

que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Graciela Scaraffia y Roberto Degleue, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo:

El Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda que promoviera Rafael Horacio Ferreyra contra Banco Credicoop Cooperativo Ltda.. Impuso las costas a la parte actora, que resulta vencida, (Art. 68 del C.P.C.) con la salvedad hecha en el considerando VII. Difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, hasta que medie firme la respectiva base para ello. (Art. 51 y cccts. ley 14.967).-

Tal decisorio, fue objeto de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora el 3-9-2024, fundado el 12-9-2024, y por la demandada el 2-9-2024, fundado el 11-9-2024. Ambos concedidos en relación el 6-9-2024. Ordenados los traslados la parte actora lo evacuó el 25-9-2024 y la demandada el 20-9-2024. Elevados los autos a esta Alzada habiéndose suspendido el 22-10-2024 el llamamiento de autos de fecha 8-10-2024, se reanuda el mismo el 12-11-2024, providencia, que firme a la fecha deja la causa en condiciones de ser fallada.-

En sustento de su crítica recursiva, el apelante plantea diversos puntos de agravio que pueden sintetizarse en los siguientes items: 1) interpretación reduccionista del alcance del deber de seguridad al calificarlo como una obligación de medios, 2) Interpretación parcial e insuficiente de la pericia analista en sistemas al no considerar diversas anomalías en las operaciones bancarias realizadas, 3) Soslayamiento del incumplimiento de la parte demandada a diferentes medidas reglamentarias. 4) Desconocimiento de la hipervulnerabilidad del actor.-

A su turno, la parte demandada contesta la expresión de agravios que fuera planteada por la actora. En lo relativo a la valoración de la prueba, expone que la apelante no critica de manera razonada la interpretación que el sentenciante hizo de la prueba, limitándose a señalar elementos probatorios que considera relevantes sin cuestionar la lógica del a quo, lo que hace improcedente el agravio. En referencia al deber de seguridad del Banco, el accionado refuerza la conclusión judicial de que el Banco cumplió con su deber de seguridad como obligación de medios, no de resultado, y que el daño fue originado por la culpa de la víctima al permitir el acceso a sus credenciales de seguridad. En lo atinente a la culpa de la víctima, argumenta que la apelante no puede imputar al Banco el fraude sufrido, ya que fue ella misma quien entregó sus credenciales a un tercero, facilitando el acceso no autorizado.-

I.- Liminarmente he de señalar que he abordado la problemática traída, más lo ha sido en el ámbito cautelar, admitiendo la procedencia de la misma con base en los argumentos desplegados en mi voto en disidencia en la Causa N° 4217-21 "*Juárez, Andrea Natalia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)*". Registro N° 52 /

2021, donde en aquella oportunidad me expidiera señalando *"Sin perjuicio de cierto grado de reproche que podría merecer prima facie la actuación de la actora, entiendo que atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica -en tanto hecho público y notorio- y la relativa facilidad que tendría el Banco para adicionar acciones suplementarias de control y ratificación (vgr. confirmación telefónica de la operación realizada), resultaría a priori esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado (art. 40 de la ley 24.240) -que reconoce como factor de atribución el deber de garantía y la obligación de seguridad (art. 5 y 6 de la ley 24.240)-, y el deber de prevención ex ante del daño (art. 1710 inc. a del CCyC).-*

(...) Ello además se halla en sintonía con la reglamentación sancionada por el Banco Central de la República Argentina. Como bien apunta la parte actora, la entidad matriz ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de la operatoria" (Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6). En tal sentido, entiendo que la genuinidad no sólo implica la adopción de recaudos tendientes a asegurar que la operación se concrete a través del token que instrumenta la firma electrónica de la actora (autenticidad interna), sino también de aquellas otras prevenciones que resultan aptas para reducir los riesgos de que este dispositivo pueda ser utilizado ilegítimamente por personas distintas de su titular (autenticidad externa). En la especie, la verificación adicional de la operatoria a través de otro medio de comunicación resultaba prima facie un cuidado razonablemente exigible y proporcionado que podría haber evitado la consumación de conductas tipificadas por la ley penal.-

(...) Más allá de las alusivas campañas de prevención a las que referencia la entidad demandada y la seguridad inherente a la firma electrónica como medio para suscribir el contrato electrónico de préstamo financiero, no se halla acreditado en esta etapa liminar del proceso que el Banco demandado haya adoptado en el caso concreto acciones o medidas adicionales tendientes a neutralizar este tipo de maniobra delictiva. En virtud de ello, resultaría verosímil el derecho de la actora para justificar el dictado de la prohibición de innovar suspensiva de los débitos. Y, por ende, habría razón para confirmar la medida. Ese es mi voto".-

Fue aquí y con el alcance cautelar donde ya se iniciara el tratamiento de esta cuestión. Luego los integrantes de esta Alzada y frente a la proliferación de casos de "phishing" modificaron su enfoque, dando solución por unanimidad en la tesitura reseñada a todos los demás casos que siendo similares en su especie, fueron traídos a revisión a esta Cámara Departamental. Así en la causa N° 4330-21 "Presta Miriam Laura c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento) " Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución del 31/8/2021; Causa N° 4179-21 "Bustos, Marta Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otra/a s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - 20 de Abril de 2021; Causa N° 4107-20 "Raggio, Alejandro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" - Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 - Resolución

de fecha 15 de Diciembre de 2020; Causa N° 4356-21 "Torri, Miriam Luján c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución de fecha 4/11/2021.-

En estos precedentes citados y por el voto unánime de los integrantes de esta Alzada, se transitó hacia una postura tendiente a intensificar el estándar de seguridad exigible a las entidades financieras que posibilitó el otorgamiento de las medidas cautelares solicitadas.-

