



Poder Judicial



BARLETTA, CRISTIAN GABRIEL C/ NUEVO BANCO DE SANTA FE SA S/
DEMANDA ORDINARIA

21-02952761-7

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 14ta. Nom.

Nro

Rosario,

ANTECEDENTES: de los presentes caratulados “**BARLETTA, Cristian Gabriel c/Nuevo Banco de Santa Fe SA s/Demanda Ordinaria**”, CUIJ 21-02952761-7, donde a pág. 17 la actora, por apoderada, interpone demanda de daños y perjuicios contra Nuevo Banco de Santa Fe S.A.

Relata que el día 18 de enero del 2021 el actor, ante un estado de vulnerabilidad social, puso en venta un ropero y lo publicó en redes sociales en la página de Facebook a un valor de \$5.000. Que en el aviso colocó su número de contacto 0341-153273002 y a las 11.13 hs. recibió un mensaje de audio de WhatsApp desde el número telefónico +5493425665525 en el cual se le informaba que estaba interesado en la compra del ropero quien dijo llamarse Juan Carlos Martínez. Que esa persona entabla conversación y le solicita el número de cuenta y CBU para realizar la transferencia y así formalizar la compra.

Relata que suministrados los datos por parte del actor, el llamado señor Martínez le envía un comprobante de pago del Banco Galicia por la suma de \$ 5000, el cual tenía los datos de la cuenta del actor.

Puntualiza que el actor, tras verificar que el pago o transferencia no había impactado, le informa al Sr. Martínez tal situación, quien le indica que se dirija a un cajero automático e ingrese a la opción claves homebanking y que le pase el número.

Relata que luego de unos minutos verificó si le había llegado la transferencia, y el Sr Martínez le comunica que hubo un error en el banco y le depositaron la suma de \$ 300.000 en vez de \$ 5000 y que si podía ir al cajero a revertir la situación a lo que

Barletta se dirige y al ingresar la tarjeta se le informa: “cuenta inhabilitada para operar.”

Continúa explicando que al llegar a su domicilio inmediatamente se comunica con la RED LINK donde le informan que el Banco de Santa Fe al notar movimientos anormales había suspendido la cuenta, así como que le habrían gestionado un préstamo personal de \$540.000, de los cuales \$ 360.000 ya habían sido transferidos a otra cuenta, y que avisarían a los otros bancos que estaban involucrados en las transacciones realizadas.

Destaca que no existen constancias de comunicación a los bancos involucrados.

Que luego de innumerables tratativas telefónicas, y presenciales (en las que no fue atendido) para efectuar su reclamo, en fecha 1 de marzo de 2021 le dan un turno en la web para realizar la denuncia ante el Nuevo Banco de Santa Fe Suc. Villa Gdor Gálvez donde se encuentra radicada la cuenta sueldo del actor.

Aclara que el actor es dependiente de la Municipalidad de Villa Gobernador Gálvez y como tal tiene su cuenta Sueldo CA en pesos Nro. 0740008163801 CBU 3300074720740081638010 del Nuevo Banco de Santa Fe S.A.

Asevera que el día que le otorgaron el turno presencial ante la entidad bancaria Suc. Villa Gdor. Gálvez, expresamente solicitó se le informe adónde fueron realizadas las transferencias desde su cuenta (nombre apellido y banco donde se realizaron las mismas) y a su vez la baja del préstamo.

Transcribe la respuesta dada por el Nuevo Banco de Santa Fe desde la Gerencia de Protección al Usuario en fecha 12/03/2021 desde el correo electrónico atencionausuarios@bancosantafe.com.ar, la que fue contestado por el actor el 12/03/2021 vía email que también transcribe, donde explica que no ha solicitado crédito o préstamo alguno y que su cuenta de home banking fue hackeada.

Destaca que como respuesta recibió el descuento de la cuota 1 en el sueldo del mes de abril del año 2021.

Considera que no caben dudas que el actor fue víctima de estafa telefónica por parte de una persona que a la fecha desconoce, quien solicitó un préstamo bancario aprovechándose de la situación económica y escasos conocimientos informáticos por parte del actor mediante



Poder Judicial

la modalidad home banking de la cuenta Sueldos por un total de \$ 536.000 en 60 cuotas mensuales de \$ 33.607,42. sin su consentimiento.

Detalla que parte de esos fondos fueron transferidos a cuentas particulares según las propias transacciones informadas por la red link ese mismo día y por el Nuevo Banco de Santa Fe, las que enumera.

Entiende que el banco se dio cuenta de que el titular de la cuenta fue víctima de una estafa (bloqueó la cuenta del actor) y pese a ello no bloqueó las transferencias, cuando éstas deben realizarse mediante los medios que el Banco proporcionan como “medios seguros” para la operatoria, tarjeta de coordenadas o código de autorización enviado mediante mensaje o correo electrónico al celular aportado como dato por el titular, desconociendo por qué en este caso particular no se han llevado a cabo.

Afirma que el Banco de Santa Fe tampoco se comunicó con el Banco receptor de la transferencia a los fines de cancelar su acreditación, tampoco de averiguar si el titular de la cuenta responde a una persona real o bien “fantasma para este tipo de operatoria fraudulenta”.

Reitera que luego de haber obtenido los datos bajo engaño el delincuente logró ingresar al sistema del actor y solicitó un préstamo personal pre aprobado unilateralmente por el Banco bajo el Nro. 960412 por la suma de \$ 536.000, descontados gastos de otorgamiento por la suma de \$ 10.067,35. Que le fue depositado la suma de \$ 525.932,65 y que dicho préstamo implica la obligación de reintegrar la totalidad del monto en un plazo de sesenta meses en sesenta cuotas a debitarse mes a mes desde la cuenta sueldos del actor con un costo financiero del 61,99% ascendiendo cada cuota al valor de \$ 33.607,42. sin el consentimiento del actor así como tampoco el banco observó la operatoria prevista por el BCRA para el otorgamiento del mentado préstamo.

Manifiesta acreditar los hechos con extracción de datos y saldos bancarios de la cuenta sueldos del actor, y que al 10 de octubre de 2021 se han debitado 7 cuotas cuyo monto asciende a \$ 33.607,42. Que al momento de otorgamiento de préstamo representaba casi

el 40% del salario del actor, lo que acredita con su recibo de haberes del mes de febrero de 2021.

Resalta que esto representa un perjuicio irreparable para la economía del actor y su grupo familiar, que verá mermados sus ingresos en un 40% durante 60 meses.

Dice que la actora realizó reclamos en forma telefónica en muchas oportunidades hasta que consiguió un turno presencial y presentó su reclamo solicitando que dichas operaciones se retrotraigan en forma inmediata, obteniendo respuestas negativas y predeterminadas por parte del Banco, recibiendo la respuesta más gravosa a través el descuento de sus haberes de cada cuota, que suman 7 a la fecha de interposición de la demanda.

Indica que tales hechos fueron denunciados inmediatamente por el actor ante la Sub Comisaría 15 de Pueblo Esther, el mismo 18/02/2021, mereciendo tales actuaciones Carpeta judicial CUIJ 21-08557259-5 en trámite por ante la Unidad Fiscal a cargo del Dr. Marcelo A. Vienna, y luego, de las actuaciones de la cautelar, que la causa penal tramita por ante la Fiscalía a cargo del Dr Mariano Ríos Artacho.

Puntualiza que antes de la instancia cautelar el actor solicitó mediación judicial Nro. 6960/2021, que no se arribó a conciliación alguna por negativa expresa del Banco de Santa Fe. Adjunta requerimiento y acta de finalización y pago de los honorarios del mediador.

Explica que la solicitud de su parte con relación a la pretensión de daños contra la demandada, no se fundaría en la autoría material de la acción delictiva denunciada en sede penal, (prima facie) sino en el deficiente control ejercido por la entidad financiera para impedir la efectivización de la maniobra señalada.

Que el Banco Central de la República Argentina, en su carácter de regulador del funcionamiento de los bancos comerciales, en los términos del artículo 21 de la Ley N° 21.526, emitió diversas comunicaciones mediante las cuales, entre otras cuestiones, se enumeran las obligaciones de las entidades bancarias en miras a garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los usuarios en operaciones de servicios financieros; lo que da cuenta del interés de esta entidad por prevenir situaciones como las que se denunció en autos.



Poder Judicial

Describe la responsabilidad del demandado.

Detalla los daños y perjuicios que reclama en: 1) Daño patrimonial: reclama la restitución de las 7 cuotas descontadas por el Banco en forma directa de la cuenta sueldos y que ascienden a \$235.251, de \$33.607,42 cada una. Asimismo, pone en conocimiento que el importe restante que resulta del importe depositado por el Banco \$530.000 y las transferencias fraudulentas que suman \$340.000 ascienden a \$190.000 se encuentran depositadas en la cuenta sueldo del actor y a disposición del banco demandado; 2) Daño punitivo: reclama la suma estimada en \$231.000; 3) Daño moral: el que estima en \$231.000.

Hace una liquidación de los rubros que reclama incluyendo la suma de \$34.962 en concepto de gastos no documentados y \$15.630 en concepto de gastos de mediación.

Seguidamente, cita el derecho que entiende aplicable, formula reserva de caso federal y ofrece prueba. Finalmente invoca jurisprudencia que entiende lo avala.

Que citada y emplazada la parte demandada para que comparezca a estar a derecho a pág. 33, comparece a pág. 50, por apoderado.

A pág. 54 se corre traslado de la demanda, contestando a pág. 72 solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.

Hace una negativa particular de todos y cada uno de los hechos que no sean materia de un reconocimiento expreso a la cual me remito en honor a la brevedad.

Seguidamente relata la realidad de los hechos afirmando que el actor es cliente de la demandada. Que los productos que tienen contratados fueron efectivamente solicitados por éste y se encuentran expresamente reconocidos en su demanda. Adjunta imagen escaneada de los contratos suscritos.

Dice que, contratados los productos, el actor operó y opera los mismos con absoluta normalidad, conforme se acredita con los resúmenes de cuenta que acompañan a los presentes.

Que el actor operó hasta el día del supuesto hecho que manifiesta en su demanda, en

forma normal con su cuenta. Y que, desde el día siguiente a dicho hecho, continuó operando la misma con total normalidad.

Entiende que las operaciones realizadas el día 18/02/2021 también fueron parte de la operatoria normal realizada por el actor.

Que, en particular, desde Homebanking, el día 18/02/2021 realizó las siguientes operaciones: En fecha 18/02/2021 a las 13:17 horas, por canal electrónico "Home Banking", el actor solicitó un préstamo por la suma de \$530.000 (identificado como Línea N° 8418 Operación N° 342697700). Que en cumplimiento de lo contractualmente acordado, la demandada acreditó las sumas otorgadas en préstamo en misma fecha en la caja de ahorros de titularidad del actor, N° 81638/1.

Que, con posterioridad, el actor realizó diversas transferencias, también desde el canal electrónico "Home Banking" las que detalla. Explica que para adherir las cuentas destinatarias de las transferencias, se remitió un segundo factor de autenticación, a los fines de que el actor corrobore al sistema informático su identidad.

Deja constancia que estos datos habían sido denunciados por el actor en su cuenta de Homebanking, y no han sido modificados en forma previa a los movimientos bancarios que el actor ahora desconoce.

