



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2024 - Año del 30º Aniversario de la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, TRIBUTARIO Y DE REL. DE CONSUMO N° 27 SECRETARIA UNICA

C. S., J. V. CONTRA BANCO ITAU ARGENTINA S A SOBRE CONTRATOS Y DAÑOS - RC - BANCOS, PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS

Número: EXP 370659/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00370659-8/2022-0

Actuación Nro: 2003619/2024

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

I.- Téngase presente lo informado por la Señora Secretaria en la actuación n° 2003186/2024.

II.- Que conforme surge de lo compulsado por Secretaría, resulta de público y notorio, que la aquí demandada ha realizado actos modificatorios de su persona jurídica, tales como cambio de denominación (pasando de llamarse Banco Itaú Argentina SA a Banco BMA S.A.U.), cambio de domicilio, y posterior fusión por absorción con el Banco Macro S.A., todo lo que ha producido efectos jurídicos que resultan oponibles a terceros. En virtud de ello, el ex Banco Itaú, fue absorbido sin liquidarse, siendo su sociedad continuadora el Banco Macro S.A., por lo que corresponde tener esto presente a sus efectos.

III.- En atención a lo informado previamente, procédase por Secretaría a recaratular la presente causa, consignando como demandada al Banco Macro S.A.

Y VISTOS:

Los autos caratulados “C. S., J. V. CONTRA BANCO ITAU ARGENTINA S A SOBRE CONTRATOS Y DAÑOS - RC - BANCOS, PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS”, Exp. 370659/2022-0, de cuyas actuaciones,

RESULTA:

IV.- El Sr. C.S. inició demanda ordinaria contra Banco Itaú Argentina S.A., actualmente Banco Macro S.A., conforme surge del punto II de la presente resolución (en adelante, “Banco Itaú” o simplemente “el Banco”), con el objeto de obtener una sentencia que declare la nulidad o inexistencia de las dos transferencias realizadas y una extracción desde una terminal autoservicio, realizadas sin su consentimiento.

Asimismo, solicitó que se condene a la demandada a pagar los daños y perjuicios que alega haber padecido debido a la sustracción del dinero mediante las referidas operaciones; más una suma en concepto de daño punitivo. Todo ello con intereses y costas.

Refirió que el día 18 de febrero de 2022, fue a retirar dinero del cajero automático de la sucursal Banco Itaú, sita en Av. Montes de Oca 1022, de esta Ciudad, cuando advirtió que no contaba con su dinero en cuenta. En virtud de ello, al día siguiente procedió a ingresar a su *homebanking*, donde constató la existencia de tres operaciones que no realizó: una transferencia por \$160.000 realizada en fecha 13 de febrero de 2022 con nro. de referencia 280483, destino CBU N° 014001060340051763017 correspondiente a la Sra. Cinthia Patricia Contreras CUIT 27-33376681-2. La segunda operación, resultaba ser una extracción sin tarjeta por la suma de \$15.000 realizada en fecha 13 de febrero de 2022 con nro. de referencia 004725, domicilio de extracción 0134567890 7800, barrio de Constitución. Finalmente advirtió una tercera transferencia por la suma de \$53.751 realizada en fecha 14 de febrero de 2022 a las 00:28, referencia n° 758962, destino CBU n° 007039303030004008588114, perteneciente al Sr. José Luis Ublado Polo.

En consecuencia, realizó un reclamo ante el Banco radicado con el nro. 2776715, y sostuvo que en fecha 8 de marzo, éste fue resuelto desfavorablemente. Denunció que al haberse acercado personalmente al Banco, recibió malos tratos, y que se le denegó información relativa a los movimientos “fraudulentos”.

Agregó que reviste condición de consumidor hipervulnerable, en razón de su edad, ya que tenía 66 años al momento de ocurridos los hechos.

En ese marco, instó la presente acción, fundó su pretensión en derecho y ofreció prueba.

V.- El Ministerio Público Fiscal tomó intervención mediante la actuación n° 3588136/2022, se expidió acerca de la intervención de este estrado y de la admisibilidad formal de la demanda.

VI.- Asumida la competencia del Tribunal, se corrió traslado de demanda, sin que el Banco Itaú se presentara en autos, por lo que fue declarado rebelde en la actuación n° 527401/2023.

VII.- Mediante la actuación n° 748981/2023, se abrió la causa a prueba. Una vez finalizado el período probatorio, se llevó a cabo la audiencia de vista de causa, a la que sólo compareció la parte actora (actuación n° 1854105/2024).

Quedaron los autos en estado de dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

VIII.- En primer lugar, he de señalar que en las presentes actuaciones nos encontramos frente a una relación de consumo, que tiene por objeto la prestación de servicios bancarios. En consecuencia, es menester tener en consideración que nuestro ordenamiento jurídico otorga especial tutela a consumidores o usuarios de bienes y servicios.

En el plano internacional, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor en el artículo 6, inciso b, Anexo, pto. III de Principios Generales, establece que: *“Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes (...) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores”*.

Por su parte, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que *“[l]os consumidores tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”*. En la misma línea, en el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece que *“[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna...”*.

A su vez, es preciso traer a colación que la normativa relativa al derecho de consumidores y usuarios reviste carácter de orden público (conf. art. 65 de la Ley 24.240, en adelante LCD).

En ese contexto, la jurisprudencia prescribió que *“la condición de orden público de los derechos de usuarios y consumidores, que viene a fijar directrices realistas para el mercado, impone a los jueces una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal.”* (Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario

de la Ciudad Autónoma de Buenos, Sala II, Exp. N° 2538-0 “BBVA Banco Francés S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, del voto de Dr. Eduardo A. Russo con adhesión de Dr. Esteban Centanaro y Dra. Nélide M. Daniele 09/03/2010, sentencia N° 12, inédito.)

La doctrina ha enumerado cuatro funciones del orden público para el derecho de usuarios y consumidores: función garantía y consentimiento pleno y de igualdad de oportunidades, en razón de la situación de desigualdad del consumidores; función de coordinación, garantizando la licitud de lo pactado por las partes; función de dirección, por el interés del Estado, en organizar sobre la base de la justicia distributiva esta área de negocios y función de protección, por la que el orden público tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada, la más débil y a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo a la justicia del contrato (Consumidores, Lorenzetti, Ricardo Luis, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni 2da edición, 2009, p.45).

El Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CPJRC), recepcionó el referido principio protectorio en su art. 1 inc. 6.

En resumen, atento que el caso que se ventila en autos queda encuadrado en una relación de consumo entre el actor y el demandado, corresponderá la aplicación de las normas previamente citadas.

VIII.1- En ese contexto, es importante señalar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de la prueba producida, sino que basta que valoren las que sean conducentes para la correcta composición del litigio (CSJN, Fallos: 272:225, 276:132, 287:230, entre otros; Fenochietto, Carlos Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 584).

Asimismo, el CPJRC, en su artículo 176 dispone que: “*Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica y los principios rectores del derecho del consumidor y de este código. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa*”.

Es preciso, en ese sentido, estudiar los elementos de prueba aportados por las partes, cuya valoración debe ser realizada en base a las reglas de la sana crítica y de

acuerdo a los principios protectorios del derecho del consumidor (cfr. art. 95, inc. 'd', CPJRC), a fin de dilucidar si se hallan reunidos en autos los presupuestos legales que hacen procedente la acción intentada.

Ello, sin soslayar, que el principio protectorio y la aplicación de la norma más favorable al consumidor en caso de duda (cfr. art. 1 inc. 6 y 7 CPJRC) no eximen al Tribunal de examinar y ponderar la prueba incorporada a la causa, de manera tal que la aplicación de la regla citada en último término resulta operativa únicamente si el caudal probatorio resultara insuficiente para formar la convicción del magistrado.

Por otra parte, cabe poner de resalto que la accionada no contestó la demanda en tiempo útil. El artículo 56 del CPJRC, establece que *“En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.”*

Asimismo, se ha dicho que *“El artículo 56 en comentario parecería establecer una presunción legal (fijada por el legislador e independiente del arbitro del juez) pues “en caso de duda” la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración. Tal presunción implica -lisa y llanamente- el establecimiento de una calificación legal respecto de esos hechos que, en tanto lícitos, se tendrán por ciertos y de ellos derivarán determinados efectos que, por razones de orden público vinculadas al régimen jurídico consumeril, imponen una solución de la que el juez o la jueza no podrán apartarse”* (“Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la CABA. Comentado y Concordado”. Editorial Jusbaire, 2023, p. 257).

VIII.2.- De las constancias acompañadas en el expediente, se desprende que los días 13 y 14 de febrero de 2022, se transfirieron desde la cuenta del actor (identificada como CA \$ 0638556-301/7) que tiene con el Banco Itaú, las sumas de \$53.715 al CBU 0070393030004008588114 y \$160.000 al CBU 0140010603401051763017, y se realizó una extracción sin tarjeta, por un total de \$15.000 desde una terminal ubicada en el barrio de Constitución, dejando la cuenta bancaria en cuestión con un total de \$0.82. Esto fue constatado a través de las constancias acompañadas en autos en el escrito inicial, como así también en la respuesta de la Unidad Fiscal Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas, que obra en la actuación n° 643585/2024.

A su vez, se acreditó en autos, la declaración testimonial brindada por el actor ante la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fecha 21 de febrero de 2022, donde reiteró los hechos relacionados a las dos transferencias realizadas, y la extracción sin tarjeta realizada en una terminal (prueba obrante en escrito de demanda y en la copia del expediente remitida por la Unidad Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas).

Se encuentra anexada también, constancia del reclamo realizado ante la entidad bancaria por medio de correo electrónico del actor XXX@YAHOO.COM.AR bajo el nro. 2776715, el que fue resuelto desfavorablemente, en fecha 8 de marzo de 2022 (prueba acompañada en el escrito de demanda).

De las constancias del expediente remitido por la Unidad Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas, surge también que se dispuso que las actuaciones debían archivarse. La Fiscalía interviniente consideró que no contaba con elementos para proseguir con la investigación, por lo que resolvió archivar la denuncia interpuesta por el actor bajo el trámite DEN00869482.

En las presentes actuaciones se produjo además, prueba informativa relativa a la cantidad de denuncias que recaen sobre el Banco Itaú, con relación a los servicios a los y las consumidora, y en lo que aquí interesa, la Dirección Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (actuación n° 2345998/2023) informó los siguientes datos: durante los años 2020, 2021, 2022 y 2023, el Banco Itaú tuvo 1.699 denuncias ante dicho organismo. A su vez surge que, las principales temáticas de las denuncias radicadas, son vinculadas al Cumplimiento parcial o defectuoso de la prestación de servicio, Falta de procesamiento de baja del servicio, Problemas de Fraude o estafa, Incumplimiento de oferta, promociones y/o bonificaciones, Falta de información relevante, entre otros motivos.

A su vez se produjo prueba informativa adicional, dirigidas a la Asociación Usuarios y Consumidores Unidos, agregada en la actuación n° 1214079/2023 y la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, agregada en la actuación n° 2345998/2023.

Asimismo se ordenó y se produjo prueba pericial contable, acompañada en la actuación n° 2587175/2023, en la que sólo pudo compulsarse prueba documental aportada por la parte actora, en atención a la rebeldía declarada en autos y que avaló los

hechos manifestados por el actor, con relación a las transferencias realizadas y la extracción sin tarjeta.

Por otro lado, se produjo prueba pericial informática (actuación n° 2599394/2023), en la que el experto de expidió sobre la autenticidad, contenido, fecha, hora cierta de los correos electrónicos acompañados, y dictaminó que pudo constatar los servidores desde donde fueron enviados dichos correos, y que aquellos pertenecen a servidores correspondientes a CPS- Itau y fueron remitidos desde la casilla notificaciones@itau.com.ar. Agregó en ese sentido, que los correos electrónicos ofrecidos como prueba, poseen un *DKIM*, que resulta ser un mecanismo de autenticación que permite determinar que el emisor del mensaje es válido y que el origen del mensaje es el que dice ser, lo que permite determinar que el correo fue efectivamente enviado y autorizado por el servidor, puntualizando que posee SPF, lo que indica que la dirección electrónico desde la que fue enviado es auténtica y no se encuentra falsificada o enmascarada. Finalmente el experto dictaminó que el dominio itau.com.ar se encuentra a nombre de Itaú Unibanco SA, desde la fecha 30 de marzo de 2007.

