

UNIDAD JURISDICCIONAL N° 3  
I CIRCUNSCRIPCIÓN  
INTERLOCUTORIA N° 17

Viedma, 18 de junio 2021.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados "LEON RODOLFO HIGINIO C/ BANCO MACRO S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" Receptoría A-1VI-532-C2016 - , traídos a despacho para resolver; y

RESULTA:

1. Que a fs. 1/10 se presenta mediante sus apoderados el Sr. Rodolfo Higinio León, y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Macro S.A por la suma de \$ 246.900 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más intereses y las costas del proceso.-

Refiere que en 1999 él y su esposa suscribieron un contrato de condiciones predispuestas con el banco demandado, para la contratación de un paquete de productos que incluía la operación con cuenta corriente bancaria con servicio de cheques. En lo sucesivo, el contrato se desarrolló con normalidad, siendo modificado paulatinamente por el banco a su sola voluntad, cumpliendo sólo ocasionalmente con su obligación de comunicar al cliente las nuevas condiciones de contratación y operación. Con el tiempo, se habilitó el servicio de home banking y se suministró al actor una tarjeta de coordenadas para utilizar en el servicio de transferencias.-

El día 23/01/2013 el actor recibe un llamado a su celular particular del Sr José Villagrán, operador del Banco Macro, de la mesa de ayuda de la ciudad de Córdoba, quien le consulta si él había autorizado una transferencia por el monto de \$ 16.900 al Banco Supervielle. Él responde que no y al abrir su cuenta bancaria, constata que efectivamente se había realizado una transferencia por ese importe; se dirige entonces a la sucursal de esta ciudad de la entidad bancaria, donde le suministran mayores datos de la operatoria, entre ellos la dirección de IP de quien realizó la operación que correspondería a la Sra. Andrea Noemí Calderón, datos que constan en el reclamo B 735575 efectuado al Banco Macro S.A. En un primer momento, desde dicha entidad se comprometieron a revertir la información, pero luego le informaron que esa posibilidad no era viable. Por tal razón, el mismo día se realizó denuncia penal en la Comisaría 1° de esa ciudad con intervención de Juzgado de Instrucción n° 4 y la Fiscalía n° 2, la que

tramita bajo el número 1VI-24593-MP-2013, en la que se constituyó como parte querellante.-

Asimismo y ante la falta de respuesta del Banco Macro, se efectuó el día 07/05/2013 una denuncia en Defensa del Consumidor, la que tramitó en el Expte n° 01108-DCI-2013, pero ante las ausencias a las audiencias y las negativas a llegar a un acuerdo, se decidió entablar formalmente esta demanda.-

Se expide a continuación respecto a la caracterización del contrato de cuenta corriente bancaria como de adhesión y de consumo, para luego explayarse sobre la responsabilidad que atribuye al demandado. Menciona el delito informático de "phishing", que consiste en la defraudación mediante la obtención de contraseñas y usuarios, y la obligación de seguridad que frente a este delito se pone en cabeza de la entidad bancaria, requisito fundamental para el cumplimiento del contrato. Destaca que el incumplimiento de esa obligación de seguridad deviene en una responsabilidad objetiva, de resultado y agravada de acuerdo a lo establecido por el art. 1725 del C.C.yC.-

Refiere que el banco demandado no cuenta un sistema de fidelización de las transacciones bancarias; cuenta con un sistema de alerta, pero liquida y transfiere en forma inmediata sin fidelizar la operación, esto es, sin asegurarse que la transferencia sea legítima de su titular. Otros bancos cuentan con una normativa de seguridad que es esperar al menos 24 horas para concluir la operación encomendada por el cliente, mientras que envía un correo electrónico a su dirección particular, para comunicar la transferencia solicitada; si el cliente protesta o desconoce la transacción, la misma no se lleva a cabo y se inicia un proceso de denuncia de operación fraudulenta y una consecuente investigación.-

Adelanta que se reclama no sólo el daño directo, sino también la imposición de una sanción ejemplar al banco demandado -la que entiende acumulable al daño moral-, por entender que su actividad para con el cliente ha sido negligente.

Cita doctrina respecto a la figura de los daños punitivos. Cuantifica luego el daño directo en \$ 16.900 y los daños moral y punitivo en \$ 230.000, con más sus intereses desde la fecha de la denuncia el día 23/01/2013.-

Finalmente, funda en derecho, ofrece prueba, efectúa la reserva del caso federal y peticiona en consecuencia.-

2.- Que a fs. 12 se da inicio al presente proceso, ordenándose el traslado de la demanda; a fs. 13 se agrega cédula de notificación debidamente diligenciada y a fs. 14/33, Banco

Macro S.A contesta la demanda por intermedio de sus apoderados, acompañando copia de solicitud de servicio "ClienteSI servicio integral" n° 5794341.-

Solicita el rechazo de pretensión actora en todas sus partes con expresa imposición de costas; niega los hechos invocados en la demanda, así como la procedencia de los rubros y montos solicitados.-

Expone a continuación su versión de los hechos, aseverando que el servicio de home banking es una elección que la entidad pone a disposición del cliente, pero nunca se impone de manera obligatoria. Una vez aceptada la misma, pesan sobre el cliente obligaciones para la propia seguridad, lo que resulta de imposible control para el banco. Resalta en este aspecto que "el cuidado de la información de claves o coordenadas es exclusivo del cliente sino el banco interferiría en la intimidad y manejo de las cuentas de sus clientes lo que sería violatorio para la intimidad de los mismos. Con más razón la tarjeta de coordenadas que se utiliza para las transferencias, son de uso exclusivo y único del cliente, debido que no deben ser difundidos ni publicados, sino eso implicaría el riesgo de que dejen de ser privados para pasar a la esfera pública.-

Cita también los términos de la contratación del servicio Macro Direct, conforme a los cuales "la identificación que el cliente elija como clave de acceso a este servicio es secreta, única e intransferible y por lo tanto el cliente asume las consecuencias de su divulgación a terceros, liberando al banco de toda la responsabilidad que de ello derive". Agrega que toda transacción realizada a través del Servicio ClienteSI Servicio Integral, con el ingreso de número de documento y clave de acceso personal validará todas las transacciones realizadas a través de los distintos canales como si hubieran sido instrumentadas con la firma del cliente, y que el cliente acepta expresamente no oponer defensas basadas en el uso de su clave personal.-

Enuncia que el 23 de enero de 2013 en oportunidad de que un operador del banco se comunicara con el actor para confirmar la transferencia, el cliente primero se encontraba dubitativo y fue a consultar a su esposa, confirmando luego que no. Consultado por si había contestado las preguntas para recibir la tarjeta de coordenadas primero lo niega y luego dice que sí, lo que para el demandado implica que no manejaban con rigurosidad la responsabilidad que implicaba tener una tarjeta de coordenadas que implica el acceso a su propia cuenta.-

Explica que lo que sucedió en este supuesto es que mandaron un mail con un hipervínculo falso, que deriva a una página web que tiene una dirección distinta a la del banco, por lo que se evidenciaría que el cliente no prestó atención a la dirección ni si

tiene el candado de seguridad. Allí le piden los datos de la tarjeta de coordenadas y se le realizan tres preguntas de seguridad; cuando el cliente termina de completar los datos y le da click para enviar, sale un mensaje de error y ya tienen todos los datos que necesitan para efectuarle los débitos.-

Concluye entonces que el accionar del Sr. León tiene la entidad para eximir al Banco de responsabilidad, en tanto su actuación facilitó la maniobra a partir de los datos suministrados y constituyó también una infracción a normas que el Banco informó a su cliente al firmar la solicitud de Servicio ClienteSi, servicio integral.

Resalta también que las coordenadas revisten el carácter de firma electrónica a tenor de lo dispuesto por la ley 25.506. Funda en derecho, citando los arts. 1114, 1145, 1197 y 1197 del Código Civil y asevera haber cumplido con todos sus deberes contractuales y con las normativas del Banco Central en materia de seguridad en lo relativo a transacciones electrónicas.-

Solicita se cite como tercero al Banco Supervielle S.A.; ofrece prueba, funda en derecho y peticiona en consecuencia.-

3.- Que a fs. 34 se tiene por contestada la demanda, sustanciándose además la prueba documental y el pedido de citación de tercero. A fs. 37 el actor contesta el traslado, reconociendo el contrato de solicitud de servicio clienteSi servicio integral y a fs. 38 se ordena la citación como tercero de Banco Supervielle S.A., agregándose a fs. 39 la cédula respectiva.-

4.- Que a fs. 41/76 se presenta mediante gestor procesal el Banco Supervielle S.A., contesta la citación efectuada y solicita su rechazo con costas a Banco Macro S.A y/o a la actora. Destaca que el Banco Macro S.A no explica ni acredita por qué considera que la controversia que mantiene con su cliente le es común a su representado, ni cuál es el hecho antijurídico que considera que ha desplegado el Banco Supervielle S.A., ahondando también en la falta de claridad del pedido de citación como tercero, que deriva en una afectación del ejercicio de su derecho de defensa. Solicita el rechazo de su participación como tercero en el presente proceso, con costas.-

Contesta luego subsidiariamente la demanda; efectúa una negativa general y específica de los hechos alegados en la misma. Brinda su versión de los hechos, y destaca en primer lugar que el actor ha encuadrado su demanda en la ley de defensa del consumidor y no es cliente del Banco Supervielle, no encontrándose reunidos los requisitos para encuadrar la relación del actor con su representado como una relación de consumo.-