Explica concepto, modalidades y cómo funcionan los DEBINes y que para realizar operaciones con ello resulta imprescindible contar con acceso al Homebanking.

Resalta que el acceso al Home Banking sólo puede realizarse si previamente se dio de alta, con la confección de una clave personal e intransferible de acceso.

Para dar de alta el mismo y confeccionar la clave, resulta necesario contar con la Tarjeta de Débito y clave PIN, también personal e intransferible del actor.

Dice que las transacciones que detalla fueron posibles atento a la propia solicitud de alta de usuario y claves realizada por el propio actor con su tarjeta de débito y clave personal.

Indica que para utilizar el Homebanking es indispensable obtener, con la tarjeta de débito y la clave PIN, ambas personales e intransferibles del usuario, el usuario y clave que solicitó y obtuvo el actor del servicio correspondiente.



Poder Judicial

Asevera que las transferencias realizadas por el actor solamente podrían haber sido realizadas con su tarjeta de débito y clave (PIN), o con su usuario y clave personal por lo que dichas operaciones son genuinas.

Que contractualmente el Banco demandado está obligado a permitir esas operaciones bancarias ya que se estaría incumpliendo el contrato celebrado con el actor. Que el propio sistema funciona mediante el otorgamiento de tarjetas y claves personales, de acceso restringido sólo al cliente, que funcionan como una “llave”. Con la “llave”, el cliente tiene la facultad de solicitar y realizar gestiones bancarias varias.

Expresa que en el hipotético supuesto de que el cliente pierda la “llave”, tiene que informar de inmediato al banco para que éste tome razón de lo mencionado y proceda a bloquear el acceso a su cuenta con dicha “llave”.

Afirma que, si el actor cedió datos a terceros o descuidó los mismos, lo cual reitera que no sucedió porque fue el mismo quien realizó las operaciones, sería un obrar extremadamente negligente y con desprecio hacia sus propios intereses económicos personales y, además, habría incumplido el contrato celebrado con la demandada.

Destaca que el propio actor ha utilizado frecuentemente el sistema online del banco, antes y después del préstamo de fecha 18/02/2021, que también él solicitó. Que ello surge del extracto de caja de ahorros que detalla y acompaña y lo que entiende acredita que el actor sabía utilizar no solo el cajero automático sino también la operatoria de transferencias por DEBIN.

Reitera que la clave que el actor gestionó para acceder a sus productos en forma digitales es de carácter personal e intransferible, circunstancia que habría incumplido ya que tenía la obligación contractual de mantener la confidencialidad de su/s clave/s personal/es, que habría incumplido.

Reitera y ratifica que las operaciones mencionadas (préstamo y transferencias) fueron efectuadas por el actor porque mediante su intervención personal con usuario y clave, es la única forma de realizarlas.

En forma subsidiaria destaca que el propio actor ha manifestado que “supuestamente” habría sido objeto de una estafa por parte de terceros y que no puede pretender atribuir responsabilidad a su mandante por supuestos hechos que de ser ciertos fueron de su exclusiva responsabilidad ya que los productos bancarios son personales e intransferibles.

Indica que si el actor habría cedido, voluntariamente o por descuido, sus datos personales a terceros, lo que se niega atento a que fue el mismo quien operó, estaría invocando su propia torpeza.

Explica que para acceder al Homebanking, como asimismo para acceder a las transferencias se requiere si o si la tarjeta de débito y los datos de usuario, con más la clave personal que tenía el actor en su poder. Y que se requiere si o si contar con la clave que se envía al teléfono celular y correo electrónico denunciado por el actor.

Afirma que, tanto en el contrato como en los mismos cajeros automáticos, y en cada publicidad que su parte hace se recuerda a los clientes que jamás deben dar a conocer sus claves personales o PIN a terceros, que los mismos son personales e intransferibles y que el cliente es responsable de lo que haga con los mismos.

En lo atinente a la utilización de Homebanking, remarca que para operar dicho canal resulta necesario el ingreso de Usuario y Clave secreta de Homebanking; sus credenciales de identificación (Usuario y clave de Homebanking) son personales e intransferibles y tanto su custodia, tenencia y utilización como las consecuencias de un eventual facilitamiento a terceros, resultan de su exclusiva responsabilidad.

Sostiene que, de acuerdo a los registros de la parte demandada, las transferencias fueron efectuadas con el consentimiento del actor.

Que la suscripción de los contratos que se acompañarán al presente, y por ende de las cláusulas en los mismos incluidas, invalida el argumento utilizado por el actor al decir que las transferencias fueron gestionadas sin su consentimiento, así como esta situación no constituye un obrar negligente por parte de la entidad ya que tanto la solicitud de préstamo como las transferencias efectuadas solamente pudieron ser realizados por el actor con el uso de sus datos y claves que solamente los conoce él.



Poder Judicial

Y si no fue el quien realizó las operaciones, el actor le brindo los datos esenciales (tarjetas, usuarios, contraseñas y claves) para operar por vía de un cajero automático y Homebanking a un tercero por el cual su parte no debe responder.

Afirma que no se dan los elementos indispensables para que se configure la responsabilidad civil de su parte. Sostiene que los mecanismos de seguridad de mi mandante cumplen con las exigencias del BCRA. Que el sistema no es inseguro desde el momento mismo que no hubo una falla de seguridad sino que por el contrario, fue el actor quien realizó las operaciones objeto de esta demanda o, en su caso, habría habido una cesión de información que le habría permitido a un tercero ingresar a la cuenta del actor para realizarlas.

Concluye que las operaciones celebradas consistentes en la solicitud de préstamo y las transferencias de los fondos depositados, fueron realizados por el actor, siendo las mismas legítimas, eficaces y que para el hipotético supuesto en el cual se llegare a demostrar que el actor fue objeto de una estafa (hecho de un tercero por el cual su parte no debe responder) lo ha sido por su propia torpeza (culpa de la víctima) al haber brindado sus datos esenciales (claves, usuarios y contraseñas) por la cual su parte no debe responder.

Cita jurisprudencia que entiende lo avala.

Solicita el rechazo de las pretensiones del actor por considerar que del texto de la demanda surge que el fundamento por el cual el actor pretende que el Tribunal haga lugar a las infundadas pretensiones sería que, supuestamente, el actor no habría realizado las operaciones objetadas y, asimismo, su parte no habría adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar supuestos ilícitos.

Sostiene que su parte cumple con toda la normativa que exige la legislación nacional.

Expresa que el actor cuenta con el sistema de tarjeta de débito, de Homebanking desde hace muchos años, y ha operado con frecuencia a través de cajeros automáticos y por el sistema Homebanking por lo que no podría alegar ahora, años después, el

desconocimiento de la forma de uso, de las normas de seguridad y de sus obligaciones contractuales (que le fueron entregadas en su oportunidad) y el funcionamiento de los mismos.

Considera que el actor habría incurrido en una serie de conductas que podrían subsumirse en lo que se denomina hecho del damnificado, el cual se encuentra regulado en el artículo 1729 CCC, es decir, cuando el propio damnificado contribuye causalmente a la producción del daño que sufre.

Que con la entrada en vigor del CCCN para que opere la interrupción total o parcial del nexo de causalidad basta - en principio - con el simple hecho de la víctima, sin que sea necesario que ese hecho sea culpable. Afirma que no caben dudas que, si el actor no fue quien realizó las operaciones que ahora cuestiona sino que fue un tercero a quien le habría brindado, voluntariamente o no, sus datos bancarios, y con su accionar habrían contribuido de forma causal al acaecimiento del supuesto resultado dañoso que dice haber sufrido, pues, si habría respetado las normas de seguridad que, le han sido entregadas por su parte y las cuales resultaban obligaciones a su cargo, nada de lo que manifiesta que supuestamente sucedió, habría sucedido.

Cita doctrina que entiende lo avala.

Que, cumplidas las medidas de seguridad dispuestas, supone que si una persona entró al sistema con el nombre de usuario del actor, con la tarjeta de débito, la clave personal o PIN de los mismo y con los datos que sólo el actor podía saber; está operando efectivamente con ellos. Que si no fueron el actor quien ingresó, otras personas tenían los datos personales e intransferibles de los mismos, que ellos mismos manifiestan habrían otorgado.

Destaca que el hecho de que el actor sería una persona instruida, conforme lo mencionaría en su denuncia.

Ofrece prueba documental y cita el derecho que entiende aplicable.

Finalmente hace reserva de derechos.

Que abierta la causa a prueba a pág. 99, ofrece la actora a pág. 103 y la demandada a pág. 109. A pág. 113 se proveen las pruebas ofrecidas, agregándose las producidas, se celebra la



Poder Judicial

audiencia de producción de pruebas en el marco de Plan Piloto de Oralidad Efectiva conforme acta de pág. 223 y 231.

Que a pág. 238 se clausura el período probatorio pasando los autos por su orden para alegar, haciéndolo la actora a pág. 239 y la demandada a pág.241, piezas procesales agregadas a pág. 260 y 269.

Que a pág. 242 se llaman los autos para sentencia.

Que a pág. 244 se corre vista al Ministerio Público Fiscal, contestando a pág. 242 dejando a los presentes en condiciones de resolver.

FUNDAMENTOS: I.- En primer lugar resulta necesario recordar que el tribunal interviniente no tiene la obligación de analizar y resolver las cuestiones planteadas por los justiciables en base a la totalidad de argumentos, consideraciones y elementos que los mismos aporten a la causa, bastando a tal fin se pondere los relevantes a los fines de dirimir el thema decidendum¹. Asimismo, se ha señalado que “los jueces no están obligados a considerar una por una todas las pruebas de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, como tampoco están constreñidos a tratar minuciosamente todas las cuestiones expuestas por las partes ni analizar los argumentos que a su juicio no posean relevancia. La exigencia constitucional de que los fallos judiciales sean motivados, sólo requiere una fundamentación suficiente, no una fundamentación óptima por lo exhaustiva”².

II.-Prejudicialidad penal. Formulada esta preliminar aclaración, corresponde considerar que el hecho ilícito que dio origen a los presentes motivó, con anterioridad, su investigación en sede penal, generándose el CUIJ 21-08605736-8 y acumuladas el cual según constancias acompañadas mediante escrito cargo 5831/23 no han finalizado.

Que, si bien ello en principio configura un impedimento para la resolución de la presente

¹CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.

²CCyC de Rosario, sala 3, 29/7/2010, “Piancatelli c/ Ryan de Grant”, www.legaldoc.com.ar, en línea con CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611

causa, debe considerarse las excepciones consagradas en el art. 1775 del CCyC que establece que, si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado cabe excepcionar el principio enunciado en primer término.

Considero que tal es el supuesto que se configura en la presente causa y que no admitirse la excepción hoy legalmente reconocida podría producirse una efectiva privación de justicia³.

De tal forma, y habida cuenta las constancias de la causa de donde surge que se investigan múltiples sucesos relacionados con estafas bancarias con diferentes víctimas, entiendo que no corresponde me abstenga de dictar sentencia, ponderando especialmente el principio de razonabilidad de los procesos judiciales⁴ (amparado por el art.75 inc. 22 CN) y tutelando el derecho a la jurisdicción, el cual no sólo debe considerarse como la posibilidad de acceder a un Tribunal, sino que también comprende el debido proceso y, naturalmente, acceder a una sentencia⁵.