Pero la cuestión aludida no sólo recibió un tratamiento tendiente a la protección del consumidor financiero en instancia cautelar, sino que fue objeto de pronunciamiento favorable en instancia definitiva por este mismo Tribunal. Y ese primer hito tuvo lugar en la causa N° 4684-22 "*Piccardo, María Albertina c/ Banco Santander Rio S.A. s/ Nulidad Acto Jurídico*", mediante sentencia dictada en fecha 27/9/2022. Allí se efectuaron una serie de consideraciones coincidentes con los postulados que habré de vertir infra a los efectos de encuadrar jurídicamente la problemática en estudio.-

Siguiendo la línea argumental del citado precedente, es dable señalar que las relaciones jurídicas entre las entidades bancarias y sus clientes que tienen lugar a través de canales electrónicos resultan alcanzadas por el Código Civil y Comercial y si, por caso, el usuario que utiliza el servicio bancario lo hace con destino final deviene aplicable concomitantemente la ley de defensa del consumidor (art. 1 y 2 de la ley 24.240). Todo ello sin perjuicio de la profusa normativa administrativa dictada por el Banco Central y las demás entidades financieras que rige este tipo de actividad.-

A la luz de la regulación iusprivatista general, las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como una cosa riesgosa en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe recordar que la disposición precitada, adhiriendo a la interpretación expansiva de "*cosa riesgosa*" prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia previa a la última codificación, englobó no sólo a aquellas cosas que en sí mismas sean riesgosas, sino también a aquellas cosas e incluso actividades que, aunque por su naturaleza no comporten un riesgo específico, adquieran dicho carácter en virtud de los medios empleados o las circunstancias de su realización (cf. ARIAS, Carolina Isabel, GERSCOVICH, Carlos G. Responsabilidad bancaria en entornos digitales. Publicado en: RCCyC 2021 (septiembre), 5).-

Desde tal óptica, se advierte que las plataformas digitales generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial. A ello cabe agregar que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral, más allá de la eventual adhesión de los usuarios bancarios al sistema de referencia. Hete aquí la razón que justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias (Cf. Stiglitz, G., Hernández, C., Barocelli, S., La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015).-

En aras de determinar la responsabilidad de las entidades financieras por las estafas digitales padecidas por los consumidores bancarios, cabe traer a colación al art. 5 y 6 de la ley

24.240 –iluminado por el enfoque tuitivo que le confiere el art. 42 de la CN- que consagra la obligación de seguridad en tanto deber objetivo de resultado que rige aún en la etapa precontractual y, naturalmente, alcanza a todas aquellas situaciones de riesgos generadas por los procedimientos operativos arbitrados por los proveedores.-

Sobre los alcances de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, es dable señalar que la figura apunta a cubrir cualquier tipo de lesividad que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo (cf. MOREA, Adrián Oscar, *El Phishing y los préstamos digitales, un nuevo foco de responsabilidad bancaria*. Publicado en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Ed. Erreius, Febrero 2022).-

El art. 42 de nuestra Carta Magna inaugura su texto refiriendo a que *"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..."* siendo ello una muestra prístina de la filiación constitucional de la obligación de seguridad en el ámbito de consumo. Esta directiva fundamental no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores, debe ser interpretada en el sentido de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor. Así es que, en palabras de la Corte Nacional, la protección de la seguridad es un derecho previsto constitucionalmente de goce directo y efectivo por parte de sus titulares.-

Sobre la base de estas premisas fundamentales, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria ha promovido y consolidado una lectura amplia y finalista del art. 5 y 6 de la LCD expandiendo las fronteras de la obligación de seguridad no sólo a las cosas peligrosas, sino también a todas aquellas actividades que puedan revestir cierto riesgo para la persona o bienes de los consumidores o usuarios, siendo ello lo que justifica que se imponga al proveedor el deber de velar por la inocuidad de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores. Tal flexibilidad hermenéutica también ha sido favorecida por la potenciación normativa de ciertos principios jurídicos como la buena fe (arts. 1, 9, 11, 729, 961, 991, 1061) y el principio preventivo (arts. 1710 y 1711).-

Como consecuencia lógica de esta relectura de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, se ha considerado que estamos frente a un deber de resultado que reconoce su fundamento en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse durante la fase precontractual, contractual y poscontractual. De conformidad con tal amplitud, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales (CSJN, "Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", Fallos: 333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti; CSJN, "Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro", Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.)-.

En relación al estándar de conducta imponible al Banco, cabe puntualizar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva agravada y, en función de ello, recae sobre los proveedores bancarios la obligación de realizar todas las acciones que exija la naturaleza de la relación de consumo, tendientes a evitar perjuicios a los usuarios del sistema. Se trata, en efecto, de un deber lo suficientemente amplio como para abarcar prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caer a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación de los clientes.-

De este modo, los parámetros o estándares de actuación de los bancos adquieren una especial dimensión y estrictez en virtud de la superioridad técnica y económica que deriva de su insoslayable profesionalidad. Ello impone una operatividad concreta de las pautas contenidas en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. Por un lado, la segunda mitad del primer párrafo en tanto manda a analizar con estrictez *"la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"*; por el otro, la disposición del segundo párrafo refuerza la especial diligencia que le incumbe al Banco en el cumplimiento de este cometido: *"Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes"*. En esta línea, Chamatropulos sostiene que la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también regidos por el estatuto del consumidor pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras (Chamatropulos, Demetrio A., El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos, RCyS 2010-IX, 95, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5129/2010).-

A los fines de evidenciar la contundencia con la cual se está evaluando esta obligación de seguridad, resulta ilustrativo traer a colación lo resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso *"Zappettini"*. Entonces, los magistrados votantes sostuvieron que: *"la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación de resultado en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc. y, a la vez, de seguridad en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros"*. (CNCom., sala D, 11/08/2009, "Zappettini, Raúl M. c. Banelco SA", JA 70054894, LLOnline 20090796).-