IX.- Señalado lo anterior, corresponde analizar la responsabilidad de la demandada por el accionar que se le atribuye, por un vínculo de naturaleza contractual, de una relación de consumo.

Así planteada la controversia, cabe determinar en primer lugar el marco normativo aplicable al caso.

En atención al encuadre normativo, entiendo que corresponde que el caso se subsuma, dentro de lo establecido por los arts. 4, 5, 6, 8 bis, 10 bis y 37 de la Ley 24.240 y cctes. del CCyCN. Asimismo, resultan aplicables los artículos 271, 386, 390, 391 y 1384 y normativa dictada por el BCRA.

El art. 4 de la Ley 24.240 establece que: *“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.”* En un sentido concordante, el artículo 1100 del CCyCN, reconoce también este derecho.

El artículo 5 establece *“Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”*. Mientras que el artículo 6 agrega que *“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.”*

El artículo 8 bis dispone, en su parte pertinente, dice que: *“Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. [...] Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”*. En un mismo sentido, el artículo 1097 del CCyCN, reconoce este derecho.

Por su parte, el artículo 10 bis establece que *“El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”*.

Por último, el artículo 37, establece que los contratos deben interpretarse en el sentido más favorable para el consumidor y que cuando existan dudas sobre los alcances de una obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Idéntica previsión podemos encontrarla en el artículo 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, con relación a los contratos bancarios en su artículo 1384 establece que *“las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093”*.

En atención a los hechos alegados de la demanda, corresponde también referir al artículo 271 del citado cuerpo que dispone “*Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación.*”.

A su vez, el artículo 386 del citado cuerpo normativo dispone “*Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*”.

Por su parte, los artículos 390 y 391 prevén que “*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto.*” (art. 390) “*Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan.*” (art. 391).

Asimismo, por tratarse de contratos bancarios, se aplican al presente caso las comunicaciones emitidas por el Banco Central de la República Argentina, que regulan la actividad bancaria.

Entre estas comunicaciones, puedo citar la comunicación “A” 6017 que en su artículo 6.3.2.2. instituye el deber de las entidades bancarias de “*contar con un programa de concientización y capacitación de seguridad informática anual, medible y verificable, cuyos contenidos contemplen todas las necesidades internas y externas en el uso, conocimiento, prevención y denuncia de incidentes, escalamiento y responsabilidad de los Canales Electrónicos con los que cuentan (...) adquirir, desarrollar y/o adecuar los mecanismos implementados para la verificación de la identidad y privilegios de los usuarios internos y externos, estableciendo una estrategia basada en la interoperabilidad del sistema financiero, la reducción de la complejidad de uso y la maximización de la protección del usuario de servicios financieros (...) garantizar un registro y trazabilidad completa de las actividades de los Canales Electrónicos en un entorno seguro para su generación, almacenamiento, transporte, custodia y recuperación*”.

La comunicación “A” n° 6.878 dispone que “(...) *Las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas (...) deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes*” (art. 3.8.5).

La Comunicación “A” N° 7072 establece que la política “conozca a su cliente”, con recaudos especiales a tomar, de manera previa a la efectivización de una transferencia, a los fines de continuar con la política de minimizar el riesgo, particularmente con respecto a las cuentas que presenten algunas de las características allí enumeradas, pudiendo “*requerir al cliente receptor que justifique el motivo de la transferencia*”.

Asimismo, la Comunicación “A” N° 7175 dispone, en su punto 5.2., que “*Conforme a lo establecido en la Sección 6. de las normas sobre ‘Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de riesgos relacionados con tecnología informática, gestión de la información y recursos asociados para las entidades financieras’, se deberán satisfacer los requisitos técnico-operativos de seguridad establecidos en esa sección (...), acorde con los límites que la entidad financiera admita para cursar transferencias inmediatas (...) se permite que las entidades financieras apliquen bajo su responsabilidad, los siguientes cursos de acción: El diferimiento de la efectivización de las transferencias (...) La reversión de los débitos y/o créditos por las transferencias inmediatas se practicará cuando la inconsistencia de la operación respecto a esos parámetros, se haya detectado con posterioridad a la efectivización del débito y/o crédito en cuestión.*”. Luego, en el punto 5.3. retoma la política de ‘conozca a su cliente’, ya mencionada en la Comunicación “A” N° 7072.

IX.1. Cabe señalar que la legislación y la doctrina, establecen una protección especial a determinados grupos de consumidores que presentan situaciones de mayor vulnerabilidad en la relación de consumo, a los que denomina como consumidores hipervulnerables. El artículo 1 inc. 10 del CPJRC establece como principio general, que la actuación de la justicia especializada, debe contemplar “*criterios de tutela judicial efectiva con especial rigurosidad en los casos de consumidores hipervulnerables.*”.

En el plano regional, la Resolución 11/21 del MERCOSUR, define como consumidor hipervulnerable a “*las personas físicas con vulnerabilidad agravada,*

desfavorecidas o en desventaja en razón de su edad, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores en el acto concreto de consumo que realicen. La presunción de hipervulnerabilidad no es absoluta y debe ser atendida en el caso concreto, en función de las circunstancias de la persona, tiempo y lugar”.

Por su parte, el artículo 2 de la norma dice que puede considerarse como causa de hipervulnerabilidad “*b. Ser persona mayor conforme a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.*

Esta norma, fue incorporada al derecho interno mediante resolución 1015/21 de la SCI.

Conforme el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, (aprobada por la Ley 27.360) se establece como persona mayor “*Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años”.*

El artículo 3 de la convención, establece como principios generales “*i) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor” y “n) La protección judicial efectiva”.* Por su parte, el artículo 4 instituye una serie deberes en cabeza de los estados partes, quienes “*e) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.”*

Con respecto a los alcances de esta Convención, nuestro máximo Tribunal tiene dicho que “*consagra el compromiso de los Estados Partes de adoptar y fortalecer "todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos", como así también "a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales (...) Que de lo dicho se extrae que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno*

y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.” (CSJN “CAF 9482/2011/2/RH2 Caldeiro, Juan Carlos c/ EN – M. Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios.” Sentencia del 30 de Abril de 2020. Considerandos 8 y 9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene dicho que “*las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas*”. Posteriormente agrega que “*En este sentido, esta Corte destaca como un hecho ineludible que la población está envejeciendo de manera constante y considerable. El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos humanos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta de manera integral, a fin de que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos especiales desde la prevención y promoción de salud. Para ello, resulta necesario también el involucramiento por parte de la sociedad a fin de brindar a las personas adultas mayores de calidad de vida*”. (CIDH “Caso Poblete Vilches Y Otros VS. Chile, Sentencia del 8 Marzo de 2018, considerandos 127 y 130).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 41 de la CCABA garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos e indica que la Ciudad vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, promoviendo la potencialidad de sus habilidades y experiencias.