En síntesis, ponderando (como lo hace destacada jurisprudencia⁶) que la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta, sino que debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable, considero que los presentes encuadran en la excepción legal reseñada, correspondiendo por tanto dictar resolución.

Finalmente, corresponde también destacar que no se advierte que la suerte del proceso penal pueda llegar a incidir o generar un *strepitus fori* con relación a lo resuelto en la presente causa ya que los sujetos pasivos y activos de las acciones, así como los fundamentos de la responsabilidad de cada uno de ellos difieren cabalmente.

3 CSJN, LL 154-85.

4 Así lo destaca BOFFI BOGGERO, Luis M.; "Tratado de las obligaciones. Tomo 6", Astrea, Bs. As., 1985, p.223.

5 BIDART CAMPOS, Germán; "La duración razonable del proceso", LL 154-85.

6 SCJ de Mendoza, sala 1, 29/6/2000, Libro S296, Fojas 046; CSJ de Tucumán 19/12/2000 sent. 1137; STJ de Santiago del Estero, 15/5/2000 "Herrera de Celiz", entre otros.



Poder Judicial

III.- Ya adentrándome en el caso de marras entiendo pertinente, dado el reconocimiento expreso de determinados hechos de la causa por las partes, definir aquellas cuestiones que no resultan objeto de controversia y, definidas éstas, dirimir cuáles efectivamente deberán ser resueltas por el tribunal.

Y es que, existiendo consenso entre el actor y el demandado, con relación a los puntos que infra se detallarán, debe el Tribunal tener los mismos por ciertos y acreditados, dado que no se advierte cuestión en su contenido que afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En este sentido, debe tenerse por cierto que:

- a) la actora es cliente de la entidad demandada;
- b) el día 18 de enero de 2021 a través de medios electrónico se solicitó y le fue otorgado un préstamo por \$ 536.000 en 60 cuotas mensuales de \$ 33.607;
- c) sobre dicho monto se efectuó débito inmediato (DEBIN) por la suma de \$340.000 favor de terceros;
- d) al 10 de octubre de 2021 se debitaron 7 cuotas cuyo monto asciende a \$ 33.607,42.

Asimismo, ante la negativa expresa del demandado, y con relación a las cuestiones relevantes de la causa, deberá dirimirse si:

- a. Se acredita que ha sido el actor quien ha llevado a cabo las operaciones electrónicas detalladas (solicitud de préstamo y débito inmediato);
- b. En su caso, si puede imputarse responsabilidad al banco demandado;
- c. Si corresponde declarar la nulidad del contrato de mutuo celebrado.

IV.- Que en “en orden a lo prescripto por las normas del *onus probandi*, el actor debe probar los hechos, antecedentes de la norma invocada, como fundamento de su pretensión, y cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas y si el demandado alega hechos distintos de los invocados por el actor para fundar su demanda, le incumbe a aquél probar la veracidad

de sus aseveraciones”; y “Cada parte soporta la carga de la prueba de todos los presupuestos, aún negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; concretamente, la prueba de los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos, corresponde a quien los invoca a su favor”⁷

Que, cabe señalar, que tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar que la carga de la prueba es una noción procesal que indica al juez cómo debe valorarla para fallar cuando no se encuentran pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes interesa acreditar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables. Así, el juzgador ha de contar con ciertas reglas que le permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que pueda provocar la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo. En síntesis, dichas reglas sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en el caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia; y previendo, por el otro lado, a las partes, acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga⁸.

Que, por otra parte, si se considera que la carga de la prueba debe repartirse entre los litigantes con el fin de producir convicción en el magistrado acerca de la verdad de lo que dicen, ninguna regla jurídica ni lógica relevará a la parte de realizar la prueba de sus negaciones. No obsta que pueda existir una cierta indulgencia respecto de los que tienen que probar hechos negativos dadas las dificultades inherentes a tal situación, habiéndose construido al respecto la doctrina que sostiene que para el caso de prueba muy difícil los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los

⁷Cfr. jurisprudencia citada en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Peyrano, Jorge W. Director, Vázquez Ferreyra, Roberto, Coordinador, Tomo I, Editorial Juris, año 1997, pág. 465/6.

⁸Cám. Nac. Com., Sala C, 18-11-1991, “Aboso, Jorge Eduardo c/Musso, Carlos Felipe y Otro”; jurisprudencia allí citada; PALACIO, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, Tomo IV, Nro 408, pág. 361.



Poder Judicial

intereses legítimos, acudiendo a criterios de normalidad para liberar, frente a ciertas proposiciones negativas de ardua demostración, al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo- Sin embargo, estas soluciones no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos, tanto como los expresados en forma positiva, son objeto de prueba. Además, puesto que las proposiciones negativas son comúnmente la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar sujeta a incertidumbre la suerte de la carga de la prueba, toda vez que admitir lo contrario sería entregar a la voluntad de la parte y no a la ley la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal⁹.

V.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso¹⁰.

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición —pretensión o excepción— lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, más no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba¹¹.

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte

⁹COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3ra. edición, Bs. As., 1958, Nro 157, pág. 246.

¹⁰Conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T. 1, p. 15.

¹¹Devis Echandía Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Buenos Aires, Ed. Zavalía, T. 1, p. 490 y ss.

Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal¹².

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica —entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia—. 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. A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado —sin eludir la posibilidad del error— es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

Por otro lado, el régimen de defensa del consumidor (aplicable al supuesto como desarrollaré más abajo) también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño. “El concepto “carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida” consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la

¹²CSJN in re “Baiadera, Víctor F.”, LA LEY, 1996-E, 679.



Poder Judicial

verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación”[-]¹³.

En efecto, la Ley 24.240, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”; en referencia al prestador del servicio. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(?) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. En estos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (?)”, por el contrario, “(?) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”[-]¹⁴.

Ahora bien, lo reseñado no debe llevarnos a un razonamiento estrictamente lógico, que implique otorgar una especie de Bill de indemnidad al consumidor sino que demanda un esfuerzo por parte del juzgador para que al proceso de la interpretación y aplicación del Derecho Positivo adicione junto con la lógica los valores, en el necesario proceso axiológico de elaboración de la sentencia¹⁵.

De tal forma, lo reseñado no implica liberar al consumidor de acreditar los extremos en

13Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c. Pasema SA y otros s/ daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 01/04/2015.

14JUNYENT BAS, Francisco y DEL CERRO, Candelaria; “Aspectos procesales”, cit. LA LEY, 2010-C-1281 y ss. y SCJBA Causa “G., A. C. c. Pasema SA y otros s/ daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 01/04/2015.

15HERMANN PETZOLD-PERNIA, Hermann; “El problema de la subsunción o como se elabora la sentencia”, <https://eldialnet.unirioja.net/servlet/articulo?codigo=6713629>

que basa su pretensión. La disposición sienta como eje central del desarrollo del proceso el principio de cooperación, de cuya consecuencia deviene la carga de aportar al proceso los elementos de prueba que se detenten. Ello no puede ni debe interpretarse como una directa inversión del principio de la carga de la prueba que libere sin más de tener que acreditar sus dichos al consumidor.

En este sentido se ha señalado, con buen criterio, que la modificación hecha a la ley de defensa del consumidor asume las dificultades probatorias con que puede enfrentar el consumidor como contratante no profesional, pero ello no puede llevarnos a entender que el consumidor quede relevado de introducir medios de comprobación idóneos para justificar la posición, razón por la cual al menos debe exigírsele que identifique eventuales carencias de su adversario en la adjunción de esos elementos, de modo de permitir el control judicial sobre este aspecto¹⁶.

VI.- Y, si bien ya he referido a la cuestión tanto en el acápite precedente, inicialmente corresponde dilucidar qué normas y principios pueden resultar relevantes para la solución del caso, para lo cual incide la naturaleza de las relaciones que vinculan a las partes, especialmente en el presente supuesto, donde se advierte de modo palmario que nos encontramos frente a una relación de consumo.

La sanción del régimen de defensa del consumidor generó un intenso debate en orden a los alcances “objetivos” de la ley, esto es, acerca de las “operaciones económicas y jurídicas” comprendidas en ella. El debate, que resultaba de cierta ambigüedad de algunas normas de la ley, puso de manifiesto el comportamiento evidenciado por importantes sectores económicos, que pugnaban por no resultar alcanzados por la misma¹⁷. En lo que concierne a las entidades financieras se alegaba la existencia de una regulación especial y una autoridad de contralor específica para pretender excluirse de este ámbito¹⁸, sin embargo, hoy en día

16CNac. en lo Comercial, sala F, 2010-10-05, “Playa Palace S.A. c. Peñaloza, Leandro Hipólito”, JA 2011-III, 397.

17HERNÁNDEZ, CARLOS A. - FRESNEDA SAIEG, MÓNICA, *Consideraciones acerca de la protección de los usuarios de servicios financieros desde una perspectiva jurisprudencial*, en Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario (P.U.C.A.), N° IV (2000), pág. 89 y ss.

18SCHIAVI, MARÍA VIRGINIA; *El consumidor y el mundo bancario*, LA LEY 2010-B, 118.



Poder Judicial

puede afirmarse que más allá de las discusiones doctrinarias¹⁹, nuestra jurisprudencia rechazó enfática y unánimemente la aludida “resistencia”, considerando aplicable a las “operaciones financieras” el régimen emergente de la ley 24.240. Entre los primeros fallos que abrieron el camino, cabe recordar aquí, aquel que sostuvo que *“si bien la norma no hace mención expresa a las entidades bancarias (salvo en lo referente a los créditos para consumo, art. 36) ha de considerarse que éstas se encuentran abarcadas, ya que se trata de aquellas personas jurídicas a que refiere el art. 2º, que en forma profesional prestan servicios a consumidores o usuarios...”*²⁰. La reforma introducida por la ley 26.361 vino a consolidar estos criterios, en cuanto el nuevo art. 3 dispone que *“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”*. En sentido concordante el artículo 36 reformado se proyecta sobre “las operaciones financieras para consumo” y las de “crédito para el consumo”. Y, finalmente, el Código Civil y Comercial, al regular los contratos en particular, en materia de contratos bancarios contiene un párrafo expreso vinculado a la tutela del consumidor (arts. 1384 y ss.).

Ratificada pues la aplicación de la ley de “Defensa del consumidor” a las operaciones financieras, es necesario definir qué sujetos asumen el rol de partes en esta peculiar “relación de consumo”. Al respecto destacamos que la calidad de “proveedor financiero” no presenta ninguna dificultad, toda vez que por aplicación de las reglas generales, “proveedor”, es *“la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción,*

19Al respecto pueden verse, entre otros, LORENZETTI, RICARDO, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, págs. 426 y sgts; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *El derecho del consumidor y los contratos bancarios*, L.L. t. 1999-B, pág. 269 y sgts; ESBORRAZ, DAVID F. y HERNANDEZ, CARLOS, *Los negocios de garantía y los contratos de consumo en el ámbito de la actividad bancaria*, Trabajos del Centro, Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, 1998, N° 3, pág. 53 y sgts; STIGLITZ, RUBÉN S., *Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros*, L.L. t. 1998-C, pág. 1035 y sgts.; y VAZQUEZ FERRERYRA, ROBERTO y ROMERA, OSCAR, *La ley de Defensa del Consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente jurisprudencial*, L.L. t. 1996-C, pág. 1004 y sgts.