Este criterio se potencia en el estado actual de desarrollo tecnológico que asola al mundo, atento a la necesidad y conveniencia de canalizar una mayor cantidad de operaciones a través de los servicios financieros. Tal circunstancia conlleva para la entidad financiera la responsabilidad de actuar con la atención y cautela que corresponda al servicio que presta y se obliga a cumplir/a>, máxime cuando dentro de tal sistema se insertan los derechos de millones de personas que muchas veces no cuentan con la posibilidad de acudir a otra alternativa.-

Considero entonces que la extensión conferida a la obligación de seguridad bancaria, guarda adecuada coherencia sistémica con las reglas y principios que rigen en el sistema

iusprivatista argentino y, por sobre todo, con el criterio protectorio que domina en las relaciones de consumo, cuya vigencia, lejos de rehuir a la realidad específica de las transacciones bancarias, adquiere aquí una intensidad mayor atento a que la situación de vulnerabilidad cognoscitiva, técnica y económica del usuario bancario tiende a profundizarse en este ámbito.-

De la aplicación de las reglas y principios vigentes en el orden jurídico se desprende que los consumidores financieros requieren en el entorno digital de una protección mayor a la que reciben en el mundo físico. Como bien explica Tambussi, *"el sistema de comercio por medios electrónicos agrava las obligaciones de las entidades bancarias porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se profundiza en el mundo virtual (...)".-*

Estas consideraciones generales aparecen reforzadas por las circunstancias particulares que se han verificado en la causa. En particular, estimo relevante el dictamen pericial presentado por el perito informático Ricardo Nelson Canal que se halla agregada a la causa en escrito electrónico de fecha 11/3/2024 y el informe ampliatorio de fecha 11/4/2024 en respuesta a las impugnaciones y pedidos aclaratorios que fueran formulados por la parte actora en fecha 27/3/2024, desde que se desprenden insoslayables datos que muestran la ajenidad -jurídica- de la víctima en la concreción del timo bancario, y una falta de cumplimiento del deber de seguridad por parte de la entidad bancaria, por la que ha de responder.-

En efecto, del dictamen se desprende que:

1) No hay antecedentes previos de transacción con la cuenta de destino (ver presentación electrónica de fecha 11/03/2024, pto. 4). En el mismo sentido, se expide la perito contadora mediante dictamen de fecha 25/04/2024, Pto. 4).-

2) La transacción realizada no se corresponde con operaciones habituales del consumidor financiero, en el caso la actora (ver presentación electrónica de fecha 11/03/2024, pto. 5).-

3) De acuerdo al informe de geolocalización del dispositivo móvil utilizado por el agente, la operaciones se habrían realizado desde Córdoba capital (Prov. de Córdoba) y José C. Paz (Prov. de Bs. As.), con escasos minutos de diferencia entre unas y otras. La última conexión en Pergamino fue el 29/12/2022 a las 17.23hs., para luego pasar a Córdoba capital a las 17.32hs. (con 9 minutos de diferencia entre ellas, lo que hace materialmente imposible trasladarme físicamente de un lugar a otro) (ver presentación electrónica de fecha 11/03/2024, pto. 11; y presentación electrónica de fecha 11/04/2024, 15:15:13hs., pto. 3.e).-

4) Se produjo un cambio en la Clave Móvil, minutos de que tengan lugar las operaciones cuestionadas. El cambio en la clave se produjo el 29/12/2022, a las 17.39hs.; y la primera operación cuestionada tuvo lugar el 29/12/2022 a las 17.40hs. (ver presentación electrónica de fecha 11/03/2024, pto. 6; y presentación electrónica de fecha 11/04/2024, 15:15:13hs., pto. 3.b).-

5) El vaciamiento de las cuentas se produjo en un lapso de 31 minutos (ver presentación electrónica de fecha 11/04/2024, 15:15:13hs., pto. 3.a).-

6) El banco tampoco cuenta con contralor de IP que permita detectar los dispositivos de conexión electrónica utilizados para introducirse en la cuenta de la actora. Al respecto, cabe referir que el sistema operativo de BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LTDO no dispone de mecanismo de control de IP de conexión, frente a lo cual el experto agrega *“a mi humilde entender en cuestiones de seguridad informática, y en operaciones bancarias ‘deberían’ implementarse control basado en IP (ubicación geográfica distinta al del titular de la cuenta) al realizar operaciones de transferencias a cuentas nuevas de terceros, emitiendo alertas al titular por SMS, wsp, mail”* (ver presentación electrónica de fecha 11/03/2024, pto. 14; y presentación electrónica de fecha 11/04/2024, pto. 3.f).-

7) El token y la advertencia de seguridad no son técnica ni jurídicamente suficientes para garantizar la genuinidad de la operación (ver extracto financiero). Lo cual es conteste con el informe del perito interviniente con la mencionada reglamentación del Banco Central conforme Comunicación "A" 7370 que ajustó aun más los dispositivos de seguridad tanto en su extensión cuantitativa como cualitativa. Por su relevancia en relación al presente caso, transcribo extracto pertinente:

*“Para la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. **Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle –a través de algunos de los puntos de contacto disponibles– que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de los 2 (dos) días hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente. La entidad financiera quedará exceptuada de implementar lo previsto precedentemente, en la medida de que dé cumplimiento a alguna de las siguientes condiciones: a. Que para la autorización de un crédito preaprobado la entidad financiera verifique fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante soluciones biométricas con prueba de vida. b. Que la entidad financiera cancele el crédito preaprobado, asuma la devolución de las sumas involucradas y anule los posibles efectos sobre la situación crediticia de la persona usuaria de servicios financieros afectada, ante la denuncia policial presentada por esta persona usuaria de acuerdo con el modelo de acción “asumido” definido en el requisito RMC004, siempre que la denuncia se presente en un plazo máximo de 90 (noventa) días corridos desde el vencimiento de la primera cuota del crédito”** (el resaltado me pertenece).-*