En el caso de autos, nos encontramos frente a un consumidor hipervulnerable, en los términos de la normativa citada, en razón de su edad. Dicha circunstancia, habilita la aplicación de mecanismos de tutela judicial efectiva con mayor rigurosidad (art. 1 inc. 10 del CPJRC) y conforme al efecto horizontal de los derechos humanos, trae aparejado un deber reforzado de colaboración por parte del proveedor, en la resolución del reclamo (art. 3 incs. i y n de la CIDPAM aprobada por Ley n° 27.360).

IX.2. Ahora bien, con relación al *phishing*, la doctrina definió a esta práctica como “*aquella conducta delictiva por medio de la cual una persona logra mediante un ardid inducir a error a quien resulta víctima de su accionar, la formalización de una disposición patrimonial indebida para si o para un tercero*”. Posteriormente,

destaca que en este tipo de modalidades “es el propio incauto internauta quien proporciona los datos requeridos, permitiendo al autor del ilícito lograr un beneficio económico ilegítimo. No estamos ante una máquina sino ante un individuo engañado, que es inducido a actuar equivocada o desacertadamente. Los phishers simulan pertenecer a entidades bancarias de reconocido prestigio y solicitan a los navegantes datos de tarjetas de crédito o claves bancarias, a través de un formulario o un correo electrónico con un enlace que conduzca a una falsa página web con una apariencia similar a la de la web original.” (Monastersky Daniel y Costamagna Clara M. “Phishing y pharming: nuevas modalidades de estafas on line” disponible en <http://www.sajj.gob.ar/daniel-monastersky-phishing-pharming-nuevas-modalidades-estafas-on-line-dacc050104-2005/123456789-0abc-defg4010-50ccanirtcod>).

La jurisprudencia tiene dicho que “Aun asumiendo que se cumplieron todos los requisitos de seguridad para la realización de la transferencia impugnada, como lo sostiene la demandada, la materialización de la operación bancaria luego desconocida, bien pudo haberse logrado como consecuencia de la deficitaria actuación del banco demandado en el cumplimiento de su obligación de seguridad, a la postre, de naturaleza objetiva. Actuación que resultó ineficaz, no solo en su faz preventiva, esto es en la comunicación con el cliente, previo a la confirmación de transacciones ante situaciones sospechosas, sino también en su faz reactiva y asumida, al no haber actuado en forma inmediata frente a la denuncia de desconocimiento de las operaciones por parte de la actora, y menos aún devuelto las sumas que le fueron debitadas.” (Cámara 9a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 05/06/2023, “Juanes, Norma Haydee c. Banco Macro S.A. s/ ordinario - Cobro de pesos” TR LALEY AR/JUR/93448/2023).

Con relación a la aplicación de estatuto del consumidor, se dijo que “La responsabilidad del banco tiene un carácter profesional que impone que su conducta deba ser valorada con mayor rigor y cuya actividad se encuentra alcanzada por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.” (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, 08/08/2023, “Instituto John Newman SA c. Banco de la Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor” TR LALEY AR/JUR/93497/2023).

En un sentido concordante, se sostuvo que “La causa del daño fue la falta de cumplimiento de la entidad bancaria de la totalidad de los mecanismos de seguridad del sistema por canales electrónicos puesto a disposición de la actora, y que se derivan de la obligación de seguridad que impone a la entidad arbitrar todos los medios para

evitar que el riesgo inherente al sistema se concrete en un daño para sus cliente” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, 09/08/2022, “González Verónica Graciela c. Banco De La Provincia De Buenos Aires y Otro/a s/ Nulidad De Contrato” TR LALEY AR/JUR/166889/2022).

En cuanto a los alcances del deber de seguridad de la entidad bancaria, se sostuvo que *“Los bancos cargan con el indelegable deber de seguridad a los fines de evitar este tipo de delitos —phishing—; no basta con ampararse en el cumplimiento de las normas bancarias predispuestas para librarse de su responsabilidad, sino que, por el contrario, deben ultimar los recursos y técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros.” (Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 05/05/2022, Suárez, Daniel Ricardo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Nulidad de contrato” TR LALEY AR/JUR/63863/2022).*

Por último, en relación a si aportar datos de la cuenta por parte del cliente genera una interrupción del nexo causal, se sostuvo que *“La conducta de la actora —otorgamiento de claves— no interrumpió el nexo causal que la demandada pregonó, ni en forma total o parcial, puesto que la secuencia dañosa se produjo pura y exclusivamente por la inobservancia de los deberes de vigilancia quizás más estricto que la entidad bancaria debería haber adoptado.” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, 27/09/2022, “Piccardo, María Albertina c. Banco Santander Río S.A. s/ Nulidad acto jurídico” TR LALEY AR/JUR/149929/2022).*

X.- Despejado ello, entiendo pertinente analizar la responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios, la cual resulta ser objetiva (cfr. art. 40, LDC).

Ello significa que el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, conlleva necesariamente el deber de responder por los daños ocasionados a los consumidores o usuarios, destinatarios finales de los bienes y servicios contratados, a menos que aquél demuestre (la carga de la prueba) que la causa del daño le ha sido ajena (eximente).

Con relación a este punto, *“la norma deja en claro expresamente que tanto para el caso de la responsabilidad que resulte del vicio o riesgo de la cosa cuanto para la resultante de la prestación del servicio, el deber de reparar tiene naturaleza objetiva, al establecer que ‘sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena’. Esto es, la prueba de la propia diligencia resulta insuficiente para*

eximirse, debiendo llegar el sindicado como responsable a acreditar la fractura del nexo causal” (Régimen Jurídico del consumidor comentado, Javier H. Wajtraub, 1ra edición revisada, 1ra reimpresión, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2020, p. 246).