20“Moriconi, Marcelo y otra c/ Banco Argencoop. Ltda”, C.Civil y Comercial, Rosario, Sala III, Febrero 28-997, L.L. t. 1999-B, pág. 273 y sgts. En el mismo sentido, puede citarse al fallo “Banco de Crédito Argentino S.A. c/ Suárez, Humberto M. y Otra s/ Ejecución Hipotecaria”, fallado por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de la 6º Nominación de la ciudad de Rosario (inédito), en fecha 8 de Agosto de 1996.

montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios” (art. 2º, ley 24.240 reformado por la ley 26361).

Más complejo resulta determinar técnicamente la calidad de “usuario financiero”; y, si bien en un primer momento existieron puntos de vista divergentes, en la actualidad hay consenso en entender que quedan comprendidas en el concepto todas aquellas personas vinculadas o expuestas a la actividad que presta el proveedor en los términos de la ley 24.240, sea que se trate de operaciones “activas” (vg. préstamo de dinero con fines de consumo, con o sin destino específico), de operaciones “pasivas” (vg. depósitos de dinero a interés, cualquiera fuera su modalidad), o de operaciones “neutras” (negocios que implican la prestación de servicios “directos” por parte de la entidad financiera -vg. el uso de la sala de firmas o la contratación de una caja de seguridad bancaria, entre otros-)²¹.

El reconocimiento de la existencia de una relación de consumo no es un tema menor: el mismo conlleva la consiguiente aplicación de numerosos principios y normas propios de este microsistema²², los que (en ciertas circunstancias) pueden llevar a encontrarse en franca oposición con soluciones del derecho común (el deber de brindar una información adecuada y veraz, la configuración de un factor objetivo de responsabilidad -y sus eximentes- en relación a toda la cadena de sujetos coligados al servicio prestado, el principio de interpretación a favor del consumidor, el deber de colaboración agravado del proveedor y la regulación específica de las cláusulas abusivas, entre otros).

De esta manera, y conforme lo reseñado, entiendo plenamente aplicables a la situación fáctica planteada en la causa las normas de tutela a los consumidores y usuarios.

VII.- Seguidamente, y ya adentrándome en los planteos formulados en la presente causa,

21LORENZETTI, RICARDO, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III p. 429.

22Se entiende por microsistema jurídico a los “*pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)*” (NICOLAU, NOEMÍ L.; *La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado*, en Revista de Estudios del Centro, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Nro. 2, 1997, p. 80.).



Poder Judicial

entiendo pertinente en primer término determinar si se ha acreditado en el proceso que fue la actora quien llevó adelante las operaciones objeto del litigio y, en caso que no pueda demostrarse dicha circunstancia (e infiriendo la intervención de un tercero en maniobras fraudulentas), si cabe algún tipo de responsabilidad o imputación en cabeza del banco demandado.

VI.- a) Sostiene el actor que no ha sido el autor de las operaciones hoy en debate (específicamente la solicitud de un préstamo por medios electrónicos y/o digitales y la posterior transferencia de las sumas acreditadas a terceros), aseverando la demandada (en su argumento en la contestación de la demanda) que ha sido la primera quien realizara las mismas.

Ahora bien, las operaciones desarrolladas a través de la banca electrónica quedan encuadradas en el marco de la ley 25.506, art. 5, norma que define la llamada firma electrónica (por contraposición con la firma digital)²³ y que es el sistema que el propio demandado ha implementado para la realización de operaciones electrónicas.

En tal sentido cabe recordar que la citada norma (art. 5 LFD) establece luego de definir la firma electrónica que “en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

Considero que tal es la situación que se ha planteado en esta causa, donde el actor expresamente (y en más de una ocasión) ha desconocido ser el autor de las operaciones electrónicas (imputadas a su parte debido a la supuesta firma electrónica que se le atribuye en el sistema creado por el demandado) que se le pretenden endilgar.

En dicho contexto, y conforme lo dispone la normativa vigente, pesa sobre los hombros de la demandada (en el caso el NBSFSA) acreditar que la operación realizada ha sido efectuada por el actor²⁴, resultando insuficiente a tal fin la referencia a sistemas internos

23“ARTICULO 5º – Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital...”

24En este mismo sentido, Juzgado Civil, Comercial y Familia de San Francisco 3ª, 11/02/2022, “ U. N. M. c/ Banco Bbva Argentina S.A. s/ abreviado – otros – tram oral – expte. 10176944”, Cita: MJ-JU-M-136171-

de validación de la entidad.

Ratifica este criterio lo dispuesto por el régimen de tutela del consumidor cuya normativa en materia de cargas probatorias concluye en el art. 40 LDC, último párrafo, que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena; y en el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores "...aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". En estos términos, corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares, pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor.²⁵

Adviértase que en el caso la demandada, conforme lo manifestado por Eduardo Jesús Piro -Ingeniero en Sistemas Informáticos- en su informe pericial (pág. 195 y 200) "la entidad bancaria demandada no le proporcionó a este perito la información necesaria para evacuar en su totalidad los puntos periciales propuestos por las partes...", todo lo cual resulta contrario a lo establecido por el art. 53 LDC (como también señala en su dictamen el Ministerio Público Fiscal). De tal forma no advierto que el banco demandado acredite motivos o justifique razones que permitan imputar las operaciones en crisis al cliente actor (arg. arts. 287 y 288 CCyC), limitándose a decir que el uso de las claves y productos son personales e intransferibles.

Se advierte entonces que el contrato de préstamo bancario fue concertado sin la intervención del actor, de modo que no resulta vinculante para su parte. La celebración del mismo por parte de un tercero -ciberdelincuente- simulando la voluntad -aceptación- del

AR | MJJ136171 | MJJ136171.

25Conf. SCJBA Causa "G., A. C. c. Pasema SA y otros s/ daños y perjuicios", C. 117.760, sent. del 01/04/2015.



Poder Judicial

accionante, fue posible debido a los incumplimientos en los que incurrió la contraria y fueron detallados precedentemente.

En síntesis, el préstamo requerido jamás fue suscripto por su parte de manera ológrafa o mediante firma digital. Una vez que el delincuente ingresó a su cuenta, firmó electrónicamente la operación, donde muy bien sabe el Banco demandado que no puede tener un grado alto de certeza de quién es la persona que se encuentra del otro lado del dispositivo al momento de ejecutar la firma y que, a su vez, efectivamente esté prestando su consentimiento.

Ya he referido que en tal caso no puede considerarse al préstamo como un documento firmado en los términos del CCyCN (arg. art. 288 y ley 25.506). De esta manera, podemos concluir que en el caso de autos:

- a. No existe contrato de préstamo. Tal como nuestro Código Civil y Comercial establece, el requisito para que exista un contrato es el acuerdo de voluntades manifestado mediante un consentimiento que crea, regula, modifica, transfiere o extingue relaciones jurídicas patrimoniales.
- b. No hay consentimiento, ya que el mismo requiere una conducta de las partes contratantes que manifiesta la existencia de un acuerdo.
- c. No hay una firma que pueda atribuirse al actor, quien desconoce la contratación y las condiciones del préstamo. La manipulación de los datos bancarios se realizaron sin su voluntad, bajo un engaño, en consecuencia, al faltar uno de los requisitos estructurales del acto, la voluntad, el mismo es ineficaz o inexistente (1025 CCyC, por analogía) y, por tanto, las demás operaciones derivadas de ese préstamo devienen inválidas e ineficaces, en orden a que el vicio de la voluntad infecta la causa de los aparentes actos jurídicos de solicitud de crédito y transferencias a terceros.

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar la inexistencia del acto, el cual ni siquiera debe ser cumplido por quien se arrogó falsamente la calidad de ser el actor, más allá de las responsabilidades que le quepan²⁶ y de las demás operatorias que derivaron del

²⁶ HERNÁNDEZ, Carlos A.; “Contratos en el CCyC de la Nación”, Noemí Nicolau y Carlos Hernández,

mismo, toda vez que jamás brindó su consentimiento, lo que se adiciona a que fue suscripto mediante una firma electrónica que de manera alguna se puede vincular a su persona.

Que sentado ello y tal como con fue puesto a disposición por la actora, deberá restituir al Banco de Santa Fe SA el importe restante que resulta del depositado por el Banco \$530.000 y las transferencias realizadas que suman \$340.000 el cual asciende a \$190.000.

Determinada de esta forma la ausencia de autorización en cabeza del actor, corresponde inferir si, considerando que eventualmente ha sido un tercero quien ha llevado a cabo dichos actos a través de un proceder fraudulento (estafa digital o phishing), si cabe imputar responsabilidad alguna al banco demandado.

VII.- b) Plantea en este sentido la demandada que ha obrado diligentemente, conforme las pautas reglamentarias existentes y tras reiterar que el autor del hecho fue el actor, indicó que para el caso que fuese sido realizado por un tercero, fue el mismo actor el que le proporcionó sus datos personales e intransferibles incumpliendo contractualmente con el banco y que en cuyo caso se habría configurado un supuesto de hecho o culpa de la víctima por el cual no debe responder o de un tercero, lo que también la eximiría de responsabilidad.

Me permito diferir con tal postura.

En efecto, conforme las constancias de la causa advierto que el demandado no ha cumplido con su obligación de prestar los servicios conforme las condiciones legales y contractuales pactadas (art. 19 LDC), no ha cumplimentado con su obligación de custodia sobre el dinero depositado incumpliendo con el deber de confianza que pesa sobre sus hombros (art. 1067 CCyC), se ha violado la obligación de seguridad y la tutela de los intereses económicos del consumidor (arts. 5 y 40 LDC y 42 CN), se ha incumplido con la obligación de informar y advertir (arts. 42 CN, 4 y 6 LDC, 1100 y 1107 CCyC) y se ha incumplido el deber de prevención del daño que se impone a toda persona (art. 1710 y ss. CCyC).

Asimismo, a todo ello debe adicionarse la ausencia de un trato equitativo y digno para con

directores, Ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 314.



Poder Judicial

el actor, previo al planteo del presente proceso así como durante su desarrollo (arts. 42 CN y 8 bis LDC).

Cabe seguidamente analizar esta reseña.

VII.- b.1) Resulta actualmente innegable que la contratación por medios electrónicos debe ser calificada como un servicio riesgoso en los términos del art. 1757 CCyC, demandando en tal sentido el estricto cumplimiento del art. 1107 del CCyC, normas siguientes y concordantes.

Adviértase que es la propia Autoridad de Aplicación de los Servicios Financieros, el BCRA, quien a través del Informe sobre Protección de las Personas Usuarias de Servicios Financieros²⁷, enuncia y refiere a numerosos riesgos que afectan la actividad bancaria. Así, por ejemplo, con relación a las normas sobre “Sistema Nacional de Pagos – Transferencias” en su punto 5.1.2. se establece que las entidades financieras pueden aplicar bajo su responsabilidad el diferimiento, rechazo o reversión de débitos y/o créditos como medidas adicionales a las medidas de seguridad que hayan adoptado de acuerdo con los perfiles de sus clientes, las características de sus cuentas, los movimientos que efectúen normalmente y otros criterios. Adicionalmente, en el punto 5.1.3. en materia de la política “conozca a su cliente” se contempla la posibilidad de tomar recaudos especiales, de manera previa a la efectivización de una transferencia, **con el fin de minimizar el riesgo**²⁸.

