moral sufrido por el actor.

Corresponde recordar que el daño moral, como es sabido, existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos, esto es, cuando el agravio incide en las afecciones legítimas: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares y que su reparación tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio, pues se procura establecer una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del daño moral sufrido (conf. Zavala de González, M., "Cuánto por daño moral", La Ley 1998-E-1057; citado en el voto de la Dra. Najurieta de esta Sala, en la causa 7441/07 del 28.4.2015).

Al respecto la Jurisprudencia tiene dicho: "Si bien es cierto que resulta ser doctrina legal de la SCJ de la Provincia de Buenos Aires que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, también lo es que para acreditar tal daño no es necesario la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible atento la índole del perjuicio, pudiendo ser acreditado por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador

acerca de la configuración del daño. Por su parte, dicho criterio restrictivo se encuentra atemperado cuando nos encontramos frente al reclamo efectuado por un consumidor quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones ya sea patrimoniales o informativas para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido” (STJ, Jujuy; 22/05/2017, “Salum, Andrés Alejandro vs. Banco Santander Río S.A. s. Ordinario por daños y perjuicios - Recurso de inconstitucionalidad”; 22/05/2017; Rubinzal Online /// RC J 5000/17).

En el caso concreto, consideramos que la situación vivida por el actor a raíz del hecho dañoso, razonablemente afectó su espíritu y dignidad, de forma anímicamente perjudicial, en el marco de una relación de consumo -la relación bancaria- en la cual el consumidor debe tener seguridad y confianza.

El incumplimiento del deber de seguridad, con la consecuente perpetración de la maniobra fraudulenta de los phisher, claramente ha puesto al consumidor actor en situación de mayor vulnerabilidad al ver vaciada su cuenta bancaria en la cual se le depositan sus haberes mensuales. Esa situación razonablemente genera un daño espiritual resarcible, que cobra especial relevancia en el contexto social delicado producido por la pandemia, teniendo en cuenta la fecha en que ocurrió el suceso.

A ello se suma la circunstancia de que el actor debió litigar con una contraparte que se negó a solucionar prejudicialmente el conflicto suscitado y que endilgó culpa a su propio cliente y/o a una tercera persona por quien no debería responder, y se aferró caprichosamente en pretender el rechazo de la demanda alegando la inexistencia de factor de atribución de responsabilidad, puesto que no hubo culpa ni mucho menos dolo en el accionar de su mandante ni un factor de atribución objetiva; todo lo cual -sin duda alguna- implicó pérdidas de tiempo, desazones y desasosiegos que permiten inferir la configuración del agravio moral; sin olvidar que también debió importar un significativo estado de impotencia ante la insólita negativa que recibió de su banco de confianza. Minimizar ese daño sufrido, implicaría deformar su finalidad y propiciar prácticas bancarias ineficientes y reprochables para con los consumidores.

Es claro que el actor debió sufrir, desde su derecho de consumidor, las vicisitudes del incumplimiento del banco (no velar por su seguridad conforme lo dispone el art. 42, Constitución Nacional) lo que también debió afectar sus sentimientos -sensación de preocupación, incertidumbre, frustración, impotencia y desesperación-, como una consecuencia normal y ordinaria; lo que sin dudas no necesita prueba, pues se evidencia por los hechos. Hubo una inobservancia que devino de obligaciones impuestas por la Ley de Defensa del Consumidor y que fueron transgredidas por la demandada, quien debió brindar en primer lugar un servicio seguro, y en segundo lugar una válida solución al planteo del actor.

Teniendo en cuenta la situación fáctica sufrida por el Sr. G. y las particularidades de la causa, estimamos que la suma otorgada por la Sra. Juez de primera instancia resulta adecuada y razonable para compensar el daño espiritual sufrido por el actor.

En función de las condiciones apuntadas, los argumentos expuestos por el apelante no resultan conducentes para modificar el fallo de primera instancia, razón por la cual el agravio resulta inadmisibile.

En cuanto al daño punitivo la parte demandada, se agravó en este punto al decir que de ningún modo su parte demostró un obrar negligente y desaprensivo frente a una problemática actual por cuanto reiteramos que, se han hecho esfuerzos conjuntos entre las entidades y hasta campañas comunicacionales coordinadas para concientizar a la población la existencia del fenómeno.