El derecho común, en tanto, prevé el deber genérico de no dañar (art. 1710, CCyCN), cuyo incumplimiento da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de ese cuerpo legal (art. 1716, CCyCN).

No ha de soslayarse que *“es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si el resarcimiento -producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º y 335:2333; entre otros)”* (CSJN, autos: “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente, sentencia del día 10 de agosto, 2017).

En cuanto a la relación de causalidad, el artículo 1726 CCyCN, establece que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. La doctrina define este elemento como *“[l]a vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa. (...) un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa. O en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es la fuente de la obligación de indemnizar.”* (conf. Trigo Represas y López Mesa, Tratado de Responsabilidad Civil, T.I, Ed. La Ley, 2008, pág. 580.).

La antijuridicidad de la conducta que motiva la pretensión resarcitoria debe analizarse en los términos del art. 117 del CCyCN, que prescribe que *“[c]ualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”*. En tal sentido, se ha dicho que *“[l]a antijuridicidad o ilicitud –términos éstos que son sinónimos- (...) consiste en un proceder que infringe un deber jurídico preestablecido en una norma o regla de derecho y que causa daño a otro, obligando a su reparación a quien resulte responsable en virtud de una imputación o atribución legal del perjuicio.”* (conf. Trigo Represas y López Mesa, op. cit., pág. 760.)

Finalmente, cabe referir que, una vez establecidas la relación de causalidad y la antijuridicidad, debe considerarse también el factor de atribución. En el caso de las

relaciones de consumo, el artículo 40 de la LDC establece la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios.

X.1.- En el caso de autos, a efectos de determinar si el Banco Itaú (actual Banco Macro SA), resulta responsable por los daños alegados en el escrito inicial, se debe analizar si existe un incumplimiento al deber de seguridad en cabeza de la parte demandada. Asimismo, corresponde analizar si el hecho que el actor haya brindado algún dato de su cuenta bancaria, fractura el nexo causal.

Estas cuestiones, deben ser meritadas en un contexto de una expansión del uso de nuevas tecnologías para la oferta y los procesos de servicios bancarios y financieros, lo que ha generado diversos obstáculos en su uso para aquellas personas que no resultan ser nativos digitales, exponiéndolos a situaciones antes desconocidas, como el phishing y otras modalidades de estafas.

Asimismo, ha quedado demostrado que el actor resulta ser un adulto mayor, por lo que reviste condición de consumidor hipervulnerable y pertenece a una franja etaria, que resulta ser víctima de quienes están al acecho de cometer estafas.

X.2.- Con relación a la obligación de seguridad en cabeza de las entidades bancarias, nos encontramos frente a una obligación de resultado. Tanto el estatuto del consumidor, como la normativa del Banco Central de la República Argentina, ponen en cabeza de las entidades bancarias desarrollar acciones tendientes a prevenir estafas virtuales.

Entre estas acciones, se encuentran la de prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el fin de evitar que sean utilizadas para el desarrollo de actividades ilícitas y de adoptar normas y procedimientos tendientes a verificar que el movimiento que registran una cuenta bancaria guarde razonabilidad con las actividades desplegadas por el cliente (conforme comunicación “A” n° 6.878 art. 3.8.5).

Asimismo, la comunicación “A” n° 7972 que regula la política “conozca a su cliente”, dispone que se deberán tomar recaudos en forma previa a la efectivización de una transferencia, a fines de minimizar riesgo en cuentas que presenten alguna de las características allí enumeradas. En estos casos se faculta a la entidad bancaria a requerir al receptor que justifique el motivo de la transferencia. En un sentido concordante, la comunicación A 7175 dispone que se permite a las entidades financieras a que apliquen bajo su responsabilidad acciones tendientes al diferimiento de la efectivización de transferencias inmediatas cuando existan inconsistencias.

De la dinámica de las operaciones realizadas en la cuenta del señor C.S., resultante de la prueba obrante en autos, se desprende que en cuestión de horas y en horario inhábil, le extrajeron la suma total de \$228.751, que tuvieron como resultado vaciar su cuenta bancaria.

Frente a esta situación, no se contempló que dichas operaciones podrían resultar extrañas, teniendo en cuenta el perfil de actividad del cliente, por lo que, en los términos de lo normado por las comunicaciones del BCRA mencionadas, debió disparar las alertas, tendientes a cotejar la veracidad de las mismas. Máxime cuando las operaciones reseñadas, no eran realizadas desde los canales utilizados habitualmente por el cliente.

Conforme a la respuesta brindada por la Dirección Servicios de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, se desprende que este tipo de modalidad delictiva no es desconocida por las entidades bancarias y en especial por la accionada, toda vez que las denuncias por estafas virtuales son habituales.

Debe ponerse de resalto que de la documental acompañada en la demanda, quedo acreditado que el actor efectuó reclamo ante la entidad bancaria y en respuesta recibió una negativa escueta, sin brindar precisiones sobre los motivos por los cuales denegó el reintegro de las sumas reclamadas.

Por lo que se encuentra configurado un incumplimiento al deber de seguridad en los términos de lo normado por los artículos 5 y 6 de la ley 24.240, como así también el deber de brindar información clara y precisa al cliente, con los alcances que le otorgan el marco normativo en materia del derecho del consumidor.

X.3.- Si bien de la dinámica de los hechos relatados, no se desprende cual fue el mecanismo que utilizaron los ciberdelincuentes para tomar el control de la cuenta bancaria, debo señalar que el phishing y otras modalidades de estafas de ese estilo, son técnicas diseñadas para vulnerar los sistemas de seguridad de las entidades bancarias.

La persona que lleva adelante este tipo de conductas, mediante un ardid especialmente diseñado para captar clientes, logra que se les brinden ciertos datos necesarios para tomar el control de la cuenta. Por ello, el acceso a los datos de la cuenta bancaria por parte de terceros, no rompe el nexo causal, en virtud de que el banco tiene en su cabeza un deber de seguridad que opera como una obligación de resultado, debiendo diseñar sistemas operativos aptos para detectar movimientos extraños, que no se condigan con el perfil transaccional del cliente.

En este caso en particular, el Banco debió conocer que su cliente se trataba de una persona adulta mayor, con escasos conocimientos digitales y realizar sus mayores esfuerzos para detectar operaciones sospechosas.