El dictamen pericial que no es contrastado por otra prueba tiene una eficacia probatoria muy alta, y conforme lo normado por el art. 474 del CPCC y su doctrina, no veo motivos para

apartarme de sus conclusiones. Las respuestas técnicas, completas y justificadas del experto - concluyendo ello a partir de una apreciación global tanto del informe inicial como del ampliatorio- me permiten sin duda conforme las reglas de la sana crítica colegir que la pericia es fundada y no hay en la causa argumentos científicos que pueden oponerse para llegar a una solución contraria. Tal como reseñara en todos los puntos de valoración que he realizado supra. Máxime cuando lo informado por el especialista informática aparece concomitantemente refrendado por otras probanzas técnicas (por ejemplo, dictamen contable de fecha 25/04/2024).-

A partir de lo expuesto, encuentro basamento probatorio suficiente para tener por cierto que, en un breve período de tiempo, se produjeron diversas operaciones bancarias infrecuentes desde la cuenta digital de la actora con otras cuentas de destino con las que no había registro de operaciones previas, que pertenecían a una jurisdicción dentro de la cual el titular afectado no solía efectuar movimientos y que derivaron en la toma de créditos bancarios mediante modalidad electrónica con el consecuente vaciamiento posterior de los fondos otorgados. Todo ello dentro de un contexto operativo dentro del cual el sistema electrónico suministrado por el Banco para la realización de este tipo de operaciones no cumplía con las medidas de seguridad razonablemente exigibles a juicio del experto interviniente, ni legalmente obligatorias conforme se desprende de la Comunicación emitida por el Banco Central.-

Por lo que, independientemente de la eventual calificación de la obligación de indemnidad de la entidad bancaria como de medios o de resultados, claramente se juega aquí el deber de seguridad como factor objetivo de responsabilidad puesto en cabeza de la entidad financiera que consistía básicamente en adoptar todas las medidas de seguridad en la órbita bancaria digital para prevenir y evitar el flagelo del phishing que azota hoy nuestro tráfico comercial y financiero.-

Entiendo que aquí la discusión doctrinaria sobre el carácter de la obligación no deviene relevante, por cuanto ha quedado en evidencia la falta de diligencia del Banco en la observancia del estándar de seguridad que le es exigible, lo cual activa el deber de responder del demandado en cualquiera de las dos especies obligacionales mencionadas. Este es precisamente el aspecto que entiendo que ha soslayado el a quo y que ha derivado en un resultado decisorio que no se condice con el grado de protección que la ley consumeril asegura al usuario financiero por lo que cabe hacer lugar a la crítica actoral.-

II.- Transitando al agravio relativo al hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, también he de adoptar un temperamento favorable a la procedencia del recurso.-

Ello así en tanto no advierto que la conducta de la actora haya interrumpido el nexo causal que la demandada pregoná, ni en forma total o parcial, puesto que la causalidad jurídica de la secuencia dañosa se halla indisolublemente unida a la inobservancia de los deberes de vigilancia quizás más estricto que la entidad bancaria debería haber adoptado (art. 5 y 40 ley 24240 y 9 de la ley 25.326; arts 384 y 474 del CPCC y su doctrina).-

Es que siendo profesionales en la materia, los proveedores bancarios están obligados a contemplar estos riesgos y adoptar las medidas de prevención suficientes para garantizar la

seguridad de los consumidores cuando operasen en los canales y vías digitales impuestos por aquellos.-

Por tal motivo, no resulta suficiente alegar que el consumidor se "*descuidó*" y entregó sus claves cuando ello constituye un riesgo propio del entorno digital que el proveedor bancario decidió introducir, debiendo prever esta situación propia del entorno digital y adoptar todas las medidas de prevención tendientes a neutralizar esas estafas y fraudes.-

Sintetizando, es cuanto menos muy inseguro un sistema al que se accede con datos que el consumidor conoce. La peligrosidad del sistema es demasiado evidente y desde el punto de vista causal es determinante. De modo que el manejo irrestricto de la cuenta por el estafador no se produce -en términos de causalidad jurídica- porque el consumidor haya brindado los datos, sino porque el banco no tomó más precauciones para asegurarse de la identidad del usuario.-

Así pues, al realizar el análisis ex post facto para determinar la incidencia causal de las conductas del banco y de la víctima en la producción del daño, se puede concluir que si el proveedor hubiera optado por un sistema más seguro, el daño no hubiera ocurrido a pesar del hecho de la víctima. Este último sería inocuo, no pasaría de ser una condición o circunstancia incapaz de provocar el daño, pues los sistemas de seguridad lo hubieran evitado.-

El sistema no es ajeno al banco, sino que es impuesto y diseñado por la entidad, forma parte de su esfera de acción. Ello así, cuando se quiebre la seguridad del sistema, el hecho de la víctima no reunirá los requisitos para eximir de responsabilidad en cuanto no se tratará de un hecho exterior ajeno a la explotación, a las actividades, a las cosas de propiedad del deudor, a la obligación de seguridad.-

El otro aspecto en el que la entidad debió tomar más precauciones tuvo que ver con una segunda instancia de la estafa, en la que el impostor realizó actos a nombre del usuario. Resulta posible para el banco detectar e impedir actos irregulares.-

