En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de Marzo del año dos mil veinticinco, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Guillermo Daniel HANSEN. y Dr. Julián Emil JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"<Persona 17>, <Persona 8> C/ <Persona 28> S/ Nulidad de contrato" (Expte. N° 342 - Año 2024)** venidos del Juzgado Civil y Comercial de esta ciudad (Expte. N° 51 /2022) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- La sentencia de grado. La sentencia de grado condenó a <Persona 30> SA a abonar a la Sra. <Persona 29> la suma de $ 20 000 000 (Veinte millones de Pesos) en concepto de daño moral y daño punitivo, con más los intereses y su capitalización, indicados precedentemente, dentro de los diez (10) días de quedar firme este pronunciamiento. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios profesionales

2.- Los agravios. En primer lugar, refiere que su representada solicito al momento de contestar demanda, la citación a juicio como tercero a la compañía <Persona 31>, ello con el objetivo primario y fundamental de romper en nexo causal entre el hecho y su mandante. Siendo que, como se fundó en su oportunidad, se trata de un hecho de la víctima o un tercero por el cual la entidad bancaria no debe responder. Con fundamento en el factor eximente que requiere la norma, de romper el nexo de causalidad.

Indica que se rechazó la posibilidad de que ingrese el tercero a juicio, dejando echada la suerte de su mandante a la prueba a producirse, y justamente ello fue lo que se hizo.

Indica que la jueza de grado ha caído en la arbitrariedad, la irrazonabilidad, la desproporción y ha, en materia interpretativa, conducido los hechos y la prueba por los carriles que le ha marcado la actora, apartándose de la prueba que se produjo en este proceso.

Cita correspondencia.

Dice que la sentenciante, realiza un recorte antojadizo e interpreta dicha prueba, de manera absolutamente arbitraria, basándose en ja respuesta del 18 de abril de 2024, pero nada dice respecto de la fechada 1 de agosto de 2024, la cual es contundente a los fines de romper el nexo causal y así, eximir de responsabilidad a su mandante "se dieron los extremos de validación de identidad necesarios para realizar tal gestión. En este caso se registra que el cambio de SIM fue efectuado a través del proceso autogestionable, que prevé que ante la compra de un chip; y mediante la validación de identidad por medio de preguntas de seguridad.

Dice que el <Persona 32> SA no tiene control cuando es ante la empresa de telefonía que se realizo el cambio de <Persona 34>, y no ante el banco.

Aduna que autores como <Persona 24> tienen dicho, que lo que libera al demandado es la culpa de la víctima. La víctima debe ser un sujeto imputable, capaz de discernimiento; por lo que si en el caso la culpa de la actora se aprecia como un defecto de conducta (es no intencional), convengamos que se concluye como el resultado de una negligencia o de una imprudencia. O de un engaño ocasionado por terceros. Cuando decimos negligencia, decimos defectos de atención y, cuando decimos imprudencia, decimos falta de precaución, omisión de la diligencia debida y, defecto de advertencia o previsión de alguna cosa, negligencia inexcusable y punible por olvido o desdén de las precauciones que la cautela vulgar aconseja.

Refiere que ha existido en los eventos que dieran lugar a esta acción judicial, un actuar imprudente por parte de la actora. Lo que no implica voluntad, dice, que hoy estamos a merced de abril un link, o contestar un mensaje, y que ello sea la puerta de entrada para la comisión de estafas, fraudes, y todo tipo de accionar ilícito. Aquí, lo que ha demostrado la naturaleza de los hechos es que precisamente se trata del caso típico en que una persona en forma involuntaria y desafortunada otorga a terceras personas, datos personales, sensibles e intransferibles, o bien, y abre la puerta a que a la comisión de todo tipo de delitos.

Señala que estamos frente, además, de un hecho de un tercero, que, consecuentemente con lo expuesto, la intervención de las personas físicas o jurídicas que han cometido el delito de estafa contra los clientes bancarios se hace incuestionable, puesto que sin perjuicio de que a todo evento la sentencia a dictarse deberá determinar su responsabilidad, y por ende, el fallo "...lo afectará como a los litigantes principales" (cfr. art. 96 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

Agrega que surge de los propios dichos de la actora y de la prueba oficiada a la empresa telefónica, que la página Web y el Home Banking de nuestra mandante funcionan de manera correcta. Pero el error no vino del sistema de<Persona 33> S.A. sino que fue producto hackeo o error en el uso de su teléfono celular. Las maniobras descriptas en la demanda fueron posibles por la negligencia e imprudencia de la actora, o bien por el hecho de un tercero por el cual el banco no debe responder. Incluso, la compañía telefónica de la cual es usuaria la actora, quién a la luz del devenir de la prueba, considermos erróneamente no aceptada en este proceso.

Indica que, en el caso, y como se informó y probo, no existió recupero de usuario y clave con respecto a las que venía utilizando, se generó ALTA PP a través de la correcta aprobación del validador de identidad Riesgo Net, los

códigos para la aprobación de dicho PP más las transferencias DEBIN (que está desconociendo), fueron dirigidos vía SMS al celular registrado en nuestro sistema por el cliente, dato válido en su nota de reclamo.

Agrega que como puede apreciarse lo observado por la actora no sugiere la falla de los elementos de seguridad de<Persona 33> S.A. Las fallas del celular que denuncia la actora le son ajenas a nuestra mandante, quien no solo no tuvo responsabilidad en el hecho, sino que además remitió las alarmas de seguridad en cumplimiento a las normativas vigentes del Banco Central.