Al respecto éste Tribunal dijo: "El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, reformada por Ley 26.361/2008 incorporó la figura del "daño punitivo". Se trata de una multa civil a favor del consumidor que puede establecer el Juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aclarando la norma que es independiente de otras indemnizaciones que puedan otorgarse a favor del consumidor. "El daño punitivo tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. La "pena privada" está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados" (CSJTuc, sentencia n° 939 del 6/12/2011, "Borquez Juana Francisca c/ Cía. de Teléfonos del Interior SA CTI Móvil s/ Daños y perjuicios", citando a Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949; ídem Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II Cam. 1a Apel. Civil y Com. Mar del Plata, sala II, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina" del 27/5/2009, en La Ley 2009-C, 647; ídem Cam. Apel. Civil y Comercial de Rosario, Sala II, "Rueda, Daniela vs/ Claro Amx Argentina S.A., sentencia del 29/7/2010, en La Ley 29/11/2010, 9; en similar sentido Cam. Apel. Civil y Com. San Isidro, Sala I, "AngladaNorcí A. vs/ Bristol Medicine SRL, del 1/11/2010, en RCyS 2011-III, 203), CSJTuc. - Sala Civil y Penal- sentencia n° 556 del 6/7/2012, "Sassi Colombres Francisco Fernando vs/ Claro (AMX Argentina SA - ex CTI Móvil SA s/ Sumarísimo") (CCiv. Com. Concep., Sala única, s/ Daños y perjuicios", expte. n° 503/12, sentencia n° 170 de fecha 28/9/2016)".

Nuestra Corte ha sentenciado: "Debe ponerse de resalto que la cuantificación del daño punitivo -al igual que el daño moral- no tienen un parámetro económico fijo, sino que por la índole subjetiva que involucra estos tipos de reclamos, quedan sujetos a la determinación prudencial por parte del juzgador, quien -en el caso de los daños punitivos- cuenta con las pautas y límites establecidos en los artículos 47, 49 y 52 bis de la Ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor para la concesión y mensuración del mismo (CSJT, sent. n° 590/2019) (...) En materia de consumo, la norma rectora en la materia (Ley n° 24.240 de la Ley de Defensa del Consumidor) marca pautas claras al juzgador (sea a la autoridad de aplicación para la imposición de una sanción por infracción o al juez para el otorgamiento de daño punitivo) entre la que está 'la posición en el mercado del infractor' (art. 49 LDC), lo que quiere significar ni más ni menos que cuanto mayor sea la envergadura de la empresa y mejor posicionamiento tenga en el mercado, mayor debe ser la multa aplicada, y ello a efectos de cumplimentar con la finalidad retributiva y ejemplificadora (prevención general y especial) prevista en el sistema protectorio del consumidor. Lo expuesto precedentemente se ve respaldado por la más prestigiosa doctrina sobre el tema. Así, Ramón Pizarro asegura que 'las pautas de valoración para la graduación de la sanción por daño punitivo son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador,

especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etc.' (Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, p. 530, Hammurabi, Bs.As., 2004)" (cfr. CSJTuc., sentencia n° 620 del 7/9/2020, "Bezian María Isabel y otro vs. Telecom Personal SA s/ Daños y perjuicios") (CSJTuc., sentencia n° 434 del 16/6/2021, s/ Daños y perjuicios").