Por lo general se producen varios sucesos sospechosos en pocos minutos. Se cambian todos los datos de seguridad de la cuenta, como la dirección de correo electrónico y el número de teléfono a los que se enviarán mensajes de alerta. Entonces, estos ya no serán recibidos por el usuario sino por el impostor. Y como ello se puede hacer con los mismos datos que el estafador ya obtuvo del consumidor, el que debería ser el segundo nivel de verificación (el mensaje de alerta) queda desmantelado al superar el primer nivel.-

Asimismo, el hecho de que el ingreso se produzca desde un equipo y una ubicación que no es la habitual puede ser detectado fácilmente por los sistemas, igual que la registración de operaciones poco habituales en escaso tiempo deberían generar alertas para el banco que, por lo tanto, debería verificar si realmente emanan del cliente y bloquearlas cuando no sea así. De manera que el hecho de que el cliente haya brindado un par de datos no es causa suficiente y eficiente para la producción de la estafa, que no se podría concretar si la entidad bancaria cumpliera adecuadamente su obligación de seguridad y de prevenir los riesgos intrínsecos del sistema.-

III.- Finalmente, todas estas circunstancias deben ser interpretadas a la luz de una perspectiva tuitiva agravada por cuanto estamos ante un consumidor mayor de edad. Y si bien coincido con el a quo en que ello no comporta una condición que permita ubicar automáticamente al usuario en la categoría de hipervulnerable, entiendo que en el caso confluyen aditamentos contextuales y personales que justifican dispensar dicho tratamiento al usuario financiero por tratarse de una persona mayor de edad (72 años a la fecha del hecho -ver DNI adjunto a escrito electrónico de fecha 11/4/2023-) operando en un contexto digital para el cual -por evidentes razones de época- no ha recibido educación formal alguna ni consta en autos que haya tenido una formación posterior acorde que le permite sortear y prevenir los diversos riesgos técnicos y económicos a los que se expone en este tipo particular de relación de consumo.-

La doctrina ha advertido que en materia de daños al consumidor la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que 'los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial'. Y, en este sentido, cabe referir que la condición de consumidor hipervulnerable comprende a todas aquellas personas humanas que, por razón de su edad, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales se enfrenten a especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos en la relación de consumo (ver PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R., Tratado de Derecho de Daños, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I).-

Siguiendo esta línea, y en relación a este específico campo práctico, Gabriela Abad y José María Conzoli coinciden en señalar que los adultos mayores al no ser nativos tecnológicos, suelen estar más expuestos a este tipo de estafas relacionadas con los ciberdelitos, por lo que se requiere por parte de los proveedores de bienes y servicios un refuerzo de las medidas de protección y contemplación de esta particular situación al momento de analizar los reclamos que pudieran originarse en consecuencia (ABAD, Luis R. y CONZOLI, José María, Personas vulnerables, personas en situación de vulnerabilidad e hipervulnerables, en La vulnerabilidad en los procesos judiciales, PEYRANO, Jorge (Dir.), ESPERANZA, Silvia (Coord.), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024, pag. 547).-

Por todo lo expuesto propicio el acogimiento del recurso y la revocación de lo decidido declarando la responsabilidad de la demandada por incumplir la obligación de seguridad a su cargo y la consecuente obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.-

IV.- De manera que frente a la admisión de la pretensión actoral corresponde decidir sobre la procedencia y cuantificación de los rubros resarcitorios reclamados.-

VI.1. Respecto al daño patrimonial reclamado, he de puntualizar que ha quedado probado en la presente causa que las sumas que fueron sustraídas sin autorización del titular afectado lo han sido por un total de \$ 775.000 y U\$S 300 dólares, por lo que propicio su otorgamiento por tales importes.

A saber:

1) Tres (3) transferencias realizadas el día 30/12/2022. debitadas de la caja de ahorro pesos N.º 008264/4:

1.a. Una (1) transferencia por la suma de \$ 75.000.-, a favor del Sr. Lorenzoni, Rodrigo Hernán, CUIT. 20-40520178-0, con domicilio en el Lote 12, Manzana 3 de la ciudad de Villa Ocampo Angélica, Provincia de Córdoba.-

1.b. Dos (2) transferencias por las sumas de \$100.000.- y \$ 200.000.- respectivamente, a favor del Sr. Acosta, Elías Yair, CUIT. 20-45830704-1, con domicilio en la calle Santiago del Estero N.º 569, Capilla del Monte, Provincia de Córdoba.-

2) Tres (3) transferencias realizadas el día 30/12/2022. debitadas de la caja de ahorro pesos N.º 016271/7:

2.a. Una (1) transferencia por la suma de \$ 200.000.-, a favor del Sr. Lucero, Waldo Elías, CUIT. 20-34811362-1, con domicilio en la calle Gobernador Antonio del Viso N.º 40, Barrio Sabatiini, Alta Gracia. Provincia de Córdoba.-

2.b. Dos (2) transferencias por las sumas de \$100.000.- respectivamente, a favor del Sr. Brest, Juan Carlos, CUIT. 20-13365626-0, con domicilio en la calle Dieciocho, ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba.-

3) Una (1) transferencia de fecha 30/12/22, debitada de la caja de ahorro dólar N.º 005433/3, por la suma de us\$ 300.-, a favor del Sr. Agüero, Marcos Iván, CUIT. 20-33411280-3, con domicilio en la calle Belgrano (5189) Villa Anizacale, Provincia de Córdoba.-

Lo expuesto ha quedado acreditado con el informe pericial contable suscripto por la Cra. María Valeria Belcabuy en fecha 25/4/24, el dictamen pericial presentado por el perito informático Ricardo Nelson Canal que se halla agregado a la causa en escrito electrónico de fecha 11/3/2024 y el informe ampliatorio de fecha 11/4/2024 y la constancia de movimientos de cuenta bancaria acompañadas por el actor en escrito inicio de fecha 11/4/23.-