Por dicho motivo, el acceso a los datos de la cuenta bancaria del actor por parte de extraños, no excluyen ni morigeran la responsabilidad de la entidad bancaria, en el incumplimiento al deber de seguridad que en ella recae.

X.4. De la compulsa de autos, surge el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del banco, que acarreó también una falta en el deber de información (conducta antijurídica), lo que perjudicó al actor a quien se le efectuaron transferencias y otras operaciones no consentidas que vaciaron su cuenta bancaria (existencia del daño), existiendo una relación de causalidad conforme la teoría de la causalidad adecuada entre la conducta antijurídica y el daño (nexo causal), en el marco de una relación contractual de consumo (factor de atribución).

Por dicho motivo, resulta atribuible el daño a la entidad bancaria demanda, conforme la responsabilidad objetiva y solidaria de la cadena de comercialización y producción de bienes y servicios, dispuesta en el art. 40 de la LDC.

Efectuado el análisis que antecede, de acuerdo con lo requerido por la parte actora en el escrito de inicio y las constancias de autos, corresponderá hacer lugar a la pretensión esbozada y condenar a la accionada (actual Banco Macro SA) a que responda por los daños ocasionados por incumplimiento de la obligación de seguridad y el deber de brindar información y trato digno al consumidor.

XI.- En virtud de las consideraciones efectuadas en los párrafos que anteceden, corresponderá abocarse entonces a analizar las pretensiones pecuniarias reclamadas en el escrito inicial.

XI.1.- La parte actora demandó un resarcimiento en concepto de *daño emergente*. Solicitó en dicho concepto, que se declare la nulidad o inexistencia de las transferencias realizadas y la extracción realizada sin su consentimiento por un monto de pesos doscientos veintiocho mil setecientos cincuenta y uno (\$228.751).

Con relación a la procedencia de este rubro, entiendo que se encuentra configurado el daño emergente causado por el incumplimiento al deber de seguridad y al deber de información. De las constancias de autos, se desprende que en los días 13 y 14 de febrero de 2022, se realizaron dos transferencias y una extracción, que no contaron con el consentimiento del actor y que fueron desconocidas por aquel.

Por dicho motivo, corresponde hacer lugar a lo peticionado en concepto de daño emergente y en consecuencia declarar la nulidad de las operaciones bancarias realizadas sin el consentimiento del actor, cesando los efectos jurídicos generados por dichos actos, ordenando a la parte demandada a que reintegre en la caja de ahorro del actor, la suma de \$ 228.751 (pesos doscientos veintiocho mil setecientos cincuenta y uno), con más los correspondientes intereses.

XI.2.- El actor peticiona indemnización por el daño extrapatrimonial sufrido. En consecuencia, resulta necesario analizar el reclamo del rubro indemnizatorio ‘daño moral’.

En lo que respecta al resarcimiento solicitado en concepto de daño moral, la doctrina lo define como la “[l]esión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas” (Bustamante Alsina, Jorge, op. cit., p. 305).

Así, se ha señalado que el daño moral “[c]onstituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que se traduce en un estado diferente de aquél que existía antes del hecho que resulta anímicamente perjudicial y debe ser reparado con sentido resarcitorio” (Cámara CAyT, Sala I “Bottini Carmen Beatriz contra GCBA sobre daños y perjuicios”, expte. nro. 2835, sentencia del 25/02/2005; misma Sala, “C., N. C. contra GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)”, expte. nro. 28043/2010-0, sentencia del 05/03/2020).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que el daño inmaterial “*puede comprender tanto sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier aclaración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas*” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, párr. 84 y Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, párr. 133), aclarando que “*dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, solo puede ser objeto de compensación. En esa medida, para los fines de la reparación integral a la víctima, esto se hará mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad* (Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, párr. 53, y Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, párr. 133).

Asimismo, se ha dicho que si bien este rubro debe ser probado, al igual que los demás perjuicios resarcibles, “[d]icha prueba operará normalmente por vía de presunciones judiciales u hominis (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que en el caso del daño patrimonial” (Cámara CAyT, Sala II, “Baladrón María Consuelo contra GCBA sobre impugnación de actos administrativos”, expte. nro. 824, sentencia del 13/04/2004). Y que “[l]os presupuestos exigibles para que el daño moral no requiera la producción de prueba autónoma para su acreditación (...) comprenden la existencia de un hecho capaz de causar perjuicios espirituales, así como que éstos, además, aparezcan como consecuencia inevitable del evento dañoso, por eso la afección moral puede presumirse y no se exige a su respecto mayor labor probatoria para la procedencia del rubro bajo estudio” (Cámara CAyT, Sala I, “C., N. C. contra GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)”, expte. nro. 28043/2010-0, sentencia del 05/03/2020).

LA CSJN ha señalado que “(a)un cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir –dentro de lo humanamente posible– las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor. A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847; 330:563 y 332:2159)” (CSJN, Fallos, 334:1821).

Con relación a su cuantificación, el artículo 1741 establece que el monto indemnizatorio debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas. Con relación a este punto la CSJN tiene dicho que “El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado.” (CSJN Fallos, 334:376).

Todo lo hasta aquí dicho permite sostener, que para la determinación del daño moral, no puede perderse de vista que el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante, para luego fijar una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que –más que cualquier otro rubro– queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso (Cámara CAyT, Sala I, “R., N. A. y otros c/ G.C.B.A. y otros s/ daños y perjuicios”, expte. nro. 702/0, sentencia del 23/11/2005).

En el escrito de inicio, el Sr. C.S., peticionó este rubro dañoso en pesos quinientos mil (\$500.000). Fundó su petición, argumentando que quedó evidenciado que el “*Banco ITAÚ abusó en todo momento de su posición de superioridad obligando al consumidor a transitar un camino desconocido de reclamos, que lo mortificó y angustió*”.

A tenor de los dichos del actor y de las constancias del expediente, entiendo que se encuentra probado el daño moral causado al Sr. C.S., por los padecimientos que le generó la falta de devolución de sustraído de su cuenta bancaria, sin su consentimiento, por lo que cuantifico este rubro en una suma de dinero en carácter de prestación sustitutiva o compensatoria, equivalente a la suma de \$ 300.000 (pesos trescientos mil), más intereses.

XII.- Resuelta la cuestión indemnizatoria, corresponde que me aboque al tratamiento del instituto del daño punitivo.