Bajo ese mismo raciocinio, la CSJT sostuvo que "si bien la determinación de la multa depende del prudente arbitrio judicial, el juzgador debe tener en cuenta a los fines de su determinación la capacidad económica del dañador, la naturaleza y grado de reproche, la extensión del beneficio obtenido, la propagación de los efectos de la infracción, la prolongación en el tiempo del daño y la extensión de los riesgos sociales. En esta inteligencia, tal como enseña Zavala de González, las pautas aludidas resultan aplicables analógicamente a las multas civiles previstas en el art. 52 bis, por lo que cabe realizar las siguientes precisiones como presupuestos de vigencia del daño punitivo: a) La «cuantía del beneficio obtenido», pues en él se comprende la magnitud del ahorro en costos de prevención; b) La «posición en el mercado del infractor». No es igual el poder preventivo ni la capacidad de pago del titular de una gran fábrica, que el de un modesto emprendimiento familiar, aunque en ambos casos el producto sea análogo y pueda tener idéntica falencia; c) La «gravedad de riesgos o de daños sociales», pues su entidad y propagación suelen acentuarse cuanto más serias son las gestiones de seguridad soslayadas por el infractor. Por consiguiente, tal como dice la autora citada, aunque la gravedad del mal individual puede ser pauta para graduar la multa, mucho más decisiva es la repercusión comunitaria de la infracción, incluso como riesgo abstracto, sin desarrollo fáctico hacia afecciones precisas... De todo lo dicho se sigue que el juez debe buscar pautas objetivas a los fines de que la sanción punitiva que se concrete pecuniariamente se encuentre sólidamente fundada, máxime teniendo en cuenta su claro tinte sancionatorio. En síntesis, será labor del juez determinar en el caso concreto los presupuestos de procedencia de la multa civil, explicando las pautas cualitativas y cuantitativas consideradas para fundamentar la condena'. (Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza; 'Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino', Diario La Ley, T. LXXV~239, 2011-12-19)" (CSJTuc., sentencia n° 590 del 25/4/2019, "Esteban Noelia Estefanía vs/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/ Daños y perjuicios").

Es que, en el sub-examen, la demandada incurrió en una conducta anacrónica objetivamente, quebrantando el estándar empresarial esperable de toda empresa seria que se precie de tal, y según fueron sus roles y funciones desplegadas ante la sociedad, generando con ello el factor objetivo de atribución para la reparación de los daños que pudiere haber provocado.

En efecto, y al decir de Carlos Alberto Gherzi, el comportamiento estándar de las empresas como parámetro objetivo constituye un rol y una función esencial en el derecho del consumo. La falta de adecuación a esos estándares de comportamiento, hace que la empresa objetivamente sea responsable de su actitud adversa al estándar y por ello genera dos efectos: a.) modifica las reglas del mercado alterando la competencia y perjudicando al mercado mismo y a las otras empresas competidoras; y b.) genera una conducta antisocial y de desconfianza que afecta a

los consumidores. Así, el daño punitivo tiene por función una sanción patrimonial, dentro del derecho privado, que permite incitar a las empresas a reencauzar su conducta hacia aquellos estándares objetivos.

En el caso, no caben dudas que el actor sufrió un trato indigno. Basta con advertir que el Banco contestó la demanda solicitando su rechazo, achacándole la culpa al cliente. Es más, ni siquiera ofreció devolver los fondos que le fueron sustraídos a él, de "su" ámbito de custodia, desatendiendo así -antojadiza y flagrantemente- su obligación de resultado a la que se sujetó, amparándose en su posición innegablemente dominante respecto del cliente, ya que se trata de un "profesional" en la actividad bancaria por lo que, y como sujeto proveedor, debió observar un mayor cuidado para que la prestación del servicio sea correcta y para que, en la eventualidad, los avances tecnológicos sean para mejorar la seguridad de las transacciones y no que, como ocurrió en el sub-lite, vayan en desmedro de los derechos de los consumidores. Incurrió en una marcada inconducta que se presentó por la falta de respuesta acorde a las circunstancias; un evidente desinterés en dar la solución al consumidor urgiendo debidamente los actos necesarios para ello, persistiendo el banco en su primigenia y obstinada posición negatoria.

Así las cosas, no puede pasar inadvertido que la vida del consumidor no debe verse entorpecida, obstruida o fastidiada por los incumplimientos de los proveedores y, si ello ocurre, es menester que el infractor asuma su responsabilidad lo que, además, sería de esperar que ocurriera en un tiempo sensato.

Por eso, valorando la gravedad del hecho; la afectación producida sobre la cuenta del actor en la que se le depositan los haberes con una bancarización obligatoria; la actuación posterior del banco demandado; las gestiones que debió realizar el actor en forma extrajudicial; la denuncia penal y finalmente éste proceso civil; los daños punitivos resultan procedentes.

Es en razón de lo expuesto que el agravio de la parte demandada debe ser desestimado.

6.- En materia de costas de la segunda instancia deberán imponerse al demandado en su totalidad, por el principio objetivo de la derrota (arts. 105, 107 y cc.CPCyC).