IV.2. Respecto del daño moral no me caben dudas de que el acto provocó en la parte actora una alteración de su equilibrio espiritual, difícil de mensurar, y que configura un daño in re ipsa, conforme lo normado por el art. 165 del CPCC y su doctrina, teniendo en cuenta la naturaleza del perjuicio, su extensión, el escabroso camino de la denuncia penal y sus consecuencias, la judicialización en ambos fueros para obtener una respuesta jurisdiccional, la edad de la víctima (72), la marcada dependencia respecto a los fondos depositados dada la situación del accionante como persona económicamente pasiva en función de su condición de jubilado conforme surge de la contestación de oficio electrónico de fecha 28/11/2023 por parte de ANSES.-

En este sentido, cabe hacer mención a las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia testimonial de fecha 8 de Abril de 2024. Al respecto, el Sr. Hugo Julián Elías puntualizó que el actor estaba preocupado, que dependía de esos fondos para vivir, que estaba muy angustiado, que lo veía apagado, y que tenía días y días. A su turno, Ernesto Zorzini refirió que

notaba al actor muy nervioso, mal, que sentía que le faltaba plata. Y en el mismo sentido, Francisco Rodolfo Susín dio cuenta de que el actor estaba como loco porque vivía de eso, tenía compromisos que afrontar, estaba mal, malhumorado, afectado anímicamente y que tuvo problemas de salud por alta presión y lo tuvieron que internar.-

Como lo he señalado en el precedente Reg. 68/2021 en mi primer voto : *" conforme las enseñanzas de Matilde Zabala de González en materia de prueba del daño moral, no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o genérico de no dañar) ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce"* (Resarcimiento de daños, 5°, "Cuanto por daño moral" Hammurabi, Bs As, 2005, pags 158 y ss).-

Cité allí a la autora quien puntualiza que *"aunque no se exija una prueba exhaustiva de la afección espiritual padecida, las circunstancias del caso posibilitan al juez, en ejercicio de facultades que le son propias y aplicando las reglas de la experiencia, juzgue si de acuerdo al normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita"* (Cfr. Zavala de González Matilde, Resarcimiento de daño moral" Astrea, 2009, pags 189 y sgtes).-

Y en punto al daño moral en el marco de relaciones contractuales de consumo, la jurisprudencia provincial viene sosteniendo que: *"...tratándose de una relación de consumo la asimetría existente entre las partes exige mayor responsabilidad por parte de los proveedores (arts. 42 de la CN, 38 de la Const. Prov.; arts. 8 bis in fine de la ley 24.240 –texto según ley 26.361-; 1198 ss. y cdtes. del Cód. Civ., art. 1097 del Cód. Civ. y Com.). Así, el daño moral ha sido admitido jurisprudencialmente en relaciones de consumo vinculadas a la compraventa de automotores (Cám. Civ. y Com. 2, Sala 2, La Plata, causa nro. 120882, sent. del 11/04/2017 "Orgando..."; Cám. Civ. y Com. Quilmes, causa 16462 113/15, sent. del 7/8/2015 "Sosa..."; Cám. Civ. y Com. Quilmes 16312 49/15, sent. del 16/4/2015 "Arriola...", entre otras). En el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1738 del CCCN), se confiere al daño moral un contenido más amplio, que se verifica en un descendimiento del umbral a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etc., determinan su nacimiento (cfr. comentario al art. 1738, Galdós, Jorge Mario "Código Civil y Comercial de la Nación", Ricardo Luis Lorenzetti (Dir), Tomo VII, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 485)" (esta Sala, causa nro. 62.251, del 27/3/18 "Alegre...")".-*

Aquí señalo que es evidente que el incumplimiento de la parte demandada derivó en la frustración de expectativas para la actora y su familia, así como el inicio de situaciones judiciales complejas, en tanto no puede desconocerse que el largo camino jurisdiccional siempre causa zozobra y angustia en aquellos que lo transitan, como fue el caso de la accionante.-

Por todo lo expuesto, estimo como razonable fijar la suma de pesos tres millones (\$ 3.000.000).-

IV. 3. Con relación al daño punitivo señalé en ese precedente que: "Este Tribunal ha sido cuidadoso al momento de aplicar el daño punitivo, puesto que si bien normativamente se

encuentra receptado en el art. 52 bis de la LDC consiste en un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños que correspondieran, tiene un propósito sancionatorio y está inspirado en el common law. La gravedad del hecho según nos enseña Picasso es tenida en cuenta por la norma para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición para su procedencia, indicando que el juez no se encuentra constreñido más que por su buen sentido para que proceda la condena, debiendo tenerse en cuenta requisitos tales como: el incumplimiento del proveedor respecto de sus obligaciones legales con el consumidor, la solicitud de aplicación por el perjudicado, la graduación numérica teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la independencia de esta pena con otras indemnizaciones, todo ello claramente expuesto por Picasso en Nuevas Categorías en la Ley de Defensa al Consumidor p. 133 citado por Jorge Mosset Iturraspe y Javier Wajntraub en Ley de Defensa al Consumidor Ley 24.240 y modificatorias Editorial Rubinzal-Culzoni".-

Traigo también aquí un precedente de este Tribunal en Causa 3703/2019 con el primer voto de mi distinguido colega Dr. Roberto Degleue quien señalara conceptos que aquí voy a aplicar:

"El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece que: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".-

La norma es clara en cuanto como requisito exigible para su aplicación indica que el proveedor no cumpla sus obligaciones que tanto la ley como el contrato le imponen para con el consumidor. "Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales" (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 278/279; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María Velentina, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Abeledo Perrot, t. II-B, Buenos Aires, 2009, pág. 1197; Conclusiones de la Comisión 10, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, publicadas en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ed. La Ley, pág. 196)".-