También cabe ponderar la regulación vinculada con “Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los Riesgos Relacionados con la Tecnología Informática, Sistemas de Información y Recursos Asociados para las Entidades Financieras” (Última comunicación incorporada: “A” 7370). Donde también se hace referencia a **los riesgos que dicha actividad dimana**²⁹. Cabe recordar que el propio informe pericial informático

²⁷<https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Informe-proteccion-personas-usuarias-SF-2021.pdf>

²⁸El destacado me pertenece.

²⁹Nuevamente el destacado me pertenece.

producido destaca que el BCRA considera el canal electrónico como uno de los de mayores riesgos (pág. 526 y ss. punto 12 de la demandada y pág. 664 y ss. punto 12 de la demandada).

También la doctrina sostiene que las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como cosa riesgosa, ponderando especialmente los medios empleados o las circunstancias de su realización³⁰. Y, desde tal óptica, ponderando que dichas plataformas generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial, así como que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral y muchas veces imponiéndolos al consumidor, se justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias³¹.

Tal ha sido la conclusión a la que se arribara en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 5: Derecho de los consumidores), donde se asevera que, en virtud del principio protectorio, el art. 1107 in fine del CCCN debe ser interpretado en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electrónico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza (Conclusión 2.5 unánime).

Y, finalmente, la jurisprudencia también ha seguido esta línea³², destacándose que los eventuales descuidos o conductas del consumidor (usualmente incentivados por terceros) no pueden calificarse como un factor de interrupción del nexo causal ya que las secuencias dañosas se producen por la inobservancia de los deberes de vigilancia de la entidad bancaria³³, además de ser hechos (o conductas) previsibles para el proveedor en el marco de

30Arias, Carolina Isabel; Gerscovich, Carlos G., "Responsabilidad bancaria en entornos digitales", Publicado en: RCCC 2021 (septiembre), 5.
31Stiglitz, G., Hernández, C., Barocelli, S., La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015.

32CCyC de Pergamino; "Piccardo, María Albertina c. Banco Santander Río S.A. s/ Nulidad acto jurídico", 27/09/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/149929/2022, entre otros.

33CCyC de Pergamino, "Piccardo, María Albertina c. Banco Santander Río S.A. s/ Nulidad acto jurídico", 27/09/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/149929/2022.



Poder Judicial

estos sistemas.

De tal forma, y en el entendimiento que el art. 1107 CCyC reconoce que el uso de canales electrónicos implica incurrir en determinados riesgos cabe inferir que la distribución de éstos no puede violar las pautas del art. 37 LDC y 988 CCyC, ss. y cc., no quedando otra opción que imputar los mismos en cabeza del proveedor.

Cuando se utilizan tecnologías, el uso que de ellas se haga debe ser seguro, por lo que se requiere que el consumidor conozca cabalmente cuáles son las condiciones normales para su uso, que domine su utilización, que se le informe cómo hacerlo correctamente, y cuáles son los riesgos que puede sufrir su seguridad y qué mecanismos preventivos debe tomar³⁴.

En efecto, más allá del caso concreto, es de público conocimiento que lamentablemente no es éste un incidente aislado, evidenciándose numerosos reclamos y denuncias por estafas electrónicas contra las entidades bancarias.

Cabe destacarse la Resolución 219/2022 de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, en la que se dispone (ante el incremento de reclamos y operaciones sospechosas basadas en características del perfil y el patrón transaccional del cliente) una serie de recomendaciones al Nuevo Banco de Santa Fe para que, en el marco de las regulaciones existentes, incrementen las acciones para que las operaciones mediante canales electrónicos brinden seguridad a sus clientes³⁵.

No puede dejar de considerarse que entidades como la demandada ofrecen múltiples canales de contacto³⁶: formulario de contacto electrónico, correo electrónico institucional, sitio web, redes sociales, mensajería instantánea, etc. Lo reseñado no hace sino diluir la certeza del consumidor de estar comunicado por una vía segura por lo que es el proveedor quien debe asumir la situación que genera su política comercial y de

³⁴FALEIRO, Johanna Caterina y BAROCELLI, Sergio S.; "La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales de Internet", LL 2017-B, 275.

³⁵<https://www.defensoriasantafe.gob.ar/normativas/resoluciones/recomendar-al-nuevo-banco-de-santa-fe-sa-que-en-el-marco-de-las-regulaciones>

³⁶Baste para verificar ello acceder a la página web del banco (<https://www.bancosantafe.com.ar/personas>).

comunicación, procurando evitar que la misma sea generadora de riesgos: le cabe al proveedor soportar las contingencias que su iniciativa importa, como contrapeso de los beneficios³⁷.

En síntesis, se advierte la existencia de un riesgo propio del servicio o actividad brindada ante el cual daños como el configurado en la causa mal pueden considerarse ajenos, dado que no son ni imprevistos, no imprevisibles no externos a la cadena de comercialización formada, creada y/o impuesta por el proveedor.

VII. b.2) Cabe también considerar, como se ha destacado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión Nro. 3: Responsabilidad derivada en la Pandemia. Función Preventiva de Daños), conclusión Nro. 8 (Tutela Preventiva y Relaciones de Consumo) que la pandemia generó una ampliación de la contratación a través de plataformas digitales; en ese contexto, corresponde resaltar que en la medida que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor) se presume su responsabilidad³⁸.

Tal entiendo que es la situación generada en la presente causa donde el proveedor delega en el consumidor (devenido en prosumidor³⁹) funciones o tareas que otrora le eran propias, pretendiendo además eximirse de las consecuencias de éstas, especialmente cuando se trasladan del profesional (proveedor) al profano (consumidor), quien no se acredita que haya sido debidamente capacitado a tales fines.

El término prosumidor es un acrónimo formado por la fusión de las palabras productor (o

37TAMBUSSI, Carlos E., "Responsabilidad objetiva de las plataformas de venta en la web"; TR LALEY AR/DOC/2269/2021.

38QUAGLIA, Marcelo C.; "El impacto de las nuevas tecnologías en algunas de las conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Privado Nro. 16: El derecho y las nuevas tecnologías", Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, Ed. IJ Editores, marzo 2023, <http://bit.ly/3LUDasr> (<https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=01ba6d1bcf3d4b30bad0e09e71288ce7>).

39Alvin TOFFLER acuña el término en su obra "La Tercera Ola", Plaza y James Editores, 1995 y, si bien la edición original en inglés es de 1980, ya había referido al fenómeno con anterioridad ("El shock del futuro", Palza y James Editores, 1973 –edición original en inglés de 1970–).



Poder Judicial

profesional o proveedor) y consumidor⁴⁰ y, si bien es posible de más de un significado⁴¹, referiré al mismo como el consumidor que realiza una actividad que agrega valor al bien o al servicio que está recibiendo, valor que no conlleva per se una transacción monetaria pero que, en algunas situaciones, implica una detracción de los costos de producción o de los recursos que, de otra forma, estarían en cabeza del proveedor.

Principalmente dos son las cuestiones por ponderar ante la configuración de este fenómeno (especialmente cuando la actividad que se delega se desarrolla en los llamados entornos digitales): el principio de equiparación de derechos (art. 1 inc. 14 de la Res. 36/2019 Mercosur, internalizada por la Res. 310/2020 SCI y Directriz I, núm. 63 de las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor) y el principio de prevención del daño (art. 8 inc. 1 de la Res. 36/2019 Mercosur, internalizada por la Res. 310/2020 SCI).

Con relación al primero básicamente se demanda igual protección en entornos físicos que virtuales para el consumidor: se le debe brindar al usuario un grado de seguridad similar al que existiría si es que la operación se hubiese perfeccionado ante una persona física empleada del banco⁴²; correspondiendo determinar si, en un entorno físico las operaciones de estafa pergeñadas hubieran sido materialmente posibles de llevar a cabo.

Y es que, si en un establecimiento comercial se produce un hecho que afecta la integridad física o el patrimonio de un consumidor, el proveedor titular del establecimiento será responsable en virtud de la obligación de seguridad, por imperio de los arts. 42 CN y 5 LDC. Luego, ¿cuál será el argumento para apartarnos de esa regla en

⁴⁰<https://www.fundeu.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>.

⁴¹El término admite diversas acepciones, tales como "un consumidor que participa en el proceso de diseño de los servicios o productos consumidos y que ha encontrado en el mercado digital el ambiente perfecto para desarrollarse. Además, es aquel que puede emitir una opinión sobre tu empresa en la red e influenciar positiva o negativamente a otras personas de acuerdo con su experiencia con tu marca" (<https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>) o persona que actúa fuera del marco profesional, aunque volcando al mercado lo que le excede o no consume (GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, "El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases", en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, p. 74).

⁴²CHAMATROPULOS, Demetrio A.; "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", RCyS 2010-IX, 95.

el comercio electrónico, donde en virtud del anonimato, la falta de inmediatez y la cuestión técnica predeterminada por el organizador dichos riesgos se ven especialmente acrecentados?⁴³.

Ya ha reseñado en otras oportunidades nuestro Máximo Tribunal que, quien desarrolla la prestación u organiza la modalidad del servicio asume a su cargo el deber de seguridad del mismo: no es razonable participar de los beneficios trasladando los riesgos, las externalidades negativas deben ser soportadas por quien las genera, no por el resto de la sociedad⁴⁴.

Asimismo, con relación a la prevención de daños, y como ya se ha destacado, las denuncias por fraudes o estafas bancarias crecieron notablemente en los últimos años por lo que resulta inexplicable la pasividad de los bancos, al no adoptar otras acciones positivas en la prevención del daño social⁴⁵.

Es así como, en materia de prevención del daño, y en este contexto reseñado (delegación en el prosumidor en entornos digitales), se advierte claramente que, con el alcance del art. 1710 y ss. del CCyC, los presupuestos mínimos establecidos por la reglamentación del BCRA, no resultan suficientes.

Tal ha sido la consideración que se formulara por parte del perito informático, que afirma que: “El banco tiene las herramientas para implementar mayor cantidad y mejores medidas de seguridad. Podrían poner en funcionamiento un potente sistema de alertas o sistemas de detección que, por ejemplo, permitiera verificar si se accedía a la cuenta del cliente desde un dispositivo diferente o si se realizaban operaciones que no correspondían con el perfil habitual del cliente. Medidas que podrían minimizar los peligros de operar en canales electrónicos que el mismo BCRA lo considera como uno de los canales que representan un

43ESTEVARENA, E. BAROCELLI, S. S.; “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, LL 2018-C, 180.

44CSJN, 6/3/2007, Fallos 330:563.

45Con cita de SAIRES, Gustavo y HÉCTOR, María; “Juzgamiento de la obligación de seguridad de los bancos con un triple fundamento de fuentes, constitucional, legal y reglamentaria”, Microjuris 30/05/2022.

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/06/01/doctrina-juzgamiento-de-la-obligacion-de-seguridad-de-los-bancos-con-un-triple-fundamento-de-fuentes-constitucional-legal-y-reglamentaria/>.