La doctrina ha dicho que los daños punitivos “*son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*” (Pizarro, Ramón D., Cap. XIII, “Daños punitivos”, Derecho de Daños, libro en homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2ª parte, Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.) Parellada, Carlos (coord.), La Rocca, Buenos Aires, 2000, ps. 291 y 292).

La jurisprudencia ha afirmado que “[n]o caben dudas respecto a que los daños punitivos constituyen una de las expresiones más claras de la función preventiva y sancionatoria aludida y sirven como instrumento desincentivador o de castigo de inconductas varias” (Fallo, N.N. c. AMX Argentina (CLARO) SA s/ daños y perj. incump. contractual, Juzg. Civil y Comercial n° 3 de Tandil (JCivyComTandil)(Nro3), 07/02/2018, La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/10/2018).

A efectos de determinar si corresponde la aplicación de la multa civil, se debe valorar la actitud adoptada por la demandada con respecto a la violación al deber de seguridad, al deber de información y al trato digno.

En pronunciamientos anteriores, consideré que correspondía su aplicación a los proveedores que no cumplieran las obligaciones legales o contractuales con el consumidor, conforme a la previsión normativa.

Sin embargo, un replanteo sobre los requisitos necesarios para la procedencia del instituto, a la luz de la jurisprudencia emitida por las cuatro salas del fuero, me hicieron adoptar otra postura y considerar que, para la procedencia del daño punitivo, el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer una sanción, ya que además se requiere la presencia de un elemento subjetivo. Es decir, que debe mediar culpa grave o dolo del proveedor, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave desprecio por los derechos del consumidor.

Así lo ha entendido la Sala I de la Cámara de Apelación del fuero, cuando sostuvo que *“[r]esulta relevante el amplio alcance conferido por el legislador al daño punitivo; en efecto, de los antecedentes parlamentarios se desprende que fue caracterizado como una sanción de multa a favor del consumidor cuando haya sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor. Tal conceptualización, plasmada en el texto del artículo 52 bis, contrasta –en cuanto a su procedencia– con la doctrina que afirma que los daños punitivos corresponden en casos excepcionales y que proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos (cfr. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y 5to. Congreso Nacional de Derecho Civil. Universidad Nacional de Córdoba, 2009)”* (Cámara de Apelaciones en lo CATyRC Sala I, autos: “Mizrahi, Daniel Fernando c/ Empresa Distribuidora Sur S.A. Edesur s/ otros procesos especiales”, Exp. 36242/2015-0”, sentencia del día 10 de septiembre de 2019, voto del juez Balbín).

Por su parte, la Sala II tiene dicho que *“De acuerdo al modo en que ha sido regulado el instituto bajo análisis, el elemento subjetivo se configura cuando el prestador del servicio incumple gravemente con las obligaciones a su cargo (...) Se trata de una herramienta de uso excepcional, de carácter disuasivo y cuya aplicación no puede volverse masiva, dado que perdería el efecto preventivo que busca tener el instituto”*(

Cámara de Apelaciones en lo CATyRC Sala II, autos: Sequeira, Roberto Hector C/ Cencosud S.A. S/ RC” EXP 273293/2022-0, sentencia del 29/02/2024).

En el mismo sentido, la sala III sostuvo que *“los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva En este marco, aplicar una multa civil frente a cualquier incumplimiento o desatención dentro del marco de las relaciones de consumo, desnaturalizaría la finalidad de esta herramienta”* (Cámara de Apelaciones en lo CATyRC Sala III, autos “Bourimborde Azul Alit C/ Caledonia Argentina Compañía de Seguros SA S/ RC” EXP 132104/2021-0, sentencia del 05/09/2022).

Por último, la sala IV dice que *“el daño punitivo es un instituto de naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva. Asimismo, que no tiene función resarcitoria ni se relaciona con el daño patrimonial ni el daño moral, sino que “es una sanción de doble vía: por un lado, intenta reeducar conductas, haciendo que el incumplidor no las repita, disuadirlo o desalentarlo en la reiteración de inconductas intolerables para el ordenamiento jurídico y, por el otro, un espejo, de manera tal que los demás no procedan de la misma manera; esto es, desalienta la imitación de esa conducta especulativa y desidiosa causadora de un injustificado daño”* (Cámara de Apelaciones en lo CATyRC Sala IV, autos “Ramos Maldonado , Claudia Valeria C/ COTO C.I.C.S.A S/ RC”, sentencia del 21/12/2023).

De la compulsa de autos se encuentra acreditado una violación al deber de seguridad en cabeza de la entidad bancaria. De la mecánica de los hechos reseñados, se advierte que frente a operaciones que no eran frecuentes, la entidad bancaria no disparo las alertas necesarias para evitar la producción de este tipo de hechos, que como quedó demostrado con la prueba informativa, son habituales.

Efectuado el reclamo por el actor, la entidad bancaria rechazó el desconocimiento de las operaciones, sin expresar los motivos de tal decisión. La respuesta al reclamo del actor, carece de argumentación, privando al consumidor de conocer las motivaciones que tuvo el banco para proceder de tal manera.

Tampoco tuvo en consideración, que estaba frente a un consumidor hipervulnerable en razón de su edad, franja etaria que suele ser víctimas de este tipo de

maniobras fraudulentas y a la que el ordenamiento jurídico le reconoce el derecho a obtener un trato diferenciado y preferencial, lo que exige un deber reforzado de colaboración por parte del proveedor, máxime cuando los ingresos de las personas adultas mayores revisten carácter alimentario y la cuenta bancaria quedo sin saldo.

De las conductas descriptas, entiendo que se encuentra acreditada una grave negligencia en la gestión del reclamo por parte de la empresa demandada, que la hace pasible de la aplicación de una sanción en concepto de daño punitivo, en los términos de lo normado por los artículos 8 bis y 52 bis de la ley 24.240.

Con respecto a la cuantificación de la sanción pecuniaria, el artículo 52 bis establece como parámetros de ponderación, la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso.