7.- Por razones de economía procesal corresponde regular honorarios por las actuaciones profesionales de segunda instancia.

Para la determinación de los honorarios correspondientes a esta instancia conforme dispone el art. 51 de la Ley 5480, se utiliza la base regulatoria de \$1.716.105,93, adoptada en la sentencia n° 15 de fecha 13/4/2022, a la cual corresponde añadir los intereses calculados con tasa activa, por ser ese el criterio que sigue este Tribunal, y que asciende a la suma de \$1.906.782,80 al 25/7/2022(\$190.676,87 por intereses acumulados, 11,111% porcentaje de intereses). Sobre esa cifra se hace una estimación de honorarios de primera instancia para ser tomados como referencia (14% para el ganador y del 8% para el perdedor), de allí se aplican los porcentajes que fija el art. 51 de la mencionada Ley Arancelaria Local para los honorarios de segunda instancia (25 al 35%).

De acuerdo a las pautas señaladas, corresponde regular honorarios:

-Al letrado Luis Emilio Rodríguez Vaquero, apoderado del actor J. E. G., por la contestación de agravios de la demandada apelante, en contra de la sentencia n° 15 de fecha 13/4/2022, y como ganadora, la suma de \$124.131,55, que surge de la siguiente operación:(\$1.906.782,80x14% -art. 38-= \$266.949,59+55% -art. 14-(\$146.822,27)= \$413.771,86 x30% -art. 51-= \$124.131,55).

- Al letrado Jorge Agustín Romero, en el carácter de apoderado de la demandada Banco Macro SA, por la interposición del recurso de apelación y su expresión de agravios en contra de la sentencia n° 15 de fecha 13/4/2022, y como perdedor, la suma de \$77.500, que surge de la siguiente operación: $(\$1.906.782,86 \times 8\% - \text{art. 38} = \$152.542,62 + 55\% - \text{art. 14} - (\$83.898,44) = \$236.441,06 \times 25\% - \text{art. 51} = \$59.110,26)$. Atento a que el monto arrojado es inferior a una consulta mínima escrita legal vigente, corresponde regular honorarios de conformidad a lo previsto en el art. 38 in fine, en una consulta mínima legal que asciende a la suma de \$50.000 con más el 55% (\$27.500) por su actuación en doble carácter, lo que da un monto total de \$77.500. Para la fijación de esos porcentuales se consideran los preceptos contenidos en los arts. 14, 15, 19, 20, 38, 39, 41, 43 y 51 de la Ley 5480 (texto consolidado).

Por lo expuesto, y oída la Sra. Fiscal de Cámara Civil, se

RESUELVE

I).- NO HACER LUGAR al recurso de apelación deducido por el letrado Jorge Agustín Romero apoderado de Banco Macro SA en fecha 27/4/2022, contra la sentencia n° 15 de fecha 13 de abril de 2022, dictada por la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común Única Nominación del Centro Judicial de Monteros, conforme a lo considerado.

II).- COSTAS del recurso se imponen al demandado Banco Macro SA, por lo considerado.

III).- REGULAR HONORARIOS de segunda instancia: a).- Al letrado Luis Emilio Rodríguez Vaquero, apoderado de la parte actora y como ganadora, la suma de \$124.131,55 y b).- Al letrado Jorge Agustín Romero, en el carácter de apoderado de la demandada y como perdedor, la suma de \$77.500, conforme a lo considerado.

IV).- NOTIFÍQUESE a la Caja de Previsión y Seguridad Social para Abogados y Procuradores de la Provincia, de conformidad al art. 35 Ley 6059.

V).- TENER por introducida la cuestión federal planteada por la demandada Banco Macro SA en los términos del art. 14 de la Ley 48.

HAGASE SABER

Firman digitalmente:

Dra. María José Posse

Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba

ANTE MÍ: Firma digital:

Dra. María Virginia Cisneros - Secretaria

NRO.SENT: 205 - FECHA SENT: 29/07/2022

FIRMADO DIGITALMENTE

Certificado Digital:

CN=POSSE Maria Jose, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27130674513, Fecha:29/07/2022;CN=IBÁÑEZ Mirtha Ines, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27142255516, Fecha:29/07/2022;CN=CISNEROS Maria Virginia, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27355189347, Fecha:29/07/2022;

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>