Poder Judicial

mayor nivel de riesgo. Los sistemas informáticos bancarios pueden ser vulnerados a través del engaño del cliente (phishing y otras técnicas de ingeniería social) aprovechándose de una debilidad de los sistemas por la no utilización de otras medidas de seguridad que podrían prevenir y evitar este tipo de delitos o estafas. La utilización de certificados digitales para autorizar las transacciones, tecnología ya implementada y conocida en banca empresas es una de las mejores herramientas para evitar y prevenir la mayoría de las estafas bancarias que ocurren actualmente” (vide punto 11 de la pericia informática de pág. 199 vta/200). También indica requisitos extraídos de la web <https://www.macroseguridad.net/industria/industria/financieros.php> para que el banco garantice al usuario los elementos de seguridad necesarios, a los cuales me remito.

Nada de ello se ha acreditado como cumplimentado en esta causa.

Cabe recordar en este sentido que el dictamen del experto -que no ha sido impugnado por las partes- reviste fundamental importancia y para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el perito, debe tener razones fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos en cuanto que el informe comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito y técnicamente ajena al hombre de derecho, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir en forma determinante el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado. En este sentido: “Aún cuando no está obligado el juzgador a atenerse a las conclusiones arribadas por la pericial, no corresponde desdeñarla atento la rigurosa objetividad que ella presenta, máxime cuando no existen otros elementos probatorios relevantes que afecten la convicción que produce”⁴⁶.

Asimismo, se ha destacado que el deber de cuidado exigible a las instituciones bancarias

46C.Civ. Y C. S. Fe, Sala 3°, 30.12.87. Mazzarello Norberto c/ Panadería y Conf. El Porvenir S.R.L. s/ Juicio Ordinario. T. 48, J-201. Rep. Zeus T. 8, pág. 1025, citada en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Tomo 1, Peyrano, Jorge W, director, Vázquez Ferreyra, Roberto, coordinador, Editorial Juris, año 1996, pág. 562.

no se agota en el mero cumplimiento de las normas mínimas regulatorias, no siendo admisible su invocación como eximente de responsabilidad⁴⁷ y especialmente cuando la experiencia evidencia la repetición de situaciones que demandan un incremento en las acciones de prevención y seguridad (remito en tal sentido a los numerosos casos generados y acreditados en la causa).

Dicha posición no sólo ha sido sostenida en la doctrina, sino que también ha sido receptada jurisprudencialmente, aseverándose que los bancos cargan con el indelegable deber de seguridad a los fines de evitar este tipo de delitos; no basta con ampararse en el cumplimiento de las normas bancarias predisuestas para liberarse de su responsabilidad, sino que, por el contrario, deben ultimar los recursos y las técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros⁴⁸.

No debe dejar de ponderarse que la obligación de seguridad (cuya operatividad y goce directo ya he reseñado) se constituye como una obligación de resultados por lo que, acreditado el daño y su configuración en el contexto de la relación de consumo (arts. 42 CN y 5 LDC) cabe presumir una falla en los sistemas de (justamente) seguridad brindados por el banco demandado⁴⁹.

Y es que la obligación de seguridad en los contratos de consumo en la web genera deberes de gestión de riesgo creado, más aún cuando su proyección tiene alcance colectivo: existe un deber de desarrollar herramientas de prevención y neutralización de daños adecuadas a su potencialidad dañosa (aptitud para provocar daños) de las herramientas informáticas utilizadas por el proveedor de servicios o puestas por éste en manos de los consumidores⁵⁰. Es por ello que, partiendo de las medidas de seguridad mínimas obligatorias (justamente calificadas como mínimas por el BCRA), debe proyectarse las que resultan adecuadas y

47CHAMATROPULOS, Demetrio A.; "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", RCyS 2010-IX, 95.

48Cám. 2da. CyC de La Plata, sala II, 5/5/2022 TR LALEY AR/JUR/63863/2022.

49CNac. Com., sala F, 17/5/2018, La Leyonline AR/JUR/19901/2018.

50GELCICH, Marcelo G.; "Acceso seguro al ecosistema digital en la pandemia COVID19", Colección "Pensar la Pandemia: Inspirar esperanza en tiempos de crisis", Universidad Católica de Santa Fe, ISBN 878-950-844-205-5, año 2021, p. 44.



Poder Judicial

necesarias conforme las circunstancias generales y particulares, según surja del estudio y análisis de la seguridad que las propias entidades deben desarrollar⁵¹.

Quien organiza y controla las particularidades del servicio prestado a los consumidores y usuarios es la propia entidad bancaria como proveedora, quien deberá determinar en su carácter de profesional las medidas de seguridad idóneas según las circunstancias de tiempo y lugar de prestación del servicio, las que ingresan en su órbita de organización y control, considerándose a la entidad con aptitud suficiente para diseñar y fiscalizar las mismas⁵².

Cabe en tal sentido recordar que los consumidores concurren a una entidad bancaria debido a la confianza que la misma genera ante una actividad tan sensible, y especialmente dada su calidad de profesionales en la materia: las personas contratan con los bancos en función de su profesionalidad, apariencia de seriedad y seguridad que detentan⁵³.

No debe obviarse en tal sentido que la carta orgánica del BCRA (art. 4 inc. h, ley 24.144) determina que son funciones y facultades del banco proveer a la protección de los derechos de los usuarios y servicios financieros, norma que responde a la tutela de los derechos constitucionales contenidos en el art. 42 CN, específicamente el deber de seguridad, el trato digno y equitativo y la tutela de sus intereses económicos, norma que ha sido calificada como operativa y de goce directo⁵⁴.

Conforme lo reseñado, advierto que el deber de prevención del daño no se ha cumplido cabalmente en el presente.

51NISNEVICH, Alejandro D., "Responsabilidad de los bancos por el incorrecto funcionamiento de los cajeros automáticos", La Ley Córdoba 2014 (julio), 614, LALEY AR/DOC/2180/2014.

52RASCHETTI, Franco; "Proyecciones a la actividad bancaria de la obligación de seguridad en materia de defensa del consumidor" RCCyC 2021, 39 TR LALEY AR/DOC/2297/2021.

53Nac. Com., sala E, 28/8/2009, TR LALEY 70056193.

54Así se estableció en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2: Responsabilidad por la Actividad Industrial con relación a la obligación de seguridad, afirmación que me permito hacer extensiva a los demás derechos consagrados.

VII. b.3) Advierto también que se ha incumplido con el deber de trato digno y equitativo que se impone en cabeza del proveedor y a favor del actor (arts. 42 CN, 8 bis LDC y 1097 CCyC).

El trato digno al consumidor demanda adoptar las medidas adecuadas y suficientes para que el cliente sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes se encuentran en particulares situaciones (menores, personas con discapacidad, etc.), como puede ser la condición de quien no tiene la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece (o a veces impone).

De tal forma se impone la adopción de medidas concretas para evitar la producción y reiteración de situaciones que ponen en riesgo a la persona del consumidor⁵⁵ o su patrimonio, situación que se evidencia en la causa donde la potencialidad dañosa de los medios tecnológicos (brindados por el propio proveedor) sobrepasa largamente la capacidad de prevenir, perseguir e investigar los hechos por el mismo consumidor.

Cabe en este punto recordar que si bien parte de la doctrina ha calificado al consumidor digital como un hipervulnerable⁵⁶, conforme lo concluido unánimemente en las XXVIII Jornadas Nacionales del Derecho Civil (Mendoza 2022) la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, se ha determinado que dichos factores podrían incrementar la original situación de vulnerabilidad⁵⁷ (también llamada vulnerabilidad estructural), situación que el proveedor debe ponderar oportunamente.

Tobías ha advertido oportunamente la magnitud de los riesgos que se derivan de la implementación de los avances científicos y las nuevas tecnologías para con los derechos

55CSJN, 22/4/2008, "Ledesma c/ Metrovías S.A.", considerando 8 a 10.

56MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXIII100 y BAROCELLI, Sergio Sebastián en "Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales" en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor "Hacia el Código nacional de defensa del consumidor", p. 7.

57Conclusión 2.1 de la Comisión 5

(<https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>).



Poder Judicial

personalísimos, invocando como antídotos relevantes de ello la información y la educación⁵⁸, cuestiones que no advierto cumplimentadas por la demandada en el caso.

En el caso no puede obviarse además que el actor es un adulto mayor (conforme se desprende de las constancias de la causa y de la declaración testimonial de la Sra. Schweizer de pág. 231), circunstancia que muchas veces lo coloca en una situación de vulnerabilidad ante los progresos tecnológicos y científicos que demanda una discriminación positiva (tutela diferenciada) por parte no sólo del Estado (vg. art. 75 inc. 23 CN y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores) sino también de los proveedores de bienes y servicios⁵⁹.

Como destaca Bessone, las 100 Reglas de Brasilia contemplan el envejecimiento como una causa de vulnerabilidad ante especiales dificultades, como lo pueden ser las barreras que imponga el entorno económico y social (en el caso, me permito agregar, las nuevas tecnologías) para que el adulto mayor pueda ejercitar sus derechos⁶⁰.

Es por esto que debe considerarse, como lo ha destacado señera doctrina y jurisprudencia, que la edad de las personas es un elemento o factor que siempre ha gravitado en el Derecho⁶¹, entendiéndose que deben contemplarse los flancos vulnerables de los adultos mayores, a fin de tutelar su protagonismo e interacción en base a los derechos que se les asignan⁶².

A ello debe adicionarse la evidente falta de colaboración del proveedor en el transcurso del proceso (remitiéndome a tal fin a lo informado en la pericial informática producida en cuanto a que no ha aportado la información necesaria para evacuar la totalidad de los puntos periciales), así como la falta de una respuesta eficiente y concreta ante los

58 TOBIAS, José W.; "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", TR LALEY AR/DOC/3474/2020.

59 Puede consultarse al respecto BESSONE, Nancy M.; "La necesaria protección de la dignidad y autonomía de las personas adultas frente a los avances tecnológicos", LL 2023-A, 356.

60 BESSONE, Nancy M.; "La necesaria protección de la dignidad y autonomía de las personas adultas frente a los avances tecnológicos", LL 2023-A, 356.

61 MORELLO, Augusto M.; "La senectud, de cara al derecho" LL 2002-E, 1211.

62 SCBA, "Rojas c/ Caja de Retiros y Jubilaciones y Pensiones Prov. de Bs. As.", 29/12/2008.

planteos extrajudiciales y judiciales del actor, a quien a mayor abundamiento se le imputan supuestas inconductas y por tanto responsabilidad . Baste en este sentido destacar que por auto Nro 1139 de fecha 25/10/2021 obrante en la medida cautelar conexas (prorrogado por auto Nro 27 de fecha 08/02/22 dictada en los presentes) se dispuso ordenar al NBSF que se abstenga de efectuar/continuar efectuando descuentos/retenciones/débitos sobre la/s cuenta/s sueldo caja de ahorro con fundamento al crédito objeto de los presentes. Sin embargo, tal como informa la demandada el contrato de mutuo fue pasado a “Gestión y mora”.

Determinada de esta forma la configuración de responsabilidad en cabeza de la demandada corresponde meritar y ponderar los daños y perjuicios reclamados.

VIII.- Reclama la actora daño patrimonial, no patrimonial y la imposición de una sanción punitiva (daño punitivo). Determinaré separadamente cada uno de los rubros demandados.