En segundo lugar, alega que el Banco Supervielle no ha incurrido en ninguna práctica prohibida por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, destaca que quien tiene la obligación de velar por la seguridad de las cuentas de sus clientes es en este caso el Banco Macro, del cual era cliente el actor al momento de realizar la transacción desconocida; en tanto para el Banco Supervielle, esa transferencia es genuina y en modo alguno puede sustraerle los fondos a su cliente sin que haya una orden judicial que así lo disponga. Tampoco debía investigar el origen de los fondos, en tanto no superaba los montos establecidos por la resolución 28/2011 de la Unidad de Información Financiera. Aduna a ello que conforme documental que adjunta correspondiente al legajo de la Sra. Andrea Calderón -titular de la cuenta que habría recibido la transferencia-, la entidad bancaria cumplió con todos los requisitos exigidos por la normativa que rige sobre la materia.-

Subsidiariamente, impugna los rubros resarcitorios. Resalta que en relación al reclamo por el daño directo, en los términos del art. 40 bis de la ley 24.240, quien debe responder es el prestador de servicios, carácter que reviste el Banco Macro S.A. Idéntico planteo formula en relación al daño punitivo, destacando nuevamente al respecto que no se ha indicado cuál es la conducta antijurídica que se le atribuye a su mandante. Apunta también que el actor no brinda ningún dato de cómo ha determinado el monto que reclama.-

Formula reserva de reclamar al Banco Macro el reintegro de las sumas por las que eventualmente se lo condene y también del caso federal. Ofrece prueba y peticiona en consecuencia.-

5.- Que a fs. 88 se señala la audiencia preliminar, obrando a fs. 103 acta de su celebración, en la que se fija el objeto de prueba consistente en determinar los hechos expuestos en demanda y contestación, la responsabilidad que se endilga a los demandados en función del contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre las partes y, en su caso, la extensión de los daños.-

Que a fs. 127 me avoco al conocimiento del presente trámite.-

Que a fs. 222 se declara la negligencia de la prueba instrumental de la parte actora, consistente en la causa penal por estafa y de la pericia informática común a actora y demandada.-

Que a fs. 223 se certifica por Secretaría respecto al vencimiento y resultado del término probatorio, se clausura el mismo y se disponen los autos para alegar.-

Que con fecha 16/03/2020 el actor presenta su alegato, con fecha 22/07/2020 lo hace la

demandada Banco Macro S.A y con fecha 04/08/2020 el citado como tercero Banco Supervielle S.A.-

Que con fecha 12/08/2020 se ordena, como medida de mejor proveer, la remisión de la causa penal por estafa tramitada en virtud de la denuncia efectuada por el actor, extremo que es cumplido mediante informe del MPF recepcionándose con fecha 5/03/21 y 16/03/21 de donde surge que el el expediente se ha expurgado, no obstante acompañarse copia del auto de archivo.-

Que en fecha 6/04/21 se llama a autos para sentencia, providencia que por encontrarse firme motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a dilucidar radica en determinar la existencia o no de responsabilidad en función de la operatoria desplegada en el marco del contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre el Sr. Rodolfo Higinio León y el Banco Macro S.A. y, en su caso, la extensión de los daños.

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen.

Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el hecho debatido en autos entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley.

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso.- (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.-

En orden a esa determinación y en tanto el hecho dañoso ocurrió el día 23 de enero de 2013, correspondería aplicar primeramente el Código Civil (Ley 17.711) y la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240).-

No obstante ello, tengo presente lo indicado en la última parte del art. 7 y arts. 1384, 1093 y 1117 sgtes y ccdtes. del C.C. y C. En efecto la doctrina ha sostenido que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de

aplicación inmediata. La norma tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo, que dicho cuerpo normativo recoge no sólo en los artículos 1096/1122 sino que extiende a otros ámbitos específicos. (conf. arg. Aída Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civ. y Com. de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed. Rubinzal - Culzoni, págs. 60/61).-

III.- Que siendo la presente causa planteada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), es menester recordar que ésta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación consumeril, a través de un sistema de protección jurídica in favor debilis. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al sostener que "(?) la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional?. (C.S.J.N., causa C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c DNCI - DISP 1270/03?", sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).-

En igual sentido, no se soslaya el lugar que la Corte Suprema de Justicia ha dado al principio tuitivo que consagra el espíritu de la Ley 24.240 al considerar que "(...) este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional?. (CSJN, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston NA s/ sumarísimo", Fallos: 340:172, 14/03/17).-

El máximo Tribunal Nacional también expresó en dicho fallo que "(...) esta tutela especial se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria,

profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante (?) En este ámbito particular, el principio protectorio quedó plasmado en la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central (ley 26.739) y su reglamentación sobre 'Protección de los usuarios de servicios financieros' y en el art. 36 de la ley 24.240 (texto modificado por las leyes 26.361 y 26.993) sobre las operaciones financieras para consumo (?) en suma, esta tutela se intensifica si se trata, como en el caso, de un contrato donde la entidad bancaria asume como obligación la protección del ahorro. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que 'El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales, salvo que se constate alguna ilicitud. Esta regla es la base de la tranquilidad que todos tenemos que gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado dentro de instituciones estables' (Fallos: 329:5913; 330:5345 y 331:1890)?. (CSJN, Fallos: 340:172).-

El STJ -citando parte de la obra de Graciela Lovece- sostiene que la LDC brinda una tutela especial: ?(...) 'en el reconocimiento de una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural, genética y funcional de los consumidores y usuarios frente a los proveedores en las relaciones de mercado. La finalidad perseguida mediante la protección intensificada es la restauración del equilibrio jurídico y económico puesto que tratar como iguales a quienes son intrínsecamente desiguales incrementa la desigualdad, ocasionando un traslado de riesgos injustificado y éticamente reprobado'. (conf. Lovece, Graciela I., 'El Consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales', LL 07/07/2017, 3)?. (STJRNS1 Se. 86/17 ?López Patricia Lilian?).-

Desde esta óptica ?Es innegable que el proveedor de bienes y servicios exhibe la fortaleza que le confiere su condición de experto y profesional en el negocio. Tal estatus lo coloca en una situación de señorío en el escenario del mercado. La experticia del proveedor es innegable, pues es poseedor de una información que concentra y de la que dispone. El conocimiento es fuente de poder y esa superioridad técnica en cabeza de una de las partes determina inexorablemente la inferioridad jurídica del otro extremo de la

relación? (...) ?A partir de tal concepto, es claro que ese 'consumo final' se da en el marco de una transacción que ocurre fuera de una actividad profesional de la persona, entendido ello como que este último no involucrará el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo?. (Conf. CNCom., sala D, en autos "R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario", causa N° 59.732, 27/10/2017).-

Tratándose el caso objeto de estudio de una relación entre consumidores y una entidad bancaria, entiendo necesario, previamente a adentrarme en el fondo de la cuestión, efectuar algunas precisiones respecto los contratos bancarios y la aplicabilidad a su respecto de la normativa consumeril, tanto contenida en la ley específica 24.240, como en el Código Civil y Comercial de la Nación.-

Ernesto E. Martorell brinda algunas pautas que caracterizan a los contratos bancarios: la calidad de banquero de una de las partes; que se trata de negocios u operaciones "en masa", con características constantes y uniformadas, según tipos negociales estandarizados en las denominadas "normas bancarias uniformes"; como regla, son la cobertura técnica de negocios de duración, sin que ello impida que puedan ser instantáneos; pueden significar la prestación de una sola de las partes o incorporar prestaciones recíprocas y se hallan condicionados en mucha mayor medida que otros negocios jurídicos a imperativos de orden económico financiero, por la ligazón incuestionable que existe entre banca, moneda y mercado de capitales. Dentro de la contratación bancaria, pueden distinguirse las operaciones pasivas, que son aquellas en las cuales el banco asume el carácter de deudor, porque recibe créditos, como ocurre en los depósitos bancarios, de las activas, en las cuales la entidad ocupa el rol de acreedor, por ser quien suministra los fondos, como sucede en la apertura de crédito, el anticipo o el descuento (Martorell, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, tomo II, p. 35 y ccdtes, 2° edición, ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000).-

Ha dicho reconocida doctrina que "El contrato bancario es, en general, celebrado por adhesión a cláusulas generales. Es en virtud de la masividad de los vínculos que es necesario recurrir a una redacción unilateral, rígida y dirigida a un público indeterminado. En la mayoría de los casos estas cláusulas generales están elaboradas como una invitación a ofertar, la que, luego de llenada y firmada por el adherente constituyéndose en oferta, es analizada por el banco y aceptada. Se aplica el régimen de interpretación contra stipulatorem y de cláusulas vejatorias". (Lorenzetti, Ricardo L. "Tratado de los Contratos", T° III, Pág. 431).-

Asimismo, a partir de la reforma a los códigos de fondo del año 2015 y teniendo en cuenta lo referido al establecer el derecho aplicable en relación al tiempo, los contratos bancarios de consumo se encuentran sometidos a los principios generales de los contratos de consumo -además de los principios propios a su naturaleza-, integrándose de este modo a un enfoque sistémico pro consummatori. El Código Civil y Comercial recepta expresamente el trato digno que el banco debe dispensar al cliente (art. 1.097), equitativo y no discriminatorio (art. 1.098), suministrar información cierta, detallada, comprensible y gratuita al cliente (art. 1.100), las pautas que regulan el carácter abusivo de las cláusulas (art. 1.117, 1.119 y cc) y su control judicial (art. 1.122).-

Ha previsto también el Código Civil y Comercial un capítulo específico que regula a los contratos bancarios, que entre sus disposiciones generales contiene un párrafo relativo a la transparencia de las condiciones contractuales y otro a los contratos bancarios con consumidores y usuarios. Inicialmente, para su caracterización el art. 1378 utiliza inicialmente un criterio subjetivo, en tanto se refiere a los contratos celebrados con las entidades financieras, debiéndonos en consecuencia remitirnos a la Ley de Entidades Financieras 21.526, la cual a su tiempo ofrece una pauta estrictamente objetiva para fijar su alcance, aun tratándose de una fórmula que combina la descripción de una relación jurídica, la "intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros", extensiva a otras situaciones jurídicas de las que resulte que "el volumen de las operaciones" (financieras) y "razones de política monetaria y crediticia" lo aconsejen (Barbier, Eduardo, en Código Civil y Comercial Explicado, doctrina-jurisprudencia: obligaciones y contratos, Tomo II, dirigido por Lorenzetti, Ricardo L y Sagarna, Fernando A, 1° edición revisada, p. 340, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020).-

El art. 1380 del C.C.yC exige la forma escrita para los contratos bancarios y reconoce el derecho del cliente a que se le entregue un ejemplar, mientras que el art. 1381 se refiere al contenido del contrato, resguardando fundamentalmente la claridad en las condiciones económicas a cargo del cliente y una tasa de interés subsidiariamente aplicable en el caso de que las partes guarden silencio al respecto. En el art. 1384 específicamente se prevé la aplicación a los contratos bancarios de las disposiciones relativas a los contratos de consumo.-

Por su parte y refiriéndonos ahora y concretamente a la vinculación contractual que unía a las partes en este litigio, la cuenta corriente bancaria aparece definida actualmente por el art. 1393 como aquél "contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo

actualizado y en disponibilidad del cuenta correntista y, en su caso, a prestar un servicio de caja".-

Como obligaciones de cada una de las partes que delimitan la estructura de este contrato, ha identificado la doctrina en cabeza del banco suministrarle al cuenta correntista las boletas de depósito, proveerle al cliente los formularios de cheque -esto sería en el caso en que se haya pactado el servicio de caja, que como hemos visto, no es esencial en la actual regulación de este contrato-, tener la cuenta al día, recibir los depósitos y acreditarlos en el día, remitirle al cuenta correntista en el plazo acordado el "extracto de cuenta", conteniendo el resumen de todos los movimientos experimentados por ella, atender el servicio de cheques pactado y certificar cheques a requerimiento del cliente.-

Por su parte, son obligaciones del cliente mantener una disponibilidad de fondos suficientes en cuenta, prestar conformidad o impugnar los extractos de cuenta, actualizar las firmas registradas, denunciar el cambio de domicilio; comunicar al banco cualquier modificación de sus contratos sociales, estatutos, poderes y revocación de estos últimos; cumplir con ciertas obligaciones relacionadas con cheques o chequeras en caso de que las utilice (prestar conformidad con la recepción de libretas de cheques, llevar un registro de las libranzas que efectúa, efectuar denuncias sobre extravío, robo o sustracción de cheques, cumplir con formalidades en el libramiento de cheques, reintegrar formularios y denunciar cheques librados) y el pago de intereses, comisiones y cargos (Martorell, ob. cit., p. 183 y ccdtes).-

Concluyo entonces que la normativa aplicable será la del propio contrato que ha unido a las partes, el CC por imperio del momento en el que ocurrieron los hechos, la Ley de Defensa del Consumidor y el CCyC por derivación de las previsiones del art. 7 de dicho cuerpo normativo.-

De todos, modos corresponde decir, que aún de aplicarse exclusivamente el CCyC, la solución a la que se arribaría en el presente decisorio es la misma.

IV.- 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 proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T° 1, pág. 15).-

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, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, *¿Teoría general de la prueba judicial?*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).-

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte 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 formal (CSJN in re *¿Baiadera, Víctor F.?*, LL, 1.996 E, 679).

Con relación a lo antes dicho, la LDC 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 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?. (Conf. SCJBA Causa *¿G., A. C. c/ 'Pasema S.A.' y otros s/ Daños y perjuicios?*, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).-

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 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?. (?Aspectos procesales?, cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.). (Conf. SCJBA Causa ?G., A. C. c/ 'Pasema S.A.' y otros s/ Daños y perjuicios?, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).-

Por último, 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. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba).

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.

V.- Que efectuadas las anteriores precisiones habré de recurrir a la prueba incorporada autos, valorando la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial.-

Que corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están: Observo que no se encuentra controvertido que el día 23 de enero de 2013 se efectuó una transferencia desde la cuenta del Banco Macro de cotitularidad del Sr. Rodolfo Higinio León identificada como 3-548-00227002/5 por el monto de \$ 16.900 a una cuenta correspondiente al Banco Supervielle identificada como N° 00120988400210902, CBU 0270109320012098840020.

Asimismo, también se coincide en que durante la misma mañana y en horario bancario, el Sr León efectúa dos intercambios telefónicos con un empleado de la mesa de ayuda del Banco Macro S.A., Sr. José Villagrán, cuyo contenido se encuentra reconocido por

las partes, habiendo acompañado ambas la grabación pertinente.

En la primera comunicación, es el propio Villagrán quien lo llama a León y lo anoticia a éste; luego lo llaman a Villagrán desde la sucursal de Viedma del Banco Macro S.A., ante la presencia del cliente en tal entidad.

No obstante, esos acuerdos básicos sobre los hechos, lo que sí se encuentra controvertido en autos es la conducta del Banco Macro S.A. ante la detección de una alerta, como así también la conducta del actor respecto del deber de protección de datos y uso del sistema de la plataforma on line de dicha entidad financiera, a lo que se agrega que para el Banco Macro S.A., la cuestión aquí debatida es común con el Banco Supervielle S.A.

Entonces, ello puede desagregarse del siguiente modo:

a) la responsabilidad del Banco Macro S.A., en el marco de la relación contractual que lo unía al actor;

b) la responsabilidad del propio actor en el acaecimiento del hecho dañoso, en tanto el Banco Macro S.A. le adjudica la violación del deber de resguardar las contraseñas y los dígitos contenidos en la tarjeta de coordenadas;

c) la responsabilidad del Banco Supervielle S.A., en tanto la cuenta de destino se encontraba abierta en tal entidad. Esta última cuestión únicamente se encuentra controvertida por el Banco Macro S.A., que es quien trae a esta entidad financiera al proceso, solicitando su participación a tenor de lo dispuesto por el art. 94 del C.P.C.C.-

V.1.- Establecidos los hechos controvertidos de aquellos que no lo están corresponde ahora examinar la prueba producida en autos:

Prueba documental:

Acompañada a la demanda: CD conteniendo dos comunicaciones telefónicas entre el Sr. León y el Sr. José Villagrán, empleado del Banco Macro S.A.

Acompañada a la contestación de demanda del Banco Macro S.A.: solicitud de servicio cliente SI Servicio Integral de fecha 01/02/2013, en 2 fojas, identificada como trámite nro. 5794341. CD con el mismo contenido que el acompañado por el actor.-

Acompañada a la contestación de la citación como tercero del Banco Supervielle S.A.: Dos comprobantes de préstamos personales a nombre de Andrea Noemí Calderón; resumen de su cuenta; 4 declaraciones juradas sobre la condición de persona expuesta políticamente; 4 carátulas de digitalización; 2 facturas de EDESAL; constancia de CUIL de la Sra Calderón; copia del DNI de aquélla; anexo de comisiones; recibo de sueldo de la Sra. Calderón emitido por el gobierno de la provincia de San Luis; anexo a la

reglamentación de caja de ahorros plan sueldos.-

Documentación en poder del Banco Supervielle acompañada a fs. 144: resumen de cuenta desde 22/01/2013 al 24/01/2013 del cliente Campusano Calderón, de la que surge que el mismo día 23/01/2013 sin precisión de horarios, hay un crédito por transferencia por \$ 16.900 y una extracción por caja de \$ 16.800.-

En cuanto a la documentación obrante en poder de la demandada Banco Macro S.A., a fs. 158 se tuvo presente para la oportunidad de dictar sentencia que no acompañó el resumen de cuenta bancaria al Sr. León, la fecha y monto de las transferencias electrónicas, número de cuenta emisora y receptora, datos de los titulares de dichas cuentas y toda otra documental vinculada a la causa.-

Grabaciones contenidas en los CD:

Primera grabación: El Sr. José Villagrán, quien se identifica como empleado de la mesa de ayuda del Banco Macro, se comunica con el Sr. León, refiriendo que a las 11:43 hs se efectuó una transferencia por \$ 16.900 desde su cuenta a un CBU del Banco Supervielle. León contesta que él no hizo la transferencia. Le pregunta si comparte con alguien la clave, a lo que contesta que no y que tampoco intentó transferir en el curso del día. Villagrán consulta si la cotitular de la cuenta puede haber transferido ese dinero, a lo que León contesta que no y que la cotitular es su esposa, quien desconoce la clave. Villagrán le informa que si va a desconocer el movimiento, hay cosas urgentes que deben realizar (como bloquear la cuenta, denuncia penal) y que le va a bloquear la clave, a lo que León le contesta que sí y que se dirigirá de inmediato al Banco, coordinando ambos que se comunicarían nuevamente por teléfono desde allí.-

Segunda grabación: En esta ocasión, Villagrán se comunica con el Banco Macro S.A., en donde primero habla con un empleado de nombre Marcelo, a quien le refiere que le había pedido a León que verifique si no fue la cotitular de la cuenta quien hizo la transferencia y que no le había dado tiempo a hacer todos los pasos de la transferencia desconocida, porque quiso salir de inmediato al banco. Le pasan luego con León e inicia el trámite de desconocimiento de transferencia, realizándole preguntas sobre su uso del home banking: comienza por preguntarle desde dónde accede al home banking, y si comparte las computadoras desde las que accede, a lo que León responde que desde la oficina y su casa y solo comparte la computadora de la casa con su esposa. León refiere tener tarjeta de coordenadas: primero dice que nunca la vinculó desde el cajero automático y cuando Villagrán le pregunta si en alguna oportunidad el sistema le pidió las coordenadas, refiere que sí, sólo dos de ellas para realizar un pago a AFIP. Nunca

tuvo su clave de home banking bloqueada ni ningún problema para acceder al sistema, aclarando que usa la cuenta para pagar servicios por home banking. León también refiere que completó las diez preguntas de seguridad y que una sola vez el sistema Macro Direct se las pidió para entrar a "transferencias por CBU". Siempre contestando las preguntas de Villagrán, niega haber recibido tarjetas virtuales, mails requiriéndole información sobre el servicio de home banking o pidiéndole información sobre sus cuentas bancarias, mails con vínculos para que visite. Afirma que no comparte la clave bancaria, ni con su esposa ni con ninguna otra persona. Se le requiere luego información acerca de la versión del sistema Windows que usa en sus computadoras y respecto a la utilización de antivirus y firewall; manifiesta que en sus últimos accesos al home banking no ha evidenciado nada anormal. Villagrán le pide a León que tome nota del número de reclamo y le solicita que realice una denuncia policial con los datos de la transferencia, pidiéndole que a esos afectos que anote monto, hora de la transferencia, número de la IP y de la CBU de destino y que solicite que se investigue el destino de los fondos, poniendo a disposición su PC para ser analizada, y que se requiera al banco receptor de los fondos información sobre el destinatario. También le pide que lleve copia de la denuncia al Banco en cuanto la tenga y que denuncie su tarjeta de coordenadas llamando al 0810 del Banco Macro, aclarándole que le van a pedir el número de serie. Antes de concluir la comunicación, Villagrán le refiere a León que la alerta saltó porque aparentemente la transferencia se realizó desde un lugar no habitual.-

Prueba instrumental:

Expediente 011008-DCI-2013 de la Dirección de Comercio Interior provincial.: De allí surge a fs. 3, denuncia del Sr. León de fecha 18/04/2013; fs. 6, certificación de recepción de denuncia penal; fs. 12/13, contestación efectuada por el Banco Macro S.A.; fs. 36 audiencia de conciliación en las partes, en la que encontrándose presente actor y demandado, se ordena intimar al Banco Supervielle a remitir determinada información; fs. 63/64 resolución n° 171, que dispone la remisión de las actuaciones a la Fiscalía en turno y el posterior archivo de las actuaciones.-

Expte penal "Calderón Andrea Noemí S/Estafa" Legajo MPF-VI-0 0347-2017 del registro de la Unidad Fiscal Temática N° 2: En dichas actuaciones, expurgadas a la fecha conforme surge de informe del MPF, ante la reiteración de pedido de piezas obrantes en sus registros se acompaña auto de fecha 6/6/2018 suscripto por el Fiscal Guillermo Martín González Sacco con fundamento en que resulta manifiesta la imposibilidad de conseguir otra información que permita seguir adelante con la

investigación del evento denunciado por lo que en virtud del art. 128 inc. 4 del CPP se dispone el archivo de las actuaciones.

De todos modos, surge textual de dicho decisorio que "(...) se inician las presentes en base a la denuncia efectuada por el Sr. Rodolfo Higinio León, según la cual el día 23 de enero del año 2013, a las 11:43 hrs., aproximadamente, se realizó una transferencia desde su cuenta n° 27002/5. del Banco Macro S.A., Suc. Viedma, por el monto de PESOS DIECISEIS MIL NOVECIENTOS (\$ 16.900,00). a la cuenta n° CBU 0270109320012098840020. del Banco Superville. Suc. San Francisco del Monte de Oro, Prov. de San Luis, a través de la I.P186.123.133.17. II.- Que del análisis de las constancias incorporadas al legajo entiendo que no se cuentan con elementos suficientes para acreditar la autoría responsable del hecho criminoso puesto en conocimiento. Si bien se han aportados datos que pueden hacer presumir la existencia de un ilícito lo cierto es que no se cuenta con material de cargo relevante e independiente como para individualizar al autor y/o partícipes del hecho investigado y así alcanzar un grado de sospecha que permita realizar formulación de cargos en los términos del arto 130 del c.P.P., atento que con el material probatorio reunido en autos, no se puede ratificar los términos de la denuncia efectuada por el Sr. León. atento no haberse podido determinar quien efectuó la transferencia ni por quien fue cobrada. más allá que el monto referido haya sido depositado en la cuenta de Andrea Noemí Calderón."

Prueba informativa:

Comisaría Primera de Viedma (fs. 130/133). Acompaña copia del preventivo, con la síntesis del hecho brindada por el denunciante.

Informe del Banco Central de la República Argentina (fs. 154/156). Allí la Gerencia de Sistemas de Pago informa lo siguiente "...las comunicaciones A 3014 y A 4022 establecen que las transferencias deben reunir, con carácter de obligatoriedad, la información relacionada con: 1) nombre, razón social y CUIT, CUIL o CDI del cliente originante; 2) Clave Bancaria Uniforme (CBU) de la cuenta a acreditar; 3) importe, moneda y fecha de la transferencia; 4) certificación de la entidad originante y de la referencia unívoca del movimiento de fondos. En este sentido, las transferencias electrónicas cuentan con mecanismos de seguridad implementados que brindan consistencia al funcionamiento. Las entidades financieras deben tener una infraestructura de seguridad que contenga todos los recursos informáticos, operativos y de información dispuestos para la administración, operación, mantenimiento y control de la plataforma tecnológica asociada a la seguridad de los Canales Electrónicos (...)

cabe destacar que el punto 6.3.3.6 de las normas Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras, indica que en todos aquellos casos en que la operación no esté asociada a una clave de identificación personal, ante el desconocimiento por parte del cliente de una transacción efectuada mediante POS (puntos de venta) o PPM (plataforma de pagos móviles), las entidades financieras deben proceder a la inmediata devolución/acreditación de los fondos al cliente, sin perjuicio de iniciar la investigación de la operación y eventualmente, las acciones administrativas y/o legales que correspondieran (...) asimismo, las entidades financieras deben implementar funciones de alertas de seguridad y sistemas de detección y reporte de accesos sospechosos a los activos de información, y contar con monitoreo constante de los accesos a recursos y eventos críticos, que reporten a los administradores sobre un probable incidente o anomalía en los sistemas de información".

Por su parte, la Gerencia Principal de Seguridad de la Información del mismo organismo, refiere que "Las transferencias electrónicas se cursan siguiendo los lineamientos y requisitos establecidos por las circulares A 3014, A 4022 y sus actualizaciones, desde el punto de vista operativo, como por la circular A 6017 en lo relativo a la seguridad informática. Ahora bien, la entidad financiera debería proveer previo a la ejecución de transacciones financieras un nivel razonable de seguridad, acorde con la norma, para garantizar que las transacciones financieras cursadas por los Canales Electrónicos sean legítimas, estableciendo mecanismos para reducir el riesgo de que puedan ser efectuadas por personas, agentes y medios no autorizados. Si bien cada canal electrónico puede tener sus propios requisitos en virtud de su funcionamiento específico y cada tipo de transacción una exigencia distinta, existen reglas comunes aplicables a todos los canales electrónicos y en particular a la operatoria de transferencias electrónicas de fondo a saber: en todos los canales electrónicos la entidad debe proveer credenciales de acceso bajo el criterio internacional de seguridad de 'autenticación fuerte', es decir, mediante el uso combinado de al menos dos factores de autenticación entre el siguiente grupo de tres: algo que el usuario posee (por ejemplo, una tarjeta, un dispositivo seguro, etc), algo que el usuario es (un valor biométrico único de la persona, voz, huella, etc) y algo que el usuario sabe (un valor numérico o alfanumérico, un dato privado, etc). Para la operatoria de transferencias electrónicas, estas credenciales se deben aplicar en dos instancias y de manera distinta. La primera

instancia ocurre en el inicio de una sesión en un canal electrónico, instancia en la que el usuario se identifica y su identidad es verificada. Esta instancia exige el uso de al menos dos factores de los indicados, aunque admite la posibilidad de que se apliquen dos del mismo tipo. La segunda instancia ocurre en el momento de confirmar una transferencia electrónica, en la cual y para transacciones que excedan el monto límite definido en la circular 6043, se deberá ingresar un factor de autenticación. Esta instancia exige que el factor utilizado posea condiciones de mayor seguridad o al menos el mismo nivel del factor más fuerte empleado en la primera instancia (...) Adicionalmente, existen requisitos aplicables a todos los canales electrónicos, referentes a la necesidad de proveer una trazabilidad completa de los registros operativos y transaccionales, que permitan verificar en todo momento quién, qué, cuando, dónde y cómo de cada evento transaccional. Del mismo modo, debe disponerse de una infraestructura para el tratamiento de incidentes de seguridad y vías de acceso para informar y recibir denuncias de los clientes. Dado que estos registros deben permanecer por al menos 6 años disponibles para su control y verificación, los mismos representan la primera fuente de información para reconstruir lo sucedido".

Informe de Claro (fs. 184): Refiere que su compañía "no lleva registro del n° de Mac Address del equipo informático que se conecta a Internet. Cabe aclarar que no podemos determinar a qué usuario de nuestra compañía se le asignó el IP 186.123.133.17, debido a que nuestros equipos asignan direcciones de IP en forma dinámica, conforme el equipo que este atendiendo la sesión de datos . No contamos con datos históricos de las asignaciones de IP en forma dinámica".

Informe del Banco Supervielle (fs. 185/205): Acompaña resumen de cuenta de su clienta Campusano Calderón Andrea Noemí, informando que los fondos acreditados eran en concepto de "pago de sueldo" y la actividad registrada era "docente", empleado público del gobierno de la provincia de San Luis.