Teniendo en cuenta la magnitud del perjuicio resultante para el consumidor, la posición en el mercado de la empresa demandada, la gravedad de la conducta realizada y las demás circunstancias del caso, encuentro prudente imponer al Banco Itaú Argentina SA (actual Banco Macro SA) una sanción en concepto de daño punitivo equivalente a la suma de dos unidades (2) de la Canasta Básica Total para el Hogar (CBT) tipo 3, publicada por el INDEC (<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-43>), al valor vigente a la fecha del efectivo pago, conforme la modificación introducida por la ley 27.701 (art. 119), parámetro utilizado por el legislador con el fin de preservar la intangibilidad del monto de condena por este rubro, que será abonada al consumidor.

XIII.- Sentado ello, corresponde que me expida sobre la tasa de interés aplicable. Si bien la Cámara de Apelaciones del fuero el 31/05/2013 en el plenario “Eiben”, fijó como criterio que ante la ausencia de convención o de leyes especiales que establezcan una tasa especial, debe aplicarse la tasa promedio que surja de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y de la tasa pasiva promedio que publica el B.C.R.A. (Comunicado B.C.R.A. 14.290), desde el momento de la producción del daño o inicio de la mora y hasta el efectivo pago, entiendo que por las consideraciones que expondré a continuación, corresponde apartarme de dicha doctrina.

XIII.1.- El caso planteado en autos se enmarca dentro de una relación de consumo, trama que tiene una dinámica propia caracterizada por una fuerte asimetría de poder entre los polos intervinientes, morigerada por un sistema protectorio de los

derechos de los consumidores y usuarios, que tiene como fuente el artículo 42 de la Constitución Nacional, norma que reconoce el derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores, impactando de lleno en la determinación de la tasa de interés aplicable a este tipo de conflictos.

A efectos de no lesionar los derechos de los consumidores, la tasa de interés aplicable a las obligaciones a cargo de los proveedores debe resguardar los créditos de manera de evitar que en un contexto inflacionario como el que atraviesa nuestro país, la demora en su cancelación, genere una merma en la indemnización y en consecuencia una afectación a los intereses económicos de los sujetos vulnerables.

Tal como lo sostuve en otros precedentes en donde desarrollé esta cuestión con mayor profundidad (“Veronesi, Agustina contra Farmacity S.A. sobre contratos y daños – RC – Otros”, Exp. n° 116263/2022; “Pontiggia, Juan Pablo contra Frávega S.A.C.I.E.I. sobre contratos y daños – RC – Daño directo”, Exp. n° 273905/2022 y De Witte, Jan contra Parking Zone SRL sobre Contratos y Daños - RC - Servicios Generales”, Exp. 300962/2022-0) para mantener indemne la cuantía de las indemnizaciones dispuestas judicialmente, es necesario fijar tasas de interés positivas, para evitar que, por la demora en el pago imputable al proveedor, el consumidor reciba una suma nominal depreciada.

Idéntico criterio -aunque con otros fundamentos- adoptaron los colegas de los juzgados 25 y 26 de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Tributario y de las Relaciones de Consumo en los autos “Larraquy, Walter Sergio c/ Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. y otros s/ relación de consumo”, expediente 192093/2021-0, del 17/05/23 (Juzgado CATyRC n° 25) y “Secchi, Lorena Cristina c. Pujal Laplagne Gonzalo s. Contratos y Daños”, expediente 31950/2022-0 (Juzgado CATyRC Nro. 26), quienes aplicaron la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina.

En un sentido similar se expresó también la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo (Madeddu Urbano, Gonzalo Luis contra Cencosud SA sobre Relación de Consumo Exp 131298/2021-0, sentencia del 07-02-2023).

XIII.2.- Por los motivos expuestos, entiendo que corresponde apartarse de la doctrina establecida en el plenario “Eiben” y se debe aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación

Argentina, desde la producción del daño hasta el efectivo pago, en cuanto resulta más beneficiosa para el consumidor.

XIV.- A los montos indemnizatorios en concepto de daño emergente y daño moral, deberán aplicárseles los intereses correspondientes desde el momento en que se produce cada perjuicio (art. 1748). Según las constancias del expediente, los intereses deben calcularse desde el momento en que se produjo el daño (13 de Febrero de 2022).

El concepto de multa por daño punitivo deberá cuantificarse al valor vigente a la fecha del efectivo pago.

XV.- Determinado lo anterior, corresponde pronunciarse, respecto a las costas del proceso. Dado el modo como se resuelve, corresponde imponer costas a la vencida. (art. 65 CPJRC).

Por todo lo hasta aquí expuesto y de conformidad con las normas citadas,

RESUELVO:

1º) Hacer lugar a la demanda promovida por el señor C.S. y, en consecuencia, declarar la nulidad de las operaciones bancarias realizadas los días 13 y 14 de febrero de 2022, y ordenar al Banco Itaú Argentina S.A., (actual Banco Macro S.A), a que en el plazo de diez (10) días de que se practique la liquidación, abone al actor la suma de \$ 228.751 (pesos doscientos veintiocho mil setecientos cincuenta y uno), más intereses.

2º). Condenar a la demandada, a que en el plazo de diez (10) días abone al señor C.S. la suma de \$ 300.000 (pesos trescientos mil) más intereses, en concepto de indemnización por daño moral.

3º) Condenar a la demandada a que en plazo de 10 (diez) días, abone al actor la suma equivalente a dos unidades (2) de la Canasta Básica Total (CBT) Tipo Hogar 3 publicada por el INDEC (<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-43>), al valor vigente a la fecha del efectivo pago, en concepto de daño punitivo.

4º) Imponer las costas del proceso a la vencida (art. 65 CPJRC).

5º) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, incluyendo la conciliación ante la instancia prejudicial, hasta tanto se encuentre firme la liquidación y los interesados denuncien su número de CUIT y situación ante la AFIP.

6º) Ordenar la publicación de esta sentencia por medio del Sistema de Difusión Judicial del Departamento de Información Judicial del Consejo de la

Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, una vez que se encuentre firme (cfr. arts. 54bis, LDC; y 96, CPJRC).

Regístrese, y cumplida la recaratulación ordenada en el punto III de la presente resolución, notifíquese por Secretaría a las partes, a los peritos intervinientes, al mediador y al Ministerio Público Fiscal. La notificación al Banco Itaú Argentina SA, deberá cursarse por Secretaría al domicilio legal de su continuadora el Banco Macro S.A., conforme surge del informe de Secretaría obrante en la actuación n° 2003186/2024, con carácter de denunciado. Oportunamente, archívese.