VIII.- a) Gastos no documentados y gastos de mediación: solicita la actora el pago de \$34.962 en concepto de gastos no documentados. Entiendo corresponde hacer lugar al presente rubro ya que, si bien no obra prueba concluyente que dé cuenta de determinadas erogaciones, se presume que se efectuaron gastos de traslado, misivas, etc., no siendo la falta de prueba obstáculo para indemnizar este rubro, a fin de no vulnerar el derecho a la víctima a ser resarcida en forma plena (art. 1740 del CCyC). Que los mismos generarán los intereses que se establecen más abajo desde la fecha de interposición de la demanda.

En cuanto a los gastos de mediación, solicita la suma de \$15.630, acompañando factura de la medidora Bonifazi Gabriela a pág. 13 vta, los cuales también deben ser admitidos (arg. art. 30 ley 13.151). Que los mismos generarán los intereses que establecerán más abajo desde la fecha de su emisión.

VII.- b) Daños patrimoniales: solicita la actora la restitución de las 7 cuotas descontadas de sus haberes al actor cuyo origen es el préstamo personal no solicitado el que asciende a \$235.251. Que atento a las constancias de autos, corresponde hacer lugar a lo solicitado debiendo restituirse a la actora cada una de las cuotas debitadas, con más los intereses que



Poder Judicial

se establecerán más abajo desde la fecha del débito de cada una de ellas y hasta su efectivo pago.

VII.- c) Reclama también la actora la reparación de los daños no patrimoniales (morales) padecidos, suma que cuantifica en \$231.000 por ser la suma que se detrajo de los haberes del actor.

Corresponde en primer término aclarar que, si bien se cuantifica un monto en la demanda, no debe dejar de ponderarse que la cuantificación formulada lo es en miras a lo que en Tribunal entienda conforme su leal saber y entender (el cual naturalmente se acotará a las resultas de las probanzas de autos), quedando por tanto su cuantificación al prudente arbitrio de este juzgador.

Efectuada dicha aclaración, cabe destacar que, conforme las circunstancias fácticas desarrolladas, el actor ha padecido afecciones y padecimientos que exceden los propios y corrientes que se generan en el ámbito de los negocios, evidenciándose claramente dicha circunstancia de la pericial psicológica producida a pág. 191 (remitiéndome con relación a su eficacia probatoria a lo ya reseñado con relación a la pericial informática, dando dichos argumentos por reproducidos). Así se reseña que el actor presenta una organización psíquica con mecanismos de defensa neuróticos, poniendo su estructuración psíquica sobre la base de controlar la angustia que el hecho le ha generado.

Que asimismo, de la declaración testimonial de la psicóloga Eva Schweizer celebrada por audiencia por zoom cuya acta obra a pág. 231 quien manifiesta que el Sr Barletta acude a consulta porque le estaba costando consultar el sueño debido a los problemas generados por la estafa que había sufrido con el Banco y las personas implicadas en la estafa. Manifestó que el diagnóstico presuntivo fue trastorno de ansiedad generalizado por el estrés que le ocasionó esa situación. Indicó un pronóstico favorable por tener buenos recursos simbólicos y cognitivos y pudo sobrellevar la situación excepto cuando aparece alguna situación que lo hace recordar a la estafa vivida que lo lleva a dejar de

conciliar el sueño.

Asimismo, no sólo deben ponderarse dichos impedimentos y molestias que sufrió el actor, sino también el valor tiempo que ha perdido, tanto en relación a la realización de diversos trámites vinculados con los hechos como también las cuestiones administrativas y/o judiciales que precedieron el inicio de esta acción⁶³.

A ello se adiciona la confianza digna de tutela jurídica que se ha visto frustrada por parte del consumidor, quien depositó justamente ésta en la calidad profesional del proveedor. Cabe recordar que nos encontramos ante un contrato por adhesión, caracterizado justamente por una desigualdad entre las partes, lo que evidenciaría la situación de vulnerabilidad de la parte débil para quien ciertas conductas y/o comportamientos (que en una relación paritaria no pueden sino calificarse como propias de los padecimientos y/o riesgos empresarios que la actividad conlleva) deberán meritarse como generadoras de la responsabilidad propia de este rubro.

En este sentido, es dable receptar la tesis propuesta por Zavala de González en relación con el tiempo que le ha insumido a la víctima el reclamo y la curación de sus lesiones (trámites judiciales y administrativos, esperas prolongadas, visitas a profesionales del arte de curar, etc.), tiempo en el cual se ha visto privado de desarrollar sus tareas habituales⁶⁴. Repárese que no nos referimos a una tarea lucrativa (supuesto que quedaría comprendido en el rubro patrimonial lucro cesante sobre el que ya referimos), sino a cualquier tipo de actividad que habitualmente la víctima desarrollaba pero que debió dejar de lado en razón del presente siniestro.

El mero hecho de esa circunstancia es considerado y valorado como un perjuicio suficiente para admitir la procedencia del rubro daño moral. De esta manera el rubro es prácticamente admitido per se ya que surge in re ipsa del hecho de que la víctima deba ocupar su tiempo en defender y plantear sus reclamos a la contraparte.

63 BAROCELLI, Sebastián; "El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor, Su cuantificación", publicado en Revista Jurídica de Daños, el 31/07/2013, cita IJ-LXVIII-871.

64 ZAVALA de GONZALEZ, Matilde; "Los daños morales mínimos", LL 2004-E, 1311.



Poder Judicial

Finalmente, y en orden a lo atinente a la cuantificación de la reparación, cabe advertir las dificultades que presenta la fijación del rubro en tanto su determinación se relaciona a la prudente ponderación por el magistrado de la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, resultando pertinente recordar que: “a los fines de la fijación del quantum, tiene reiteradamente dicho esta Sala que debe tenerse en cuenta la índole del hecho generador, la naturaleza resarcitoria de la indemnización, la cual no necesariamente tiene que guardar relación de proporcionalidad con la relativa al daño material -incluso puede faltar éste ya que el daño moral no es un elemento accesorio del daño material-, debiéndose evaluar las condiciones personales de la víctima tales como su edad, su condición social, sexo, entre otras consideraciones, y el sufrimiento y mortificación, aunque hayan sido temporarios”⁶⁵.

Conforme lo expuesto, y los parámetros enunciados, estimo la procedencia del rubro, el cual cuantifico conforme las constancias de la causa en la suma de USD 700, suma que podrá ser convertida a moneda de curso legal al momento de su pago conforme el tipo de cambio “Dólar MEP” o tipo de cambio similar a la fecha de liquidación (arg. art. 765 CCyC).

Cabe destacar que, justamente, el art. 722 CCyC admite que las deudas de valor (como la ponderada en este caso) sean expresadas en una moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico, herramienta que ya ha sido aplicada por la jurisprudencia⁶⁶ y que entiendo no se limita a supuestos en los que dicha moneda sea esencial en la obligación ni a situaciones de excepción (sin perjuicio de la existencia de la posición contraria⁶⁷), ya que donde la norma no discrimina no corresponde que el juzgador lo haga.

⁶⁵CCyC de Rosario, sala 1, “Salasevicius, Carlos A. contra S.E.M.T.U.R.”, Acuerdo N° 305/2014, con cita del precedente “Herrera c. SEMTUR s. Daños”, Acuerdo N° 169/2013, y reiterados en su actual integración en autos “Acosta c. Vargas”, Acuerdo N° 120/2018.

⁶⁶ CC1era.CCMPaz y Trib de San Rafael, RC J 5578/15 y CCC de Necochea, LL 2017-D-38.

⁶⁷ OSSOLA, Federico Alejandro, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo Luis Lorenzetti (Dir.), Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (Coord.), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, art. 772, pg. 159; y en Derecho Civil y Comercial, (Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, Dir.), ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2016, “Obligaciones”, §143, pg. 322.

Es que, como se ha señalado, la moneda extranjera encarna la función de dinero en sentido amplio y además, el art. 772 CCyC otorga expresa autorización legal para que se exprese en la misma la cuantificación de las deudas de valor⁶⁸. De esta forma, y sin incurrir en un mecanismo indexatorio (y prohibido por ley), entiendo puede preservarse el principio de reparación plena, considerando los avatares del mercado y la eventual dilación en el cumplimiento de la sentencia en que pueda incurrir el demandado.

VIII.-d) Finalmente reclama la aplicación de la sanción denominada daño punitivo.

En este sentido, habiéndose admitido la configuración del incumplimiento del art. 8 bis de la ley 24.240 y 1097 CCyC, la misma norma reconoce que las conductas que queden enmarcadas en su ámbito podrán ser pasibles de la imposición de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la ley 24.240.

Se ha señalado que “el art. 8° bis es la única norma de toda la ley de defensa del consumidor que menciona la multa civil fuera del art. 52 bis, en donde ella se encuentra regulada. Por lo tanto, debe razonarse que las obligaciones que establece este precepto en cabeza del proveedor deben ser cumplidas de modo estricto pues, de lo contrario, existe la posibilidad de que se le impongan daños punitivos de manera más probable que si se hubiese dejado de lado otra disposición del Estatuto del Consumidor”⁶⁹.

Así, en la gran mayoría de las ocasiones la violación de dicho precepto evidencia un grave menosprecio o indiferencia respecto de los derechos del consumidor, por lo que la aplicación del castigo ejemplar previsto por la norma se encontrará plenamente justificado⁷⁰.

Y es que, más allá de la vaguedad del texto normativo (art. 52 bis LDC), el proceder de la demandada configura una conducta especialmente reprochable, que entiendo va más allá de la negligencia pudiendo calificarse mínimamente de culpa grave, supuesto que admite la

68 MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs.As, 2016, pg.275/276; PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T°I, §143, pg. 460.-

69 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “Prácticas comerciales abusivas: una mirada casuística”, LA LEY 2016-A , 580.

70 CARRANZA TORRES, Luis R. Y ROSSI, Jorge O., “Derecho del Consumidor”, Alveroni, Córdoba, 2009., p. 128.



Poder Judicial

aplicación de la sanción⁷¹, conforme lo ya reseñado al momento de analizar la configuración de los arts. 8 bis LDC y 1097 CCyC.

Cabe en este punto que me remita a las consideraciones vertidas en el punto VII.b.3 de estos Fundamentos, destacando especialmente la calidad de adulto mayor del actor (en los términos de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. art. 2), circunstancia que impone un mayor deber de diligencia por parte del demandado en la necesaria tutela de sus derechos, de brindarle condiciones de igualdad con otros sujetos más avezados y de amparar su necesaria dignidad: consiste en un error equiparar a los vulnerables con quienes no lo son, resultando una manda de todos los operadores jurídicos brindar las soluciones propicias para paliar dicha desigualdad⁷², manda que entiendo debe extenderse también a la órbita del proveedor.

Y es que dicha condición permite enmarcarlo en la calidad de consumidor hipervulnerable⁷³, aseverándose que la aplicación de los daños punitivos y la especial vulnerabilidad de los consumidores se vinculan en una relación calificada como “simbiótica”⁷⁴, entendiéndose que los primeros constituyen un mecanismo de prevención especial para los consumidores con vulnerabilidad agravada⁷⁵. Así es como se ha planteado en el marco jurisprudencial que “la especial vulnerabilidad del consumidor es

71 En este sentido Álvarez Larrondo, Federico M.; “Daños punitivos por trato inequitativo e indigno”, LA LEY 2012-D , 613.

72 CSJN, 26/03/2019, “García c/ AFIJ s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, TR LALEY AR/JUR/1043/2019.

73 Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

74 Así MENDIETA, Ezequiel, COLAS, Lucas y SANSONE, Santiago; “Los daños punitivos como mecanismo de protección de los consumidores hipervulnerables”, en Barocelli, Sebastián –director–, Consumidores Hipervulnerables, El Derecho, Buenos Aires, p. 285.

75 Baste recordar que el leading case en la materia se plantea ante un consumidor que padece una discapacidad motriz (o sea, un hipervulnerable): CCyC de Mar del Plata, 27 de mayo de 2009, “Marchinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A.”, LL 2009-C, 647; confirmado por la SCJ BA Ac. 2078, sent. 6/11/2012.

un parámetro para la cuantificación de la sanción a imponer”⁷⁶.

Conforme lo expuesto, así como las constancias de autos, la gravedad del hecho (art. 52 bis ley 24.240), la naturaleza de la relación existente entre las partes, la actitud del requerido con posterioridad al hecho (XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1999), el perjuicio resultante, la posición en el mercado del infractor (art. 49 ley 24.240)⁷⁷, la conducta de las partes, la calidad de la actora y la demandada, y ponderando el carácter sancionatorio y disuasorio que caracteriza este rubro estimo el mismo en la suma de \$8.000.000, el cual se destinará a favor del actor.

Cabe determinar dos consideraciones con relación al monto cuantificado: en primer término destacar que la estimación que las partes determinen del mismo (especialmente al momento de interponer la demanda), en modo alguno es limitante para el Juzgador, ya que dada la falta de claridad de la norma que consagra el instituto, se ha entendido que la petición de daños punitivos resultará válida y justificada en cuanto se acredite un incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, quedando a criterio del Tribunal su admisibilidad o rechazo, así como su cuantificación conforme los parámetros vigentes en la materia (III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores).

Y, justamente tal es la segunda cuestión sobre la que me quiero detener: los parámetros de cuantificación.

En tal sentido suscribo a la posición argumentada recientemente por el profesor Krieger⁷⁸, quien afirma que, en los términos del art. 7 CCyC, corresponde aplicar retroactivamente la normativa vigente dado que el instituto se enmarca en el contexto del vínculo jurídico entre consumidor y usuario (no en el marco de las sanciones administrativas), tomando como

76 Cámara Civil de Córdoba, Sala V, del 31 de octubre de 2019, “Quiroga Crespo contra Banco Itaú”.

77Quien en su página web (www.santafe.com.ar/institucional) enuncia que el banco es la entidad financiera más importante de la provincia de Santa Fe y cuenta con la mayor cobertura territorial (96% de los habitantes). Asimismo junto con otros bancos conforma un grupo que se ubica entre las 10 principales entidades del sistema financiero.

78KRIEGER, Walter; “Diferencias entre las multas administrativas y los daños punitivos”, LA LEY 13/02/2023, 1.



Poder Judicial

principio fundamental la tutela de los derechos de los consumidores consagrada en el art. 42 CN y la defensa de la dignidad de la persona en las relaciones contractuales, como lo exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Vera Rojas v. Chile".

De tal forma, los parámetros de referencia para la cuantificación de la sanción no serían otros más que los determinados actualmente por el art. 47 de la LDC (modificado por la ley 26.361) determinando un rango que va desde los \$ 76.752 (0,5% del valor de la CBT Tipo 3) a los \$ 322.360.500 (2100 CBT Tipo 3)⁷⁹.

VIII.- e) Intereses.

Corresponde determinar los intereses a aplicar a las sumas admitidas en autos.

En tal sentido cabe recordar que las deudas de valor (en la que queda comprendida el daño no patrimonial o moral) son aquellas en las que no hay una referencia inicial a una cantidad de dinero, sino a un valor, y donde el dinero aparece sólo como sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con un valor intrínseco⁸⁰.

Así, hasta el momento de su determinación, la deuda de valor es susceptible de experimentar los ajustes que permitan una adecuada estimación del valor adeudado, debiendo realizarse dicha determinación en correspondencia con el que sea el valor real y actual de la utilidad patrimonial abstracta. Una vez "liquidada" la deuda, cambia la índole de la obligación por razón de su objeto, convirtiéndose en obligación de dar dinero, quedando de ahí en más sujeta al principio nominalista. Queda así cristalizado el objeto debido y resultando convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

En este sentido, teniendo en cuenta que en la deuda de valor el capital es reajustado, los intereses correspondientes a dichas obligaciones deben ser calculados con una tasa especial, reducida respecto de las del interés corriente -que abarca, entre otras, la tasa de depreciación-, procediendo aplicar únicamente el interés puro que corresponde a la renta

⁷⁹https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_12_22538EEA_F4A3.pdf

⁸⁰ ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto; "Derecho de Obligaciones - civiles y comerciales-", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2da. edición actualizada, pág. 484.

del capital⁸¹.

De esta forma, en virtud de lo dispuesto por el art. 772 CCyC y los argumentos expuestos, las mencionadas deudas de valor devengarán desde el día del hecho (la que determino en el momento de adquisición de la primera notebook, el 23 de marzo de 2017) y hasta la fecha su cuantificación (momento en el cual se determinen en moneda de curso legal los valores condenados) un interés equivalente al 10% anual. Si bien en otros pronunciamientos he fijado una tasa inferior (8 %), la exasperante situación inflacionaria que atraviesa la economía del país me ha llevado a rever la cuestión y a aumentar la tasa porcentual en dos puntos⁸². Asimismo, y desde dicha cuantificación, momento a partir de la cual se consideran deudas de dinero (arg. art. 772 CCyC), se aplicará el interés que a continuación se detalla.

Respecto a las deudas de dinero (en la que queda comprendido el daño patrimonial, la restitución de gastos no documentados y de mediación y daño punitivo) siguiendo el precedente Samudio⁸³, entiendo que en este supuesto particular deberá aplicarse la tasa activa sumada para operaciones de descuento del Nuevo Banco de Santa Fe S.A. (arg. art. 768 CCyC), desde la mora, y hasta la fecha de su efectivo pago.

Y es que, como refiere el fallo citado, “la reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral a fin de dar cumplimiento a lo que dispone la norma del art. 1083 del Código Civil. Entonces, para que aquella sea realmente retributiva los intereses tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, además de cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

La tasa de interés moratorio debe ser suficientemente resarcitoria en la especificidad del retardo imputable que corresponde al cumplimiento de la obligación dineraria con la finalidad, entre otras, de no prolongar la ejecución de la condena indemnizatoria en detrimento del patrimonio de la persona damnificado. Con el objeto de mantener incólume

81 MENDEZ SIERRA, Eduardo: “Obligaciones dinerarias”, Ed. El Derecho, pág. 278.

82 Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y de Familia de 2ª Nominación de Río Tercero, 27/09/2022, Monticelli, Adrian Gerardo c. Almundo.com S.R.L s/ Abreviado - Cumplimiento/Resolución de contrato - Tram. Oral. TR LALEY AR/JUR/188525/2022.

83 CCivil, en pleno, 20/04/2009, LA LEY 2009-C, 99.



Poder Judicial

la cuantía de la obligación deben fijarse tasas de interés positivas en procura de evitar que, debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una suma nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido (conf. CNCiv., Sala G, in re "Velázquez Mamani, Alberto c/ José M. Alladio e Hijos S.A. y otros" del 14/11/06, LA LEY, 2007-B, 147).

De ahí que, en una economía donde la inflación es igual a cero cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva. Pero frente a la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso. Se agrega a ello que hoy nadie puede desconocer la desvalorización monetaria, reconocida inclusive por los propios índices que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (conf. Castillejo de Arias, Olga; "En Mendoza la mora premia, no apremia. A propósito de la sanción de la ley de intereses 7198 de la Provincia de Mendoza"; LL Gran Cuyo, junio 2004, 413).

En razón de las circunstancias económicas puestas de relieve y dado que la modificación introducida por la ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7 de la ley 23.928, prohibiendo toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, se hace necesario que la tasa de interés moratorio guarde relación con los cambios operados. De tal manera, al encontrarse la tasa actualmente obligatoria por debajo de los parámetros inflacionarios no es retributiva y se aleja de la finalidad resarcitoria de este tipo de interés.

Una tasa -como la pasiva-, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda. Es por ello que la tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable. Al tratarse de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus por mínimo que sea que desaliente el

aumento de la litigiosidad (conf. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, in re "Amaya, Osvaldo D. c/ Boglioli, Mario" del 12/9/05; LL Gran Cuyo, 2005 -octubre-, 911-TySS2005, 747-IMP 2005-B, 2809)".

Asimismo, entiendo corresponde aplicar el art. 770 inc. b CCyC, norma que plantea la capitalización de intereses, cuando la obligación se demande judicialmente; supuesto particularmente novedoso, puesto que el derogado artículo 623 del Cód. Civil no contenía una pauta como la que aquí se analiza.

Ahora bien, remitiéndome a varios de los conceptos ya vertidos al citar la causa Samudio, advierto que el caso de marras queda claramente configurado en el supuesto de la norma (demandándose judicialmente una suma de dinero pasible de devengar intereses) y, conforme señala cierta doctrina⁸⁴ y jurisprudencia⁸⁵ concluyo que la capitalización que prescribe el artículo 770 inc. b) comprende el período que va desde la mora del deudor hasta la efectiva notificación de la demanda. Vale decir, la acumulación de los accesorios se produce "desde la notificación de la demanda", lo que también equivale a sostener que es desde allí —traba de la Litis— que los intereses se convierten en capital.

Los posteriores intereses generados durante el curso del proceso ya no se capitalizarán, sino que se irán devengando como interés simple (sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 770 inc. c CCyC, cuestión que deberá ponderarse al momento de practicarse la correspondiente liquidación judicial).

En razón de los argumentos expuestos, **RESUELVO: 1)** Hacer lugar a la demanda y en consecuencia condenar a pagar al actora la suma de a) \$235.251 en concepto de daño patrimonial; b) \$50.592 en concepto de daños no documentados (\$34.962) y gastos de mediación (\$15.630); c) USD 700 que podrá ser convertida a moneda de curso legal al momento de su pago conforme el tipo de cambio "Dólar MEP" o tipo de cambio similar a la fecha de liquidación, en concepto de daño moral o daño no patrimonial; d) \$8.000.000 en

⁸⁴ ROMUALDI, Emilio, "La Capitalización de intereses"; LA LEY 2019-D-1115 - RDLSS 2019-19, 1955.

⁸⁵ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, Cooperativa de Trabajo La Hoja Ltda c. Superclc S.A. s/ Cobro ejecutivo • 13/08/2020, Cita: TR LALEY AR/JUR/33197/2020.



Poder Judicial

concepto de daño punitivo, todo con más los intereses establecidos en los fundamentos.

2) Declarar la inexistencia de préstamo debiendo la actora restituir al Banco la suma de \$190.000 conforme lo explicitado en los fundamentos. 3) Imponer las costas al demandado vencido (arg. Art. 251 CPCCSF). 4) Notificar el presente al Ministerio Público Fiscal. 5) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique planilla definitiva. Insértese y hágase saber.

PROSECRETARIA
VALERIA BELTRAME

Juez:
**DR. MARCELO C. M.
QUAGLIA**