Manifiesta que el yerro más notorio de la arbitrariedad de la sentencia, es que dice y toma, algo que no paso, "Se ingreso al Home Banking de la actora, y se modificaron los datos personales referido al cambio de numero de móvil y correo electrónico, ello a los fines de validar las operaciones" Ello, V.E., no es asi, nunca sucedió, y es de sentido común, y por eso la entidad bancaria actuo diligentemente, porque NO SE MODIFICARON LOS DATOS MIENTRAS SE SOLICITO EL PRESTAMO, con lo cual, ello no dispara ningún tipo de alarma, advertencia o alerta, que pueda fundarse en la COMUNICACIÓN "A" 7319 del BCRA.
Afirma que no sucedió lo que la sentencia dice, ni siquiera es lo que dice la actora en su relato.

Refiere que surge claro de la pericia informática que, el camino de la solicitud y los avisos fueron los siguientes: "3) Si e<Persona 33> S.A. envío las comunicaciones preventivas al mail <Email 1> los días 17 y 18 de octubre de 2021. En los sucesivos correos enviados desde las cuentas de<Persona 33> hacia la cuenta <Email 1> durante los días mencionados, se avisa de la existencia de debin pendiente y que requiere la autorización del titular de la cuenta, (17-10 12:56; 12:57; 13:08; 13:09 y 13:22) seis DEBIN a ser autorizados. EL 17-10 13:07 Avisa de la solicitud de un préstamo e informa que puede ser cancelado. El 17-1013:24 aviso de modificación de datos personales. El 17:10,

19:26 aviso de bloqueo de cuenta. Día 18-10 8:26 solicitud de baja y su posterior resolución a los reclamos"

Concluye que en definitiva, mientras se proceso el préstamo y las transferencias, los datos nunca fueron modificados recién se informa a las 13:24, cuando la operatoria ya estaba consumada. Brevemente, justamente de eso se trata un hackeo tecnológico, no cambian, ni modifican nada, lo que suplantan es la identidad de los titulares, son vos, siendo vos, con tu nombre, tus datos, tu correo, tu pin, tu contraseña y tus datos sensibles, insiste en que no modifican nada, actúan. Y es allí donde radica la dificultad de las nuevas modalidades delictivas.

Indica que si bien el nexo de causalidad se interrumpe al momento que, la empresa de telefonía celular, realiza un cambio de <Persona 34> como la que informa, y que los datos y registros bancarios de la actora no fueron modificadas sino después de las operatorias denunciadas, era imposible que e<Persona 33> SA tenga control y sobre lo que venía sucediendo, (el hackero ya estaba realizado cuando se entra al sistema, y la pericia informática da cuenta de que no hubo falla del mismo) más aun, cuando el ingreso al sistema se realizo utilizando los datos y/o claves personales de la actora.

Explica que el SIM <Persona 35> permite al ciber atacante duplicar el número de teléfono, usurpando la identidad del usuario a partir de lo cual, el delincuente se apropiará de la linea y recibirá los mensajes SMS a partir de lo cual, podrá acceder a sus cuentas bancarias modificando datos de acceso que se confirman a través de este tipo de mensajes. Esta conducta permite burlar las medidas de seguridad que sitúan al móvil como instrumento de transacciones verificación de la identidad para una amplia gama de comerciales, entre ellas las cursadas a través de aplicaciones de entidades financieras.

Agrega que especialmente en los últimos años se han incrementado las transacciones que se cursan por este medio producto de las medidas tomadas por parte del Gobierno Nacional en materia de emergencia sanitaria COVID19 que han incentivado el uso de mecanismos a distancia para realizar transacciones financieras y comerciales en general, con lo cual estas maniobras se han incrementado en forma significativa.

Manifiesta que las entidades financieras ante las fallas de las prestadoras en sus responsabilidades de control de la identificación de sus usuarios, se ven en la necesidad de reforzar o introducir nuevos controles o alertas para detectar la existencia de actividades delictivas, sin sustituir o asumir funciones a esos medios que tal como se ha expresado corresponden al organismo de contralor en la materia (<Persona 36>), las prestadoras de Servicios de Telefonía y a los Ministerios de la Nación aludidos.

Sostiene que las prestadoras deben identificar a los usuarios, el <Persona 36> hacer una supervisión y los ministerios con facultades suficientes su seguimiento (art.4), por lo cual la competencia para todo ello es ajena a la actividad financiera de mi mandante, la que como usuaria de tales servicios solo debe advertir a sus usuarios su correcta implementación en forma personal y sin compartir con terceros.

Indica que la condena a<Persona 33> S.A en los términos arbitrarios y desproporcionados de la sentencia, parecerian asimilarlo a quien cometió el delito que produjo las consecuencias de los hechos que se ventilaron en la causa judicial. Refiere que habría que partir de la pregunta respecto a si... ¿Hay responsabilidad del banco cuando se produce un ciberdelito o es responsable la víctima? ¿O el Banco también es víctima? Refiere que éstas son algunas de las preguntas que mucha gente se plantea ante estos supuestos, debemos recordar que "el gran responsable" es el atacante y en general las acciones judiciales siempre deberían ir encaminadas a su localización y enjuiciamiento. La gravosa condena impuesta al Banco efectúa

una evaluación radicalmente equivocada de las responsabilidades consecuentes frente a un ciberdelito, imputándole exclusivamente las hipotéticas consecuencias dañosas, cuando claramente el Banco aparece también como víctima del ilícito penal.

Como segundo agravio señala que de los puntos 1) y 2) de la sentencia, ello es la solicitud de pedido de nulidad de la apertura de la caja de ahorro, del otorgamiento del préstamo, de la operatoria desarrollada y de abstenerse su mandante de continuar con los mecanismos de cobro de su acreencia, refiere que debe quedar en claro que esa parte se agravia, atento a que se trata de un ilícito delictual de un tercero por el cual e<Persona 33> S.A no debe responder, y/o además, del no cumplimiento por parte de la actora de las medidas de seguridad publicitadas por el Banco.

Menciona que todo ello conlleva a la falta de responsabilidad imputable a su mandante, ya que, como se ha desarrollado, y se desarrollará a lo largo de su memorial, no se ha probado que haya incumplido obligación legal o contractual alguna. Para este agravio, se adhiere a los fundamentos vertidos en el primer agravio.

Como tercer agravio indica que la jueza de grado, de manera absolutamente arbitraria, desmedida e incongruente, impuso una multa de $15.000.000; apartándose de todos los requisitos legales y jurisprudenciales que deben confluir para la procedencia de la multa civil que aquí se cuestiona.

Agrega que para la procedencia de este instituto, debió la actora acreditar que su mandante ha incumplido con sus obligaciones haciendo procedencia es excepcional. Es la propia sentenciante quien da el puntapié inicial que pone en crisis la multa que decreto, cuando ella misma dice que:

Dice que es la propia sentencia la que descarta de plano, el dolo, la culpa grave y/o un actuar malicioso de su mandante.

Recuerda asimismo que el art. 271 CCyC, habla de artificio, maquinación, ardid, para producir un daño. Señala que dicha conducta no ha sido desarrollada en modo alguno por parte de su representada, dicho por la propia jueza de grado.

Cita jurisprudencia y doctrina

Dice que la multa civil impuesta o "pena" punitiva, carece de la más mínima racionalidad, sumado a una absoluta incongruencia entre lo pretendida en la demanda por la actora, y lo finalmente impuesto por la jueza de grado, quien, apartándose de la demanda, arbitrariamente aumenta dicha pretensión en más de un 800%.

Indica que al momento de interponer una acción y solicitar un rubro indemnizatorio o multa, la expresión "o en más o menos de lo que surja de la prueba a producirse" no puede ser el fundamento para como en el caso de autos, imponer un monto "extra petita" convirtiendo la sentencia en irrazonable y por fuera del normado en el articulo 3 del Código Civil y Comercial "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada."

Como cuarto agravio indica que de manera arbitraria se hace una interpretación de la pericia psicológica, que lejos esta de ser la que objetivamente fue presentada y agregada en auto el 22 de mayo de 2023. La sentenciante, interpreta por fuera de la letra de la licenciada experta, acomodando los hechos para fundar lo que luego redunda en una cuantificación desmesurada del rubro objeto de este agravio.

Dice que la reparación del agravio moral en materia contractual, conforme lo ha sostenido uniformemente la jurisprudencia, debe ser interpretada con carácter restrictivo, debiendo exigirse en todos los casos la prueba concreta del perjuicio que se alega haber sufrido, en consecuencia, la sentencia al ponderar este rubro parte de "Por ello, ha de ponderarse el padecimiento

sufrido por la Sra. <Persona 37>, las derivaciones en su psiquis que mencionara la perito psicóloga y su incidencia en su vida social, de relación y laboral."

Cita la pericial psicológica e indica que la sentenciante, reconociendo que el hecho no afecto la psiquis de la actora, una vez más, deja de lado el principio de congruencia, se aparta de la pretensión de la actora $400.000, para aumentar dicho rubro en un 1250% estableciendo una suma desproporcionada de $5.000.000.

Agrega que en materia contractual el daño moral no se presume. Quien lo invoca debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia. Sentados estos principios básicos, no se puede presuponer que haya existido una afección anímica o lesión a los sentimientos de la accionante que, por su entidad y gravedad, pueda dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual que vulnere sus derechos personalísimos, exigencias éstas necesarias para la procedencia del item resarcitorio requerido por la demandante.

Respecto de la cuantificación del mismo, manifiesta que la jueza de grado decreta que "A los fines de establecer la indemnización, considerando las circunstancias de este caso, he de establecer la suma de $ 5 000 000, importe que le permitirá a la accionante obtener el goce de un bien equivalente a su sufrimiento, ya sea un viaje por el país, por ejemplo, o adquirir un bien que le permita desarrollar sus inquietudes o proyecto de vida." Ello con fundado en antecedente de esta V.E. Cámara de Apelaciones.

Agrega que la propia actora cuantifico este rubro en $400.000. Muy lejos del 1250% que le ha arbitrariamente impuesto la sentencia a mi mandante. Refiere que estamos hablando, de más de 10 veces el valor del préstamo y/o movimiento bancarios objeto del fraude realizado por un tercero. Y que, como bien recoge la sentencia, el Banco no obro ni con dolo ni culpa ni malicia. Entonces, estamos muy por encima de un "importe que le permitirá

a la accionante obtener el goce de un bien equivalente a su sufrimiento, ya sea un viaje por el país, por ejemplo, o adquirir un bien que le permita desarrollar sus inquietudes o proyecto de vida", redundando en un importe sin fundamento ni anclaje en la realidad. Por ejemplo, un viaje por el país, ¿5.000.000?, dice que es realmente irrisorio.

Concluye que no se advierten factores relevantes susceptibles de afectar la paz y tranquilidad anímica de la actora, alterando su estabilidad emocional, que importen objetiva y razonablemente ser evaluados, por el mero hecho de su acaecimiento in re ipso-, una efectiva lesión a sus intereses espirituales, con motivo del fraude realizado por un tercero ajeno a su mandante. Quien, una vez más, y tamando palabras de la a quo, refiere, actuó sin dolo, sin malicia y sin culpa grave.

Manifiesta que se violan todos los criterios de razonabilidad que deben tener las sentencias, con arreglo en el artículo 3 del Código Civil y Comercial "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada."

Como quinto agravio expresa que de los intereses fijados para la repotenciación del daño moral y particularmente de su capitalización al momento de la notificación del traslado de la demanda. Es ilustrativo el fallo dictado hace unos pocos meses por la CSJN en los autos CNT 23403/2016/1/RH1 "Oliva, <Persona 11> c/ COMA S.A. s/ despido", sobre improcedencia de la capitalización en los créditos laborales. Sobre todo, contrastándolo con el reclamo de la actora por este rubro de $ 480.000 en su libelo inicial, y habiéndose fijado por la sentenciante el $5.000.0000. El fallo en este sentido está decidiendo "ultra petita". Cita considerandos del fallo.

3.- Tratamiento de los agravios.

3.1.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, <Persona 18>. c. Caisso, <Persona 19>, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

En razón de la temática planteada analizaré los agravios de la parte demandada.

3.1.- La arbitrariedad de la sentencia. Refiere el recurrente en varios pasajes de su expresión de agravios a la arbitrariedad de la sentencia de grado. Resulta de particular relevancia analizar la cuestión pues la consecuencia de una sentencia arbitraria es la nulidad de ese acto procesal.

En ese marco, corresponde precisar que una sentencia será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carece de una fundamentación suficiente, o bien cuando posee omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hacen que quede descalificado como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (vg. apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Nada de todo esto ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica del apelante, la Sra. Jueza de grado ha basado su fallo en las circunstancias fácticas derivadas de la traba de la *litis* y las constancias obrantes en el expediente y aplicando la ley al caso concreto, todo lo cual me lleva considerar que el acto jurisdiccional resulta plenamente válido.

3.2.- La valoración de la prueba. Expresa la demandada en su libelo recursivo que la jueza a quo ha conducido los hechos y la prueba por los carriles que le ha marcado la actora, apartándose de la prueba producida en el proceso.

En ese sentido **r**esulta loable destacar que es una facultad privativa de los Jueces de grado el apreciar la prueba de acuerdo a la valoración que consideren pertinente en el caso concreto, conforme a su prudente criterio y sana crítica.

El Juez de grado es soberano en selección y valoración de prueba como asimismo con el resultado que se sigue de su análisis, cuestiones no revisables en esta instancia.

Cabe recordar aquí, que CPCC exige al juzgador que la valoración de la prueba lo sea por los principios de la sana crítica, siéndole totalmente lícito al judicante apreciar oportuna y justamente si los elementos aportados devienen objetivamente verídicos, no solamente por la congruencia entre ellos, sino además, por la corroboración de los mismos con el resto de las pruebas que pudieran obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa de la Sra. Magistrada de grado.

Se debe tener en cuenta que el material probatorio debe ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los distintos elementos de convicción arrimados al proceso que llevan al ánimo del Juez/a la convicción de la verdad de los hechos (Ver mi criterio en CAPM, en autos: "C. J. P. c/ P. A. s/ pago por consignación", Expte 55/2017, Sent. del 25/07/17, Reg N° 53/17 SDL).

Sentado ello, corresponde precisar que el apelante no desvirtúa la posición de la Sra. Jueza de grado pues no encuentro elemento alguno que me permita inferir que la judicante no haya considerado los elementos probatorios globalmente apreciados al momento de fallar.

3.3.- La imputación a la demandada. **El incumplimiento obligacional.**

La demandada ha incumplido una obligación de resultado, basada en determinar la identidad del cliente.

Esta obligación tiene fuente legal, ya que la Comunicación "A" 7319 del BCRA establece que la entidad, para la autorización de un crédito pre aprobado, debe verificar, fehacientemente, la identidad del usuario de los servicios financieros, mediante las técnicas de identificación positiva. Se agrega que debe constatarse que, previamente, los puntos de contacto indicados por el usuario no hubieran sido modificados recientemente. A su

vez, verificada la identidad, deberá comunicar, a todos los puntos de contacto disponibles, que el crédito se encuentra aprobado, y de no mediar objeciones, se acreditará en su cuenta, a partir de las 48 hs. hábiles siguientes, plazo que puede reducirse si se acredita la conformidad del usuario de manera fehaciente.

En este marco, siendo la obligación referida de "resultado" el factor de atribución es objetivo, por lo que toda la explicación subjetivista realizada por la apelante carece de sustento, pues el fundamento de la responsabilidad es la garantía de tinte objetivo.

Dicho deber de garantía del servicio surge plausible también del art. 5 de la Ley 24.240, siendo la consecuencia de ello que la eximición de responsabilidad debe recaer sobre el hecho de la víctima o de un tercero (arts. 1729 y 1731 del CCCN).

3.4.- Las causas de eximición. **El hecho de la víctima.** Preliminarmente debo referir, que basado en el carácter de las obligaciones incumplidas que surgen de los artículos precitados, la interrupción del nexo causal solo pude darse en las presentes actuaciones por incidencia del hecho de la víctima o de un tercero (arts. 1723, 1726, 1727, 1729 y 1731 del CCCN).

En este marco, más allá de los dichos de la demandada no encuentro elementos de rigor que me permitan determinar la incidencia del hecho de la víctima en el resultado ya que su accionar es ajeno a los hechos descriptos en la presente causa.

3.5.- La intervención del tercero y el hecho del tercero. Al inicio de las presentes actuaciones la Sra. Jueza de grado desestimó la citación de tercero solicitada por la demandada de autos. La recurrente se alzó contra dicha resolución mediante un memorial a cuyos fundamentos nos remitimos (ID 727928), por el que planteó la arbitrariedad de la sentencia al entender que la misma no consideró los elementos aportados para solicitar la citación de tercero de la empresa <Persona 38> S.A. Este Cuerpo Jurisdiccional confirmó

la sentencia interlocutoria registrada como N° 61/22, en todo lo que fuera materia de agravios.

Desde esta arista la cuestión ya ha precluído por encontrarse firme y consentida la referida resolución. Como expone ALSINA el efecto que constituye la preclusión es que un estadio procesal supone la clausura del anterior, de tal manera, los actos procesales cumplidos quedan firmes y no puede volverse sobre ellos. El principio de la preclusión consiste en que, para cualquier actividad procesal, destinada a un determinado fin, existe en el proceso un período transcurrido el cual la actividad no puede cumplirse; según el criterio opuesto cualquier actividad puede cumplirse en cualquier período procesal (ALSINA Hugo, "*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*", T I, Parte General, Ed. Ediar, Bs. AS., 1956, pág. 454).

Por su parte, más allá de las cuestiones internas entre la demandada y la empresa <Persona 38> las cuales no son oponibles al consumidor, el hecho de esa empresa no reviste la fuerza suficiente para justificar, en los términos del art. 1731 del CCCN, el incumplimiento del deber que emerge de la Comunicación "A" 7319 del BCRA y del art. 5 de la LDC y que pesaba sobre la demandada.

4- Nulidad de la apertura de la caja de ahorros. Señala la quejosa que se trata de un ilícito de un tercero por quien no debe responder.

La sentencia de primera instancia determino *"(…) conforme los hechos acreditados, el otorgamiento del préstamo personal, N° <Archivo 2>, por $ 547 944,80, a nombre de la actora obedeció a fallas de seguridad del sistema implementado por la demandada para las operaciones de sus clientes, via online, no obstante, sus aseveraciones al contestar demanda, en cuanto a que implementa extremas medidas de seguridad. (…) Corresponde entonces decretar la nulidad de la apertura de la Caja de Ahorro N° <Persona 39>, del otorgamiento del préstamo*

personal, N° <Archivo 1>, por $ 547 944,80, a nombre de la actora y de la operatoria desarrollada en relación al mismo, como también la modificación de los datos personales de la Sra. <Persona 37> efectuada el 17/10/21. Con ello, la demandada deberá abstenerse de continuar con el mecanismo de cobro ya iniciado y efectuar las comunicaciones pertinentes al BCRA, a efectos de modificar la calificación de la Sra. <Persona 37>, que informara con anterioridad, referida al crédito citado.(…)"El subrayado me pertenece.

La nulidad de la apertura decretada en la instancia de grado tal como fue expresado y fundado por la magistrada, obedece a la imputación de la responsabilidad atribuida a la demandada en razón del incumplimiento en el deber de garantía del Servicio, por cuanto, esta no ha logrado acreditar la eximición de responsabilidad sea por causa del hecho de la víctima o de un tercero.

Nuevamente indico que la demandada ha incumplido con la obligación de determinar la identidad fehaciente de quien abre la caja de ahorro, por lo cual existiendo un error en dicha identidad, la consecuencia jurídica es la nulidad.

Como ya lo he sostenido, surge de las constancias de autos que la recurrente no cumplió con la normativa vigente a fin de brindar una mayor protección y seguridad para operaciones como, en el caso, el otorgamiento de un préstamo solicitado vía online. En ese sentido no caben dudas que corresponde a quien presta un servicio de esas características gestionar los riesgos que cotidianamente afronta un usuario o consumidor, ante la probabilidad de que ocurran ciertos eventos como lo acontecido en autos, tomando todas las medidas necesarias para la protección del usuario del servicio y cumpliendo a su vez con las directivas establecidas por los organismos reguladores.

En razón de lo expuesto el agravio será rechazado.

5.- Procedencia y cuantificación del daño punitivo. El artículo 52 actual de la LDC 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"

En este sentido, es claro que el texto de nuestra norma, no establece requisitos como condiciones de procedencia a los daños punitivos, limitándose a disponer que el juez *"podrá"* aplicarlos y que su cuantía será discernida en función de la gravedad de la falta.

Tampoco establece, la necesidad textual y taxativa de algún factor de atribución en particular. Ahora bien, jurisprudencial y doctrinariamente se ha requerido que exista gravedad en la conducta de la empresa demandada (CAPM en autos: "<Persona 25>, <Persona 10> c/ <Persona 40> y OTROS s/ Daños y Perjuicios" Expediente 30/2020, sent. del 20/05/21, Reg. N° 09/21).

Así, se ha señalado que aunque el artículo 52 bis de la ley 24.240 alude únicamente a la mera inobservancia de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor, no cualquier incumplimiento se hace merecedor de la sanción punitiva. Lo contrario implicaría que el daño punitivo deba ser automáticamente aplicado cada vez que se pruebe el incumplimiento del contrato conclusión que es notoriamente irrazonable (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 10/11/2022, <Persona 12>, <Persona 13> c. <Persona 41>

de la Nación s/ daños y perjuicios, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/160474/2022).

La apelante dirige su embate a referir que no ha habido "dolo", pero este no es un requisito exigido por la norma, es decir ni siquiera el dispositivo exige un factor de imputación.

No obstante la sentencia de grado se ha referido a la conducta de la demandada y los daños punitivos pueden ser aplicados en casos en donde la conducta constituya un accionar lesivo a los derechos del consumidor, y ello puede ocurrir por acción u omisión.

Y analizadas las circunstancias del caso y el camino que la parte tuvo que recorrer para obtener el reconocimiento de sus derechos, considero que la imposición sancionatoria establecida por la *a quo* se ajusta a derecho.

6.- Cuantificación del daño punitivo. Desde mi óptica el monto fijado en la sentencia de grado luce adecuado conforme los parámetros que la ley impone como términos para la aplicación del daño punitivo, no existiendo más allá de los dichos de la quejosa, pruebas que justifiquen disminuir la multa (conf. art. 52 bis de la LDC), máxime teniendo en cuanta que la misma se ha fijando en un escalón mínimo de los autorizados por la ley (conf. art. 47 de la LDC).

Por lo expuesto, el agravio en tratamiento será rechazado correspondiendo confirmar la sentencia de grado.

7.- Configuración del daño extrapatrimonial. Como primera consideración debo señalar que el apelante se refiere al daño extrapatrimonial ya que el concepto de daño moral ya no tiene cabida en las normas del CCCN.

En cuanto a la prueba que exige el quejoso, más allá de las dicciones de la especialista, existen circunstancias que *per se* denotan una alteración de los sentimientos de la accionate.

En este sentido la espera, incertidumbre y ansiedad que generan las sucesivas reclamaciones sin respuestas efectivas, como el hecho de iniciar acciones judiciales tendientes a obtener el reconocimiento del derecho conclucado, constituyen un supuesto de alteración de los sentimientos que configura el menoscabo extrapatrimonial que se reclama.

Por último, el quejoso hace referencia a la diferente configuración del daño extrapatrimonial en la faz contractual y su aplicación restrictiva, pero esas consideración eran de aplicación con el Código ya derogado, el CCCN que nos rige desde hace 9 años ha superado ese aspecto diferencial (art. 1716 del CCCN). (A mayor abundamiento: KRIEGER, Walter - JALIIL, Julián Emil. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Ed. Astrea 2021).

8.- Cuantificación del daño extrapatrimonial. Debo precisar que la cuantificación del daño moral representa uno de los aspectos más controvertidos en materia indemnizatoria. No obstante ello, el Código Civil y Comercial, ha incorporado pautas claras en la materia. Dice ese cuerpo normativo que la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones sustitutivas* y *compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas (ver art. 1741 del CCCN).

Lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización. Resulta necesario, -entonces-, encontrar esa comparación que sirve de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

En ese orden de ideas, como bien advierte GONZÁLEZ ZAVALA, se presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes. (Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCCyC 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver

asimismo: <Persona 23>, <Persona 6>, <Persona 20>, José Fernando, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral*. T. 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61. JALIL, Julián Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2020.).

Es decir, de brindar un parámetro *objetivo* que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido, y como justamente el sufrimiento o padecimiento sentimental del actor se vincula con el monto.

A poco que se analice puede advertirse que la Sra. Magistrada de grado ha omitido esa manda legal y prescindido de su aplicación, pues no especifica el tipo de viaje, su contenido, los días y tampoco el valor preciso que determine la posibilidad comparativa, quedando con escasa fundamentación la cuantificación.

Ahora bien, la quejosa ha incurrido en la misma falencia técnica pues no ha referido parámetro objetivo alguno a los fines de criticar el monto tal como lo exige la manda del art. 1741 del CCCN, se ha sustentado en apreciaciones dogmáticas, lo que sella su suerte adversa.

9.- Intereses y capitalización. El agravio bajo este título resulta confuso y carente de argumentación lógica. La parte se ha limitado a copiar y pegar un fallo de la CSJN sin darle contenido técnico por lo que el agravio carece de critica concreta y razonada.

10.- Conclusión. Corresponde, en consecuencia, rechazar el recurso incoado por la parte demandada y confirmar la sentencia en lo que fuera materia de agravios.

11- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "<Persona 26>, <Persona 7> y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado corresponde la imposición de costas de Alzada a la parte demandada (conf. art. 69 del CPCC).

12. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de

apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios por el recurso interpuesto por la parte demandada al letrado <Persona 1> y <Persona 2> en el 25 % y al letrado <Persona 4> en el 30 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A la **PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Sr. Juez Julián Emil Jalil ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resulta necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte demandada como fundamento del recurso que le ha sido concedido.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Procedencia del reclamo – Ruptura del nexo causal A-) En el comienzo de este agravio la recurrente hace referencia a su solicitud realizada al contestar la demanda, consistente en citar a este proceso como

tercero a <Persona 42> S.A., en razón de considerar que estamos ante un hecho de la víctima o de un tercero por el cual la entidad bancaria no debe responder. Su solicitud no fue admitida. Insistir con esta cuestión planteada en la anterior instancia, reiterarlo o referirse a ella no da cumplimiento a la obligación procesal de "expresar agravios" y de allí la improcedencia del planteo, lo que así declaro.

B-) En este mismo punto, la demandada afirma que la sentenciante realiza un recorte antojadizo e interpreta la prueba (se refiere a la "Informativa") de manera absolutamente arbitraria. Se trata de un ataque a **la valoración de la prueba** realizada por la a quo.

He dicho ya al votar en otras causas que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso, y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (Doct. Art. 390 CPCC) (conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, S 07/07/89; Ac. 82248, S 23/04/03, entre otros).

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 163 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir una sobre otras sin siquiera hacer mención de estas últimas, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (conf. Cám.Ap.L.Z., Sala I, C. 58.267, reg. sent. Def. 545/03; idem, idem, 14/04/2011, C. 68.554, reg. sent. Def. 58).

Respecto a la crítica de la apelante en relación a este tema, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a dudas una declinación del principio del art. 390 y concs. del CPCC.

Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el ya referido art. 390 del ritual.

Lamentablemente para la quejosa, en ningún momento ha detallado y demostrado lo acertado de su postura.

El planteo no es serio y contraría todos los postulados de las reglas procesales sobre la actividad probatoria en el proceso judicial. Es que corresponde remitir a la apelante a lo normado por el Art. 381 y concs. del CPCC. Este *onus probandi* no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante. Es una circunstancia del riesgo en que **quien no prueba los hechos que debe demostrar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la *litis***. Puede deshacerse de ésa, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que hacen a la admisión de su derecho (conf. FASSI, S.C. y MAURINO, A.L., *"Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación*", T.III, p. 415, Astrea, comentario al art. 377).

Con respecto a que el Juez no tuvo en cuenta otras probanzas incorporadas por su parte, respondo a la agraviada que *"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales …"* (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979) y que el Juez *"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"* (conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975).

Desde la perspectiva señalada y en tanto existe evidencia concreta acerca de la realidad de los hechos acaecidos, si la apelante pretendía una conclusión distinta, debió aportar los elementos convictivos necesarios para lograr tal cometido. Como es sabido, de acuerdo con la teoría de las cargas dinámicas probatorias, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo (conf. CNAT., Sala II, 07/07/05, Sent. 93.623; ídem, 25/06/07, Sent. 95.075; ídem, 30/09/08, LLOnline AR/JUR/8890/2008) y lo cierto es que no aportó elemento alguno que pudiera justificar el encuadramiento de su situación en una realidad diferente de la plasmada en la decisión de la a quo.

En tales condiciones, valorados en conjunto los elementos de prueba y a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 390 CPCC), entiendo que debe rechazarse el agravio hasta aquí analizado.

En este mismo punto, la recurrente afirma que ha existido en el caso un actuar imprudente por parte de la actora y dice que los hechos muestran un caso típico de una persona en forma involuntaria y desafortunada otorga a terceras personas datos personales, sensibles e intransferibles, y abre la puerta a la comisión de todo tipo de delitos. En definitiva –continúa exponiendo—estamos frente, además, de un hecho de un tercero. Respondo a la demandada que ninguno de estos puntos fueron acreditados en el proceso, por lo tanto, estamos ante una simple afirmación teórica de la demandada, muy lejos de la realidad y de lo que constituye un "agravio" digno de análisis.

Dentro del tema también afirma la quejosa que el error no vino del sistema de<Persona 33> S.A. sino que fue producto de hackeo o error en el uso de su teléfono celular y agrega que las maniobras descriptas en la demanda fueron posibles por la negligencia e imprudencia de la actora, o bien por el hecho de un tercero por el cual el banco no debe responder.

Frente a este afirmación, tengo presente que la sentencia apelada ha sido muy clara y terminante, al decir: *"… Puede concluirse entonces que* ***el sistema de seguridad implementado y habilitado por el <Persona 30> SA, no resultó adecuado para prevenir y evitar el perjuicio ocasionado a la Sra. <Persona 37>****. Y es que* ***las medidas para evitar las maniobras descritas no dependían exclusivamente de la actitud asumida por el usuario, sino de la propia entidad*** *que, ante el cambio repentino de datos personales, necesarios para validar operaciones, la solicitud de un préstamo y las transferencias solicitadas casi en simultáneo y por el total del crédito acordado,* ***debió advertir que se trataba de maniobras sospechosas o relacionadas con un posible delito y arbitrar los medios necesarios para bloquear o impedir la operatoria, hasta que, adecuadamente, se comunicara al titular el cambio de datos y operaciones solicitadas****. Pero nada de ello sucedió …"* (negrita propia).

A la luz de los hechos acaecidos y las terminantes conclusiones de la sentencia –no rebatidas por la queja— surge con evidencia la inadmisibilidad de la postura del banco demandado, la que debe ser rechazada.

C-) Luego hace referencia la queja a ***"la arbitrariedad de la sentencia"***.

Se ha acotado en torno de este punto –y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares— que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme –con respecto a este tema—que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…"*., T. III, págs. 725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla ***"arbitraria"*** y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es ***arbitraria*** dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

D-) Con palabras y conclusiones de la sentencia he de dar respuesta a las quejas contenidas en el resto de este primer agravio de la apelante.

Al respecto, la misma ha dicho: *"… La comunicación del cambio de móvil y correo electrónico fue enviado por la demandada, transcurrida más de una hora desde la modificación, y con posterioridad a la acreditación del crédito y sucesivas transferencias. Si bien en el caso, el <Teléfono 1> se encontraba bloqueado, como refirió la empresa <Persona 38>, aún cuando no hubiera sido ese el caso, tampoco la comunicación al titular de la cuenta hubiera resultado oportuna para evitar la operatoria".*

"Al tiempo de los hechos, se encontraba vigente la ***Comunicación "A" 7319 del BCRA****, que incorporó nuevos requisitos técnicos operativos RMC012 del proceso de monitorio y control, establecido en las normas sobre "Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con la tecnología informática, sistema de información y recursos asociados para las entidades financieras" y que,* ***atento el carácter de la demandada, debía cumplir en la prestación de sus servicios financieros****"* (negrita propia).

"Allí se estableció que la entidad, para la autorización de un crédito pre aprobado, debe verificar, fehacientemente, la identidad del usuario de los servicios financieros, mediante las técnicas de identificación positiva. SE agrega que debe constatarse que, previamente, los puntos de contacto indicados por el usuario no hubieran sido modificados recientemente. A su vez, verificada la identidad, deberá comunicar, a todos los puntos de contacto disponibles, que el crédito se encuentra aprobado, y de no mediar objeciones, se acreditará en su cuenta, a partir de las 48 hs. hábiles siguientes, plazo que puede reducirse si se acredita la conformidad del usuario de manera fehaciente"

"En el caso, ***ninguna de estas directivas se ha cumplido, como tampoco la obligación de brindar un servicio seguro, que el art. 5 de la Ley 24240 impone a la accionada****"* (negrita propia).

"No debe olvidarse que e<Persona 33> SA es una entidad altamente profesionalizada en operaciones bancarias y quien se encontraba en mejores condiciones de probar que las medidas de seguridad que implementa en sus operaciones remotas resguardan

adecuadamente los derechos de sus clientes. También debía aportar al proceso toda la prueba que obrara en su poder y prestar la colaboración necesaria para esclarecer el hecho, ello por lo dispuesto por el art. 53 de la LDC".

"Y es que, en cuestiones como las aquí debatidas, como derivación del principio de colaboración, resulta aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas considerando que se discute la responsabilidad profesional de la entidad bancaria frente a quien es su consumidor o usuario de los productos que ofrece".

"Pero en ese marco, la actitud probatoria de la demandada se limitó a producir los informes de <Persona 38> y <Persona 43> y proponer puntos de pericia informática, sin desconocer o cuestionar el informe producido. En cuanto a la prueba documental en su poder, adjuntó, tardía y digitalmente, el documento titulado "Detalle de Movimientos", en el que se indica que la acreditación del préstamo y de las transferencias se efectuó el 18 de Octubre de 2021, es decir un día después de efectuadas las operaciones. No acompañó prueba referida a la caja de ahorro en la que se acreditó el préstamo, cuya apertura la actora desconociera …".

Lo que acabo de transcribir derrumba totalmente la postura de la quejosa en cuanto considera que el Banco no tuvo ninguna responsabilidad en el caso y que estamos ante un "hecho de la víctima" o "de un tercero por el que no debe responder". Por otra parte, el agravio no destruye --ni siquiera mínimamente— las conclusiones de la sentencia en crisis, por lo que las mismas han adquirido firmeza.

Ante la improcedencia e inadmisibilidad de los términos de la queja, se la desestima.

2.2 – <u>Nulidad de la apertura de la caja de ahorros y otorgamiento del préstamo</u>

En su segundo agravio la parte demandada se agravia porque –según dice— se trata de un ilícito delictual de un tercero por el cual e<Persona 33> S.A. no debe responder, y/o además, del no cumplimiento por parte de la

actora de las medidas de seguridad publicitadas por el Banco. Todo ello –agrega— conlleva a la falta de responsabilidad imputable a su parte, ya que no se ha probado que haya incumplido obligación legal o contractual alguna.

Ya hemos visto y analizado en el punto anterior que en modo alguno puede admitirse que se está aquí ante un ilícito cometido por un tercero por quien no se debe responder por parte del Banco y tampoco se ha acreditado que la parte actora haya incumplido alguna medida de seguridad publicitada por la institución demandada.

Con respecto a que no hay responsabilidad imputable al Banco demandado y que no se ha probado que haya incumplido obligación legal o contractual alguna, la realidad muestra otra cosa totalmente distinta y de allí la condena impuesta por la sentencia apelada.

Una vez más he de rebatir los términos de la queja con las muy claras expresiones y conclusiones de la sentencia originaria. En efecto, en lo que aquí interesa, la misma ha dicho:

"… No puede soslayarse, además, que ***la responsabilidad de la entidad financiera es una responsabilidad profesional y específica. Es que en orden a la naturaleza de la actividad que desarrollan los bancos, mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*** *(CCCN: 1.725). Se les exige así, atención y cautela en sus tareas de contralor a través de quienes materialmente prestan los servicios. Así, si el banco ha procedido con descuido, imprevisión e imprudencia, debe responder, por cuanto* ***la conducta que la ley le exige a la banca en cumplimiento de sus funciones debe ser observada con estrictez, se trata –nada más y nada menos— de intermediarios en el tráfico de dinero y los particulares que contratan con ellos al confiarle sus intereses descuentan su profesionalidad*** *(CNCom., Sala B, "Programa de Salud SA c/ Bank of Credit And Commerce SA s/ Sumario", del 01.08.1991). Además,* ***la entidad bancaria se encuentra constreñida a actuar***

con el "standard" del buen profesional*, dado su alto grado de especialización, ya que genera expectativas y una confianza especial en el consumidor y en el público en general en relación al resultado útil de sus actividades y, en particular, de su gestión empresaria (CNCom, Sala A, "<Persona 3> c/ BBVA Banco Francés SA s/ Ordinario", del 28.02.05; ídem, "Tuñez, <Persona 14> c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumario", del 20/10/04; y CNCom, Sala D, "Viggiano de Fabregas Norma c/ Banco BNP Paribas s/ Ordinario", del 11/02/09)"* (negrita propia).

"El cliente confía en que el banco más que nadie, actuará conforme a estos parámetros, por lo que ***su condición de profesional de la actividad financiera le impone la obligación de adoptar mayores recaudos*** *(arg. CCCN.: 1721; 1724 y 1725; CNCom, Sala "C" en autos "Villalonga Furlong SA c/ Banco Sudameris Argentina SA", del 04.04.06 y el ya citado "Viggiano de Fabregas Norma c/ Banco BNP Paribas s/ Ordinario", del 11