Prueba testimonial:

Ramón Leonardo Albornoz. Refiere haber estado presente en la oficina del Sr. León cuando aquél recibe el llamado del banco; observó que abrió la cuenta bancaria en la computadora y le dijo a quien lo llamaba que le habían sacado dinero, luego de lo cual cortó la conversación telefónica y la que estaba sosteniendo previamente con él y le anunció que tenía que ir al banco urgente por un faltante de dinero. No recuerda bien el monto, pero lo estima cercano a los \$ 20.000.

Explica que el actor como encargado del Registro Nacional de la Propiedad Automotor,

tiene que depositar en tiempo y forma lo que recauda en el día, por lo que le provoca perjuicio que le bloqueen una cuenta bancaria; a lo que se suma que se vio afectada su credibilidad, en la institución bancaria y de terceros hacia él.

En cuanto al manejo de las contraseñas por parte del actor, refiere que las tiene guardadas en una caja fuerte en la oficina, y aún cuando el dicente le ha efectuado algún depósito mientras el Sr. León y su esposa se encontraban de viaje, nunca le facilitó la contraseña. Agrega que el actor sólo se maneja en el ámbito bancario con dos personas, su esposa y su hija, siendo que ésta última tiene la firma registrada en el banco y en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor.

Destaca que este incidente también lo afectó emocionalmente, en tanto sintió mucha bronca y enojo, a lo que suma que uno de los empleados del Banco arrojó sospechas sobre que León sostuviera una relación extramatrimonial, siendo la otra parte de esta supuesta relación responsable o cómplice del faltante de dinero.

Fernando José Barrio: El testigo refiere ser profesor de derecho informático y da cuenta de su nutrida experiencia y formación en el tema. Refiere que fue consultado por el hecho de autos, por lo cual brindó una opinión legalmente informada al respecto. La situación en sí lo sorprendió, reflexionando que se trata de "un caso de manual, en el que el problema debió resolverse a los cinco minutos". Sin perjuicio de referir que no recuerda los horarios exactos de lo acaecido, destaca que el hecho de que el banco llamara al actor a los tres minutos de efectuada la transferencia, demuestra que era consciente de sus obligaciones de seguridad.

Afirma que escuchó ambas llamadas telefónicas del banco y que quien llama al Sr. León de parte del banco, le insiste que es él quien tiene que hacer algo con esa transacción, cuando a su entender, hasta la carga de la prueba recae en el banco conforme a la normativa del Banco Central de la República Argentina. Agrega que el banco tiene la posibilidad de demorar 24 horas una transferencia si ve algo sospechoso, por eso es que le llama la atención que hayan detectado una falla en 3 minutos y no tomaran ningún curso de acción. A título anecdótico refiere que en Estados Unidos se obliga a los bancos a cumplir con las normas ISO como estándar mínimo de calidad, pero que su cumplimiento no exime de responsabilidad al banco por su accionar.

Consultado sobre la injerencia del cliente en todo el asunto, refiere que debe resguardar la tarjeta de coordenadas, pero aclara que para incumplir esta obligación debería entregar la tarjeta o suministrar todas las coordenadas a alguien, no bastando con, por ejemplo, simplemente tener la tarjeta visible arriba de su escritorio.

Destaca que en el audio de la comunicación telefónica el Sr. León afirma que no le facilitó a nadie su tarjeta de coordenadas, pero que aún en el supuesto de que hubiese dicho que no tenía ni idea de dónde estaba la tarjeta, ello no exime a la institución bancaria de cumplir con la normativa vigente. También sorprende al testigo que cuando el actor concurre al Banco, vuelve a hablar con el mismo empleado que lo había llamado y en lugar de ofrecerle una solución, lo manda a hacer una denuncia penal.

Reseñadas las declaraciones testimoniales debo recordar que "(...) testigo es la persona física, hábil, extraña al proceso, que viene a poner en conocimiento del tribunal y por citación de la jurisdicción, realizada de oficio, a pedido de parte o de manera espontánea, un hecho o una serie de hechos o acontecimientos que han caído bajo el dominio de sus sentidos (...)" Falcón Enrique M. Tratado de la Prueba. Ed. Astrea. Ciudad de Bs. As. 2009, Pág. 512.

Debo decir también que la valoración conglobada que haré de las declaraciones testimoniales se enmarcará respecto de lo que han transmitido a la causa y que se relaciona directa y exclusivamente con hechos que han vivido a través de sus sentidos y su propia experiencia.

Es así que he de otorgarles valor probatorio en tanto a los testigos referidos, he de considerarlos idóneos, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C.

Informe Pericial en Informática - fs. 169/172-: Informa el Lic. Enrique Aníbal Corujo que la transacción aparentemente fraudulenta se habría registrado desde una IP que por investigaciones realizadas, pertenecería a la empresa Claro Argentina y que por tratarse de una operadora de telefonía, salvo en casos excepcionales, las direcciones de IP son asignadas temporalmente a un cliente, para luego así poder asignarlas a otro según la demanda y necesidades. Solicita que se le requiera a esta empresa información precisa respecto a la metodología de asignación de IP públicas a sus clientes, si se tratare de IP pública cuál era la dirección MAC correspondiente a esa IP pública el día y la hora del hecho y a partir de ello, determinar el IMEI del teléfono correspondiente y desde ese dato el titular de la línea.

Se expide luego sobre el encuadre reglamentario de las operaciones electrónicas asociadas a las cuentas bancarias de los clientes efectuadas desde un teléfono celular, detallando los canales electrónicos posibles conforme circular A6017 del BCRA. Detalla las condiciones de autenticación -doble autenticación y en al menos uno de los casos, debe aplicarse un criterio de autenticación fuerte- y las acciones para la

protección de las transacciones conforme a lo ya referenciado por el BCRA en su informe. En tal sentido, recomienda determinar vía solicitud al Banco Macro y/o al BCRA la metodología de autenticación utilizadas por la entidad demandada a la fecha del incidente.

En el punto V de su dictamen, asevera que "si bien el Sistema Nacional de Pagos en su modalidad Transferencias, según circular A 4229 y sus modificatorias como las circulares A 5113, A 5194, A 5195, A 5230, A 5302, no establece un mecanismo automático para la reversión de una transferencia realizada, siempre existen mecanismo interinstitucionales que pueden gestionar la detención o rechazo de una transferencia, o realizar la correspondiente devolución en el siguiente ciclo de compensación. En la misma circular A 5230, el Banco Central hace recomendaciones respecto a la detección sobre operaciones o actividades "no habituales", así como las medidas a adoptar para su impedimento, diferimiento o reversión. Si bien, como se mencionó anteriormente, el Banco adoptó medidas para la detección de transacciones inconsistentes con el comportamiento habitual del cliente, no parece haber aplicado ninguna de las recomendaciones enunciadas por el BCRA en la mencionada circular, aún cuando tras la comunicación con el cliente, éste niega la legitimidad de la transacción en cuestión (...) se sugiere solicitar al Banco Macro informe qué herramientas o metodologías tiene adoptadas actualmente y cuáles al momento del incidente que permitieran una segunda autorización, retención, cancelación o reversión de una operación ante una transacción de estas características".

Impugnación del informe Pericial en Informática por el Banco Macro S.A - fs. 175-: Sostiene la responsabilidad del usuario en el resguardo de las credenciales, siendo responsabilidad de la entidad según circular A 5374 capacitar y concientizar al usuario sobre este tipo de ataques. Expresa la parte impugnante que "(...) 5) nos parece correcto el análisis, es el Banco el que debe presentar las evidencias sobre el incidente y su resolución. Sin embargo el perito oficial debe mantenerse 'objetivo' hasta tanto se analicen las evidencias y no sacar conclusiones. La frase 'sería responsabilidad del banco el haber permitido continuar con la transacción pese a contarse con todas las alertas y pautas necesarias para su denegación' es tendenciosa y no corresponde decirla en ese momento. Adherimos a la solicitud de informes que para ampliar la pericia solicita el experto porque su respuesta permitirá al Sr. Juez visualizar correctamente una cuestión que necesita de una buena información para su resolución".

Reseñado tanto el informe pericial como su impugnación se observa que esta última no

tiene calidad de contrapericia. Asimismo, tengo presente que las discrepancias valorativas materia de impugnación serán objeto de análisis en este decisorio.

Asimismo, no puedo soslayar que en tanto el perito solicitó información complementaria en poder de una de las partes -el Banco Macro S.A.-, sobre este punto existe una declaración de negligencia de fecha 18/02/2020.

En consecuencia, conforme a la ponderación del informe pericial en informática en cuestión en los términos del art. 386 del C.P.C.C., corresponde otorgarle a ésta valor y eficacia probatoria de acuerdo con el 477 del C.P.C.C, sin perjuicio de que la tarea de atribuir las responsabilidades del caso corresponden al suscripto y no al perito, correspondiendo adentrarme ahora en tal tarea.

VI. La responsabilidad civil.

VI.1.- Banco Macro S.A.

Para determinar la responsabilidad que el actor endilga a la entidad financiera Banco Macro S.A. no puede soslayarse que se está ante una relación de consumo con aplicación plena del plexo legal consumeril.

Asimismo, para dar solución al caso tengo presente que en el marco legal aplicable la responsabilidad es objetiva, por lo que habrá que interrogarse necesariamente si se ha probado o no por parte de quien tenía la carga de hacerlo, si el Sr. León en el marco de la transferencia debatida desde la cuenta identificada como 3-548-00227002/5 del Banco Macro S.A. por el monto de \$ 16.900 a una cuenta correspondiente al Banco Supervielle identificada como N° 00120988400210902, CBU 0270109320012098840020 el día 23/1/2013 ha tenido participación voluntaria o no.

De la prueba producida no se observa que el Sr. León o persona autorizada por él haya tenido participación voluntaria en la creación y ejecución de la transferencia puesta en crisis.

No puede soslayarse que en la secuencia de hechos es el propio banco el que alerta al Sr. León a través del Sr. Villagrán de lo que estaba ocurriendo, siendo que el actor desconoció la operación realizada en la cuenta, lo cual es respaldado por la declaración del testigo Albornoz.

Debo recordar que de acuerdo con la calificación que las partes han dado a la relación contractual existente entre ellas -cuenta corriente bancaria- son cuatro los servicios identificados por la doctrina que el banco presta en el marco de esta contratación: el servicio de custodia, el servicio de caja, el servicio de pago de cheque y el servicio de crédito.

Respecto de ese primer servicio, que es el que aparece en juego en este caso- se ha dicho que "los bancos como depositarios del dinero se encuentran, en principio, en la condición prevista por la legislación de fondo respecto de los depositarios en general, ya que existen derechos y obligaciones en cuanto a su tenencia y restitución similares a las de cualquier otro, con la adecuación que supone el tratarse de un depósito irregular, ya que se transfiere al depositario la propiedad de la cosa y éste se obliga a devolver la misma cantidad y especie de cosas depositadas, que pueden ser dinero o títulos. En definitiva, el depósito bancario es un contrato por el cual el cliente transfiere dinero al banco y éste se obliga a devolverlo en el tiempo convenido" (Camerini, Marcelo A., "La actividad bancaria y la responsabilidad civil", RC D 549/2015, p. 7).

Entonces, si no media probada participación voluntaria del Sr. León o persona autorizada para operar en la cuenta como he determinado de la prueba producida en autos, es la entidad bancaria quien ha incumplido su obligación como depositaria de los fondos del cliente.

Así, en el marco de los hechos debatidos los fondos en cuestión han sido "dispuestos" mediante transferencia a cuenta correspondiente a otro titular, sin que medie voluntad ni participación por parte del Sr. León y sin haberse probado tampoco su contribución a que ello suceda por parte de otra persona autorizada al efecto, lo que implica una vulneración a la seguridad que el banco debe brindar.

De todos modos, pese a la adjudicación de responsabilidad que pretendió hacer la entidad bancaria en cabeza de León por la "no protección" de las contraseñas o de la tarjeta de coordenadas o de divulgar las respuestas a las preguntas de la seguridad, ello no ha sido probado en autos, cuando quién tiene la carga de hacerlo es la propia entidad bancaria.

Es decir, la conjetura transformada en sospecha por parte del representante del Banco en desmedro del cliente no solo no conjura la responsabilidad de la entidad bancaria como parte especialmente profesionalizada de la relación contractual sino que pone en crisis el trato digno que debe conferírsele por obligación legal de la LDC.

Así, incumple la entidad bancaria como depositaria la obligación de devolver igual suma a la que obraba en la cuenta del cliente ante esta situación de vulneración de la seguridad, pues detectada prontamente la operación -el propio empleado del Banco Macro S.A refiere al actor en comunicación telefónica que saltó una alarma por lo inusual del lugar en que se realizó la transacción- no realiza en tanto representante de la entidad ninguna acción tendiente a revertirla.

La segunda comunicación, en la que entiendo se vislumbra de manera palmaria el trato inadecuado que no califica como digno al usuario, se extiende por 24 minutos y en dicho diálogo se insiste en el uso de la contraseña, si se comparte la misma, uso de las computadoras, sistema operativo, antivirus, firewall; y persevera el Sr. Villagrán empleado de la sucursal local del Banco Macro S.A en su teoría de que la esposa del Sr. León haya efectuado la transferencia, cuando ya se le había dicho que no poseía la clave de acceso.

Se observa aquí que ha sido una postura permanente del Sr. León la de desconocer la operación, y que ello fue con inmediatez y contemporaneidad a la ocurrencia de la irregularidad en su cuenta informada por el propio banco demandado.

Y todo este derrotero concluye en la derivación del Sr. León a realizar una denuncia penal, consultando aquél si debía pedir la restitución de los fondos, respondiendo el empleado bancario que ello no debía ser objeto de solicitud al momento de denunciar, sí en cambio que se investigue el destino de dichos fondos y los datos de quien recibiera la transferencia.

A raíz de esto surge de la prueba de autos que el Sr. León obró consecuentemente con toda la diligencia que le impone la entidad bancaria a través de su representante, acudiendo a ésta y efectuando la correspondiente denuncia conforme surge de fa. 130/133 y de informe recabado mediante medida de mejor proveer respecto de Expte. penal "Calderón Andrea Noemí S/Estafa" Legajo MPF-VI-0 0347-2017 del registro de la Unidad Fiscal Temática N° 2.

He de volver ahora al uso de la contraseña y su divulgación -divulgación que insisto, no ha sido acreditada en autos-, en tanto me parece de importancia cabal analizar ciertas cláusulas que son de estilo en la contratación bancaria.

En las condiciones generales que obran agregadas a fs. 27/28 se establece que el cliente accede al servicio "ClienteSi Servicio Integral" a través de un código de identificación personal que será de su exclusivo conocimiento, debiendo cambiar el suministrado por el banco en la primera operación que realice, no pudiendo asignar como nuevo código su identificación personal, su fecha de nacimiento u otro que pudiera obtenerse fácilmente. Se establece luego, a lo largo del segundo y tercer párrafos, que "la identificación que el cliente elija como clave de acceso a este servicio es secreta, única e intransferible y por lo tanto el cliente asume las consecuencias de su divulgación a terceros, liberando al Banco de toda responsabilidad que de ello derive. El cliente deberá adoptar las medidas de seguridad que se establezcan para el uso de este servicio

(...) El cliente asume toda consecuencia jurídica del uso del sistema y acepta expresamente no oponer defensas basadas en el uso de su clave de acceso personal. En caso de discrepancias en las operaciones realizadas a través de estos servicios, se tendrán por válidos los registros del Banco. A este efecto, el Cliente faculta al banco a utilizar cualquier medio y/o sistema para acreditar la existencia y pertenencia de la orden cursada. El Cliente acepta expresamente no cuestionar la idoneidad y/o habilidad de esa prueba".-

Sin perjuicio de que es dable destacar nuevamente que el Banco no ha acompañado sus registros como para aclarar la discrepancia, la solicitud acompañada, que reúne las características de un formulario predispuesto, incluye en lo que aquí interesa dos cláusulas abusivas, en tanto se limita la oposición de defensas por parte del usuario del servicio y en cierta medida, también su libertad probatoria. En tal sentido, la resolución 53 del 21/04/2003 de la entonces llamada Secretaría de Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor establece que "Son consideradas abusivas las cláusulas que: (...) e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie. II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales. III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos".

De este modo, es que implicando estas cláusulas una clara restricción de los derechos del consumidor en los términos del art. 37 inc. b) de la ley 24.240, corresponde tenerlas por no convenientes.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia ante un supuesto similar: "En autos, el actor denuncia la extracción de fondos de su cuenta bancaria (caja de ahorros) realizada por terceros no autorizados, circunstancia que fue puesta en conocimiento de la entidad bancaria demandada, quién guardó silencio ante el reclamo de su cliente. Frente a ello, cabe señalar que las entidades bancarias, al encontrarse en una posición ventajosa frente al consumidor -que es la parte débil de la contratación-, son las que ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para aportar los elementos de prueba necesarios para dirimir un conflicto suscitado con un usuario determinado, por lo que

debe ser el banco quién pruebe que no se ha producido una falla en el sistema. De igual modo, se sostiene que no es imposible per se adivinar un código PIN basándose en los sistemas de probabilidad, lo que se traduce a nivel legal en una inversión de la carga de la prueba. Y a ello se agrega que en la actualidad no es inusual la implementación de técnicas delictivas que permiten copiar las tarjetas que se introducen en los cajeros automáticos y conocer, al mismo tiempo, la clave de acceso y demás datos requeridos por el cajero automático para reconocer al usuario, por lo que las entidades bancarias, en cumplimiento de su deber de seguridad, no pueden desentenderse de su responsabilidad ante posibles fraudes denunciados por sus clientes alegando que la entrega de la tarjeta es personal y que solamente el usuario conoce o debe conocer su clave de acceso al sistema" (Pérez, Ramón Argentino vs. BBVA Banco Francés S.A. s. Daños y perjuicios /// CCCLM Sala II, Neuquén, 27/10/2016; Rubinzal Online; 467077/2012; RC J 6354/16).-

Vale asimismo traer a colación que ¿(...) la actividad bancaria adquiere día a día mayor incidencia en la sociedad moderna, es dable exigir a las entidades financieras que obren con la atención y cautela que se corresponda con tal trascendencia, a fin de evitar la atribución de responsabilidad de conformidad con lo exigido por el ya citado artículo 902, Código Civil. Bajo este enfoque es que, frente al cliente, el banco asume responsabilidades derivadas no sólo de una relación contractual determinada, sino las que simplemente son consecuencia de la relación banco-cliente, aunque no hubiera contrato concluido formalmente, cuando existan relaciones contractuales de hecho o aún de subyacentes contratos a favor de terceros, donde el cliente asume el rol de beneficiario (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20.09.07, 'Caruso Rubén Darío y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires', cit. precedentemente; ídem Barbier, ob. cit. supra, págs. 541/3). Con fundamento en esa relación -cualquiera sea la índole o modalidad que asuma en el caso concreto-, cabe señalar que la entidad financiera posee el deber de custodia y seguridad de los fondos que -de algún modo u otro- le han sido confiados, deber que involucra -vale destacarlo- la vigilancia sobre la operatoria que tiene lugar dentro del ámbito de esa institución?. (Conf. CNACom., Sala A, en autos 'Marques Iraola Eduardo y otro c/ BankBoston NA y otro s/ ordinario?', voto de los Dres. Kölliker Frers 'Míguez 'Uzal, 11/03/13).-

También se ha dicho que 'Parece de toda obviedad que la conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada (conf. CNCom., esta Sala, 'Giacchino, Jorge c/

Machine & Man', del 23-11-95, íd., íd., 'Molinari, Antonio Felipe c/ Tarraubella Cía. Financiera S.A.', del 24-11-99, Doctrina Societaria, Ed. Errepar, T. XI, p. 905; entre otros). No puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge 'Introducción al Derecho del Consumidor', Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 11). Bajo tal óptica examinaré las consecuencias que derivan de la conducta asumida por la entidad demandada?. (Conf. CNACom., sala B, en los autos 'S., M. S. c/ Banco Credicoop Coop. Ltda. S.A. y otros s/ ordinario?', causa N° 59.943, 15/06/18).-

Ahora bien, fuera de la normativa y disposiciones que estimo incumplidas por la entidad bancaria y que ya fueran objeto de descripción, es de consideración insoslayable que pesaba en cabeza de tal entidad la obligación de realizar todas las gestiones tendientes a esclarecer lo sucedido de forma expedita.

Sin embargo, en autos, el banco demandado no adoptó la conducta que el ordenamiento, por cierto protector de los derechos del Sr. León, en el marco de profesionalidad que ostenta la entidad bancaria le exige.

Así, ni bien ocurrido el hecho, reitero, volcó todas sus sospechas sobre el accionar del cliente, manejando como hipótesis que la transferencia haya sido hecha por la cotitular de la cuenta sin su consentimiento, que no haya guardado el resguardo de las claves de acceso o coordenadas a utilizar en las transferencias e incluso llegando a atribuir el "ardid" a una manera de remitirle dinero a una persona con quien lo unía una relación extramatrimonial, cuestión esta última que relata el testigo Albornoz en detalle, identificándola como la que más afectación produjo al honor y valores del Sr. León.

Tampoco en la instancia judicial ha habido diligencia de parte del accionado: no ha acompañado el resumen de cuenta del actor, no ha producido prueba tendiente a acreditar las faltas que a este atribuye y aún adhiriendo al pedido de información ampliatoria del perito informático, no ha acercado al proceso información que nos ilustre respecto a cuáles eran los recaudos de autenticación y seguridad que a la fecha del hecho aplicaba la entidad bancaria, en el marco de las posibilidades reglamentarias previstas por el Banco Central de la República Argentina.-

Se sabe que 'El banco es una institución profesional con un elevado grado de sofisticación en sus productos, y con un ofrecimiento masivo de los mismos, lo que permite calificar las relaciones que establece con sus clientes dentro del campo de los vínculos profesionales, caracterizados por un desnivel cognoscitivo relevante. Dentro

del espectro de clientes no profesionales, existe una categoría que comprende a aquellos que obtienen los productos bancarios para su consumo final y pueden ser calificados como consumidores. Si bien todos los clientes que se relacionan con el banco soportan una desigualdad cognoscitiva, muchos de ellos pueden neutralizarla con recursos propios, como ocurre con la generalidad de las empresas; otros pueden verse favorecidos por las reglas generales del Derecho común y bancario, ya que establecen deberes de información cuyo propósito es recomponer esta asimetría informativa?. (R. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, T° III, Ed. Rubinzal Culzoni, 2.000, Pág. 426).- Debe recordarse nuevamente que el sistema de reparación de daños a consumidores es objetivo y solidario. Ello significa que para que el demandado pudiere librarse de aquella responsabilidad -objetiva- debió demostrar que la causa del daño le es ajena (conf. art. 40, últ. pár. de LDC).-

Como ya he reiterado a lo largo del presente decisorio, es evidente que la empresa demandada, en función de su presumida profesionalidad, es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos y además conforme a los lineamientos proteccionistas -art. 3 LDC, 1094 y 1095 CC y C- del régimen de responsabilidad aludido, en su cabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de responsabilidad, pues el actor -consumidor- está relevado de la prueba de la incidencia causal.-

Así, conforme a la prueba producida en autos no se observa que haya mediado un ejercicio voluntario por parte del actor ni de otra persona autorizada en uso de la plataforma digital que el banco le ofrece como cliente. Asimismo, se agrega que el obrar posterior por parte del Sr. León al acaecimiento de la transferencia puesta en crisis es conteste con la diligencia esperable a un consumidor diligente en esa situación pues el Sr. León acudió inmediatamente al banco y asesorado por el Sr. Villagarán siguió todas las indicaciones y contestó todas las preguntas, como así también efectuó las denuncias correspondientes.

Entonces, a tenor de los elementos probatorios ya reseñados y valorados en autos, surge como consecuencia que el Banco Macro S.A ha incumplido con el deber de seguridad que se encuentra implicado en toda contratación enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, así como también con el deber de custodia de los fondos de su cliente y con las normativas que el Banco Central de la República Argentina informa en estos autos, ante el desconocimiento de la operación por su cliente.

Observo también que el trato brindado al usuario del servicio en la etapa en la que

acude el Sr. León a comunicarse con la entidad bancaria no ha reunido la calidad de digna requerida por la normativa vigente (arts. 8 bis de la ley 24.240 y 1097 del C.C.yC), lo cual también trasunta un incumplimiento grave de una obligación legal.

Concluyo entonces que corresponde hacer lugar a la demanda, toda vez que con su obrar la entidad financiera demandada ha infringido las obligaciones contractuales existentes a su cargo, lo que ha provocado daños al actor con adecuada relación de causalidad, todo ello valorado en relación al marco protectorio al consumidor de orden público y de génesis constitucional de nuestro ordenamiento jurídico; todo ello sin perjuicio del elemento daño que se tratará en Considerando VII.

VI.2.- Banco Supervielle S.A.:

No se observa, de la prueba producida en autos y en el modo en que se desarrollaron los hechos que dicha entidad bancaria ostente un accionar reñido con la normativa vigente en materia de derecho del consumidor, ni tampoco una conducta que causalmente pudiese haber tenido incidencia en la producción de daño que reclama aquí el Sr. León.

En consecuencia, de acuerdo con el marco legal aplicable no observo que la conducta del Banco Supervielle S.A., en este caso particular, se traduzca en responsabilidad por el acaecimiento de los hechos debatidos en autos respecto del actor ni con relación al Banco Macro S.A.

En consecuencia, establezco que los efectos de la declaración de responsabilidad en cabeza del Banco Macro S.A. no se extienden al citado como tercero.

VII. El Daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.

Corresponde ahora dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.-

El daño es ??todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades? (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)?; ??es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)?; ya que ??si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)?. Además, ??debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay

daño?. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado 'Responsabilidad Civil', Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).-

En este sentido, la Corte Suprema, en 'Provincia de Santa Fe c/ Nicchi?', juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera 'justa', puesto que 'indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento?', lo cual no se logra 'si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida' (Sent. del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4° y 5°).-

Sentado ello, la actora identificó como rubros cuya indemnización pretende el daño directo, daños moral y punitivo.

#### VII.1.- Daño directo:

El daño directo, conforme art. 40 bis de la LDC es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Reclama por este rubro la actora la suma de \$ 16.900, suma que se entiende constatada conforme al lo informado no solo por el propio actor sino también por el Banco Supervielle S.A. - fs. 19- respecto de la cuenta N° 00120988400210902 CBU 0270109320012098840020.

Habiéndose probado el monto de la transferencia que aparece como efectuada desde la cuenta del Sr. León, corresponde su reconocimiento a tenor de lo prescripto por el art. 40 bis de la ley 24.240.

Dicha suma actualizada desde el día 23/12/2013 a la fecha de la presente conforme calculadora oficial del Poder Judicial asciende a \$ 70.424,96, monto que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.-

#### VII.2.- Daño moral:

Se entiende al daño moral como '...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...'. (Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, 'Responsabilidad por Daños?', Ed. Rubinzal Culzoni 2006, T° V 'Daño Moral?', Pág.118).-

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que 'no existen pautas exactas para su

cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales ..., T° II, Pág. 239)", (?) "que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador". (Cfr. CACiv Viedma "Cespedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (Ordinario) 21/03/2017.-

En el ámbito contractual "el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos espirituales (cfr. CCCRos, Sala I, 05.09.2002, "Capucci c. Galavisión V.C.C. S.A.", Zeus 91-J-245; v. tb. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p. 205, N° 557; ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, p. 264), aclarándose que no todo incumplimiento contractual apareja "per se" daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales, sino que es preciso que el incumplimiento trascienda de lo meramente material involucrado en lo contractual, a lo emocional, es decir, la noción del agravio moral se vincula al concepto del desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, no equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda provocar el incumplimiento contractual, ya que tales vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Rosario, Santa Fe en: Ac. N° 470 del 28.12.2011, causa "Volpatto c. Cali"; Ac. N° 407 del 11.11.2011, causa "Fernández c. Wulfson"; Ac. N° 391 del 04.11.2011, causa "Testa c. Gorriño", entre otros)". (Conf. CACivil Viedma, en autos caratulados "Telic Vladimiro Roberto c/ Volkswagen Compañía Financiera s/ daños y perjuicios (Ordinario)", 31/05/2017).-

Al respecto, cabe destacar que la conducta desplegada por la demandada no se condice con el carácter profesional y el grado de especialización que reviste en la materia contractual de esta especie, lo que debido a su "(...) superioridad técnica y una mejor

posición para acceder a las herramientas que permitan el normal desenvolvimiento de la relación contractual; ello, debe traducirse en un mayor grado de colaboración para con el cliente. Consecuentemente, debe asumir los riesgos provenientes de esa actividad, y por ende, los daños generados por su propia negligencia en caso de haberlos producido. La actitud esperable del accionado era que le informe a su cliente (?). (CNACyCFed, Sala 2, en autos ?Hereñu Elbio Augusto c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios?, causa 4.249/10, Voto de los Dres. Ricardo Víctor Guarinoni - Silverio Gusman, 29/12/16).-

A ello agrego que el capítulo de daño moral en el marco del derecho del consumidor y aplicado al caso está relacionado directamente con el causado por el disvalor del cumplimiento en cuanto a una prestación deficiente del servicio de productos financieros que pesa en cabeza de la demandada en favor del actor.

Así, en los mecanismos de atención al cliente no basta con detectar el problema como lo hizo el banco a través de su representante Sr. Villagrán, sino que dicha actividad debe ir rodeada de la eficacia en el manejo del reclamo, y de un tratamiento del cliente en adecuado parámetros de equilibrio respecto de su calidad de consumidor en cuanto a su satisfacción, lo que se traduce en la calidad del trato exigido por la ley.

No se soslaya tampoco lo que refirió el testigo Albornoz respecto del malestar emocional que causó la situación al Sr. León.

Esas cuestiones determinadas en autos me generan la convicción de que han causado en el actor suficiente impotencia y sufrimiento con repercusión en su esfera espiritual, lo que se traduce como daño moral que debe ser resarcido.

De ese modo, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, de acuerdo con las previsiones del art. 165 del CPCC, considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$ 100.000 con más una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario desde la fecha del hecho dañoso, esto es el 23/01/2013 hasta la fecha de sentencia ? 8 años, 4 meses, y 24 días o un total de 3068 días lo cual totaliza un 67,49 % lo que hace, en consecuencia, que la suma ascienda a \$ 167.490 a la fecha de la presente, todo lo anterior conforme a parámetros del fallo del STJ "GARRIDO PAOLA CANCINA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S / ORDINARIO S/ CASACION" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89 el que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.-

### VII.3.- Daño punitivo:

Se reclama por este rubro de manera conjunta con el daño moral la suma de \$ 230.000.

Pese a la conveniencia que ya he destacado de aportar mayor claridad al juzgador al momento de determinar los rubros resarcitorios, pasaré por alto la forma conjunta en que se realiza el reclamo del daño moral y el daño punitivo, en tanto la doctrina se ha expedido en el sentido de que no es un requisito del pedido de aplicación de daños punitivos su determinación numérica expresa.

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

Al respecto el S.T.J tiene dicho: "(?) en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como sumas de dinero, que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., "Daños Punitivos", en "Derechos de Daños -Segunda parte-", pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitoria". (STJRNS1 Se. 100/10 "Parra").

También se ha dicho que "(?) el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No

cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva? (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. ¿Reformas a la ley del consumidor?. LA LEY 16-03-2009. La ley 2009-B, 949)?. (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados ¿Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...", Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01/07/14).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. Se ha dicho en tal sentido que no obstante una fuerte mirada hacia el perjudicado, "el juez no puede prescindir de la situación de un dañador no intencional o doloso (...) El derecho no es indiferente a la incidencia que el pago del resarcimiento puede originar en el causante del perjuicio y en su familia. Se busca, por esta vía, evitar su ruina, la quiebra de una empresa, el cierre de un establecimiento" (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván -Abreviado- Exp. N° 1745342/36", Sentencia N°: 181, Fecha: 27/10/2011, Semanario Jurídico: n°: 1846, del 1/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321). ¿Molina, Eduardo Mario vs. Fiat Auto S.A. de Ahorro Para Fines Determinados y otro s. Sumarísimo Cámara en lo Civil y Comercial Común, Concepción, Tucumán; 03-06-2016, RC J 3744/16?.

Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder atento a la gravedad del incumplimiento del banco accionado, en tanto una vez detectado un movimiento inusual en su cuenta bancaria, no sólo no desplegó acciones - conforme a su alta profesionalización- dirigidas a investigar

o reversionar la transacción, o en caso de que esto fuera imposible por la rápida extracción del dinero en la cuenta de destino, restituir los fondos a la cuenta del Sr. León, sino que constituyó a éste -quien claramente desconoce la operación ante la primera consulta- en el principal sospechoso, lo cual se traduce en el grave incumplimiento de una obligación legal - trato digno-.

En función de lo antes expuesto y teniendo en cuenta el caso particular tratado, y la gravedad del hecho he de cuantificar el daño punitivo a fin de que tenga un real efecto disuasivo ante situaciones similares en la suma de \$ 500.000 a la fecha de la presente el que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.

VIII.- Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 5/10 por el Sr. Rodolfo Higinio León y condenar al Banco Macro S.A. a pagarle en el plazo de 10 días por Daño directo la suma de \$ 70.424,96 , por Daño Moral la suma de \$ 167.490 y por Daño Punitivo la suma de \$ 500.000, todos calculados a la fecha de la presente y de ahí en más la tasa de interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que fije en lo sucesivo el Superior Tribunal de Justicia y hasta su efectivo pago. Los efectos de la presente condena no se extienden al citado como tercero Banco Supervielle S.A. conforme a fundamentos dados en Considerando VI.2.

IX.- Costas y honorarios:

Las costas del proceso se imponen al demandado Banco Macro S.A en su carácter de vencido (art. 68 y ccdtes del C.P.C.C.).

A su vez, habida cuenta de la pluralidad de partes y de profesionales intervinientes, se deberá tomar en consideración la disposición prevista en el art. 730 CCyC, según la cual la responsabilidad por el pago de las costas no debe exceder del 25 % del monto de la sentencia, debiéndose -en caso de que las regulaciones a practicarse según las leyes arancelarias locales superaren dicho porcentaje- proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios, sin tener en cuenta el monto de los honorarios de quienes hubieran asistido a la parte condenada en costas.-

En tal sentido, se debe tener en cuenta que de computarse para los vencedores el 15 % + 40 % y las etapas cumplidas, y 5 % para el perito, todo ello sobre la acción principal, excluidos los honorarios profesionales de los letrados de la condenada en costas, se alcanzaría una cifra del orden de \$ 346.829,03 siendo que el tope del 25 % (art. 730 CCyC) sería la de \$ 184.478,74 monto éste que representa aproximadamente el

53,1915 % de la primer suma, por lo que se determinarán a prorrata los honorarios correspondientes, fijándose además en concordancia con ello, por elementales razones de equidad, los honorarios de los profesionales de la condenada en costas.

Asimismo, y en función de la tarea profesional desplegada en autos, medida en su extensión, calidad y eficacia he de regular los honorarios de los representantes del Sr. Rodolfo Higinio León, Dres. Raúl José Cámpora, Daniela Andrea Bellini Curzio y Alejo Domínguez Masciale en conjunto en la suma de \$ 82.426,67 (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %), del Dr. Lucas Alberto Bollero en la suma de \$ 82.426,67 (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %) por la representación del citado como tercero Banco Supervielle S.A, de los Dres. Mauricio Josué Yearson y Paula de la Paz Bagli en conjunto en la suma de \$ 60.446,23 (coef. 53,1915 % de 11 % + 40 %) por la representación del demandado Banco Macro S.A -MB. \$ 737.914,96- ( Art. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y concordantes de la Ley G 2212).

No se regulan honorarios de la Dra. Verónica Miguens - fs. 83- en tanto no ha acreditado matrícula profesional en la Provincia de Río Negro.

Regular los honorarios del perito en informática Lic. Enrique Aníbal Corujo en la suma de \$ 19.625,40 (coef. 53,1915 % del 5 %) (Conf. arts. 18, 19 y cc de la Ley N° 5069).-

Por los fundamentos expuestos,

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Rodolfo Higinio León a fs. 5/10 y condenar al Banco Macro S.A. a pagarle en el plazo de 10 días por Daño directo la suma de \$ 70.424,96, por Daño Moral la suma de \$ 167.490 y por Daño Punitivo la suma de \$ 500.000, todos calculados a la fecha de la presente y de ahí en más y hasta su efectivo pago la tasa de interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que fije en lo sucesivo el Superior Tribunal de Justicia. Los efectos de la presente condena no se extienden al citado como tercero Banco Supervielle S.A. conforme a fundamentos dados en Considerando VI.2.

II.- Imponer las costas a la parte demandada Banco Macro S.A. (art. 68 del CPCC).

III.- Regular los honorarios de los honorarios de los representantes del Sr. Rodolfo Higinio León, Dres. Raúl José Cámpora, Daniela Andrea Bellini Curzio y Alejo Domínguez Masciale en conjunto en la suma de \$ 82.426,67 (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %), del Dr. Lucas Alberto Bollero en la suma de \$ 82.426,67 (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %) por la representación del citado como tercero Banco Supervielle S.A, de los Dres. Mauricio Josué Yearson y Paula de la Paz Bagli en conjunto en la suma de \$

60.446,23 (coef. 53,1915 % de 11 % + 40 %) por la representación del demandado Banco Macro S.A y -MB. \$ 737.914,96- ( Art. 6, 7, 8, 10, 11 y concordantes de la Ley G 2212). Notifíquese y cúmplase con la Ley D 869.

IV.- Regular los honorarios del perito en informática Lic. Enrique Aníbal Corujo en la suma de \$ 19.625,40 (coef. 53,1915 % del 5 %) (Conf. arts. 18, 19 y cc de la Ley N° 5069).

V.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola  
Juez