"Es que el Banco demandado por su calidad profesional debió ser más diligente en solucionar el conflicto al que por su accionar hizo que la relación contractual, la que debía llevarse en buenos términos y con debida diligencia, sino que por el contrario realizando los actos reprochables que enunciara el juez de grado, incluso a llevar un proceso adelante, negando todo

lo que se expusiera en demanda, pero no aportando de su parte prueba que pueda rebatir los hechos, pese a que se encontraba en mejor posición precisamente por ser su calidad profesional esperable de una entidad financiera de renombre".--

"Cabe tener en cuenta que: "El instituto del daño punitivo abasteca tres funciones: I) sancionar al causante de un daño inadmisibles; II) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, III) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (CC0203 LP 124158 RSD-229-18 S 25/10/2018 - Carátula: Chacon Damián Esteban c/ Plan Ovalo S. A. de ahorro para fines determinados y otros s/ Daños y Perj. Incump. contractual (exc. estado) - sumario Juba:B356893). Al respecto, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Santa Fe en septiembre de este año, la Comisión 4 sobre "Daño Punitivo" concluyó por despacho unánime que: "Los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria".-

La procedencia del art. 52 bis de la ley 24240 tiene su respaldo en la garantía protectoria establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que "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 una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y de trato equitativo y digno".-

En este contexto, frente al incumplimiento del deber de seguridad por parte de la entidad financiera, la condición de sujeto hipervulnerable del actor que exigía que la entidad bancaria como proveedora le brindase una respuesta rápida y efectiva ante la problemática sufrida, la negativa a componer el conflicto extrajudicialmente cuando existe una línea jurisprudencial y doctrinaria predominantemente mayoritaria -incluso en nuestro departamento con fallos que han seguido este temperamento en circunstancias análogas como hemos señalado ut supra-, la pluralidad de afectados que ha habido y sigue habiendo en virtud de este tipo de modalidad delictiva -circunstancia que constituye en el estado actual un hecho público y notorio que me exime de toda actividad probatoria-, la censurable ventaja patrimonial que al Banco demandado le reportaba mantener una actitud indiferente frente a este tipo de actos delictivos por cuanto obtiene colateralmente una utilidad lucrativa a partir del otorgamiento de préstamos financieros, la pasividad de la parte demandada frente a los diferentes reclamos formulados por el actor (ver declaraciones testimoniales de Hugo Julián Elías y Ernesto Zorzi quienes coincidieron en que el Banco no brindó respuesta a los reclamos formulados por la parte actora), más el resto de las valoraciones que se desprenden de mi análisis y que no habré de reproducir nuevamente en honor a la brevedad expositiva, propicio el acogimiento del daño punitivo fijando el importe de pesos cinco millones \$ 5.000.000 (arts. 165, 384, 375 y ctes del CPCC).-

V. En cuanto al pedido de actualización monetaria formulado en la apelación, entiendo que debe ser analizado discriminando los diferentes rubros en cuestión, toda vez que la determinación de sus respectivos valores no confluyen en un momento único común.-

V.1. Respecto al daño patrimonial correspondiente a condena por montos dinerarios expresados en pesos, toda vez que estamos frente a valores históricos que nos remontan a la fecha de sustracción de los fondos depositados en las cuentas respectivas, propongo aplicar a la

suma establecida por tal concepto la actualización por índices de precios al consumidor "Nivel General" que publica el I.N.D.E.C., que estimo en este momento como el mecanismo más acorde a fin de resguardar el valor de la deuda. Empero, y dado que la metodología de difusión del índice señalado hace que el mismo se conozca tiempo después de concluido el período al que refiere, a los fines de evitar la merma en el valor adeudado, por el lapso de tiempo que no alcance a contemplar el mentado índice, se aplicará el C.E.R. publicado por el B.C.R.A., esto es, desde día de inicio de la mora -coincidente con la consumación del hecho delictivo- (30/12/2022) hasta el dictado de la presente sentencia.-

Sobre tales premisas, a la vista del actual proceso inflacionario de notorio y público conocimiento respecto a los periodos transcurridos durante el tramo temporal crítico, y a las propias consideraciones económicas que la Corte tuvo por verificada en el precedente Barrios, habré de decretar aquí la inconstitucionalidad sobreviniente e inaplicabilidad al caso del art. 7 de la ley 23.928 según ley 25.561, a fin de posibilitar la actualización monetaria, indexación o repotenciación del crédito dinerario.-

Respecto al tramo posterior a la presente sentencia, corresponde subrayar que las vicisitudes económicas que pudieran acaecer durante el tramo comprendido entre el dictado de este pronunciamiento y el efectivo pago de la condena (hoy meramente conjeturales e hipotéticas, especialmente si se tiene en cuenta la gradual desaceleración del índice de inflación operada en el último tiempo), podrán ser oportunamente planteadas y sometidas al escrutinio judicial, en caso de sobrevenir una hipótesis de conflicto constitucional de similares contornos a la evaluada por la Suprema Corte en "Barrios", circunstancia que, eventualmente, y de verificarse análogos presupuestos formales y sustanciales, podría dar lugar a la adopción de alguno de los mecanismos de conservación del capital allí sopesados por el Alto Cuerpo, en pos de resguardar la integridad del derecho de propiedad del acreedor (conf. arg. consid. V.16.e. y ccds. del fallo citado).-

En cuanto a los intereses por este rubro entre el inicio de la mora y la presente sentencia, atento a las características del presente proceso, y a fin de mantener no sólo el poder adquisitivo de la indemnización fijada sino también de tener en cuenta la privación del dinero por parte ante la falta de pago en tiempo y forma— propicio que a la aplicación del índice señalado, se sume una tasa pura del 6% anual la que será liquidada —sobre el capital e intereses— desde el día de inicio de la mora (30/12/2022) hasta su efectivo pago.-

En cuanto a los intereses posteriores al dictado de la presente sentencia, corresponde aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días que habrán de devengarse hasta el efectivo pago (SCBA, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios", causa C. 119.176, 15/6/2016). Todo ello sin perjuicio de las eventuales modificaciones que corresponda efectuar en función de lo dispuesto ut supra.-

En cuanto a la condena por monto dinerario expresado en dólares, toda vez que estamos frente a una moneda fuerte respecto a la cual su depreciación en grado lesivo del

derecho de propiedad frente al sistema vigente no deviene manifiesta ni reúne la condición de hecho público y notorio, no resulta procedente el pedido de actualización.-

Respecto al interés aplicable a este rubro en dólares, ha de regir la doctrina legal de la SCBA en la causa "Penettieri" (SCBA, causa C. 123.306, "*Penettieri, Estefanía contra Cosentino, María Concepción y otro. Cumplimiento de contrato*", 25/11/2020), que tomase como parámetro referencial la tasa pasiva más alta para depósitos en dólares que paga el Banco Provincia, la que deberá aplicarse desde el inicio de la mora (30/12/2022) hasta el efectivo pago.-

V.2. Respecto al rubro daño moral, no corresponde hacer lugar al pedido de actualización por cuanto tal concepto ha sido determinado a valores actuales a la fecha de la presente sentencia.-

Esto significa que la preservación del valor económico de la obligación indemnizatoria por el tramo temporal comprendido entre el inicio de la mora (30/12/2022) y el dictado de esta sentencia se halla garantizado toda vez que los rubros resarcitorios han quedado determinados a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia de grado.-

En cuanto a los intereses por este rubro, y teniendo en cuenta que las sumas resultantes ya se encontrarían actualizadas conforme al criterio propugnado desde aquí, corresponde su fijación a una tasa de interés pura del 6% desde la fecha de la mora y hasta el dictado de esta sentencia. Y de allí en adelante, deberá aplicarse la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días que habrán de devengarse hasta el efectivo pago (SCBA, "*Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios*", causa C. 119.176, 15/6/2016). Todo ello sin perjuicio de las eventuales modificaciones que corresponda efectuar si en la etapa de liquidación los importes arrojados no superasen el test de constitucionalidad ya referido.-

V.3. Respecto al daño punitivo, tampoco corresponde actualización alguna, ya que el mismo ha sido fijado a valores contemporáneos a la fecha de la presente sentencia. Y toda vez que se trata de un concepto punitivo no resarcitorio los intereses por este ítem, habrán de correr a partir de los 10 días de que quedase notificada la presente sentencia a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días que habrán de devengarse hasta el efectivo pago (SCBA, "*Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios*", causa C. 119.176, 15/6/2016). Todo ello sin perjuicio de las eventuales modificaciones que corresponda efectuar si en la etapa de liquidación los importes arrojados no superasen el test de constitucionalidad ya referido.-

Entiendo que la competencia revisora de este Tribunal para modificar el punto de referencia (intereses aplicables a la obligación indemnizatoria y punitiva) ha quedado habilitada al expresarse los agravios relativos a los rubros indemnizatorios reclamados los que llevan virtualmente implícito el de los intereses aplicables a tales conceptos, dada la inevitable conexión entre el momento de cuantificación del daño y la tasa de interés aplicable, como así también la relación de accesoriedad de ésta última respecto a la condena de daños y perjuicios. Así, en la causa "*Vera*" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018), el Máximo Tribunal bonaerense

planteó la necesidad de vincular la determinación de la indemnización a valores actuales con la aplicación de una tasa de interés puro: *“Como la indemnización se ha estimado a valores posteriores a la fecha de exigibilidad del crédito, era congruente con esa realidad económica liquidar los intereses devengados hasta ese momento aplicando, como tradicionalmente se establecía en relación con todas las modalidades de actualización, una tasa de interés puro; es decir, el accesorio destinado a la retribución de la privación del capital, despojado de otros componentes (entre otros, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, producto del fenómeno inflacionario; conf. Molinario, Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas, RdN, 725, 1573)”. -*

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Roberto Degleue y Bernardo Louise por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1) Acoger el recurso de apelación deducido por la parte actora revocando la sentencia de grado en su totalidad, declarando la responsabilidad de la parte demandada por el hecho motivo de autos y condenando a ésta a abonar la suma de \$ 8.775.000 y U\$S 300, debiéndose aplicar actualización e intereses en la forma dispuesta en los considerandos V.1., V.2. y V.3. para los rubros en que así corresponda proceder.-

2) Imponer las costas a la parte demandada vencida (art. 68/69 del CPCCBA).-

3) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad respectiva (art. 31 de la ley 14.961).-

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

S E N T E N C I A:

1) Acoger el recurso de apelación deducido por la parte actora revocando la sentencia de grado en su totalidad, declarando la responsabilidad de la parte demandada por el hecho motivo de autos y condenando a ésta a abonar la suma de \$ 8.775.000 y U\$S 300, debiéndose aplicar actualización e intereses en la forma dispuesta en los considerandos V.1., V.2. y V.3. para los rubros en que así corresponda proceder.-

2) Imponer las costas a la parte demandada vencida (art. 68/69 del CPCCBA).-

3) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad respectiva (art. 31 de la ley 14.961).-

Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 4013 SCBA) remitiéndose copia digital de la presente sentencia a los domicilios electrónicos de las respectivas partes. Devuélvase.-

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----



DEGLEUE Roberto Manuel
JUEZ

SCARAFFIA Graciela Hilda
JUEZ

MOREA Adrian Oscar
SECRETARIO DE CÁMARA

[Volver al expediente](#) [Volver a la búsqueda](#) [Imprimir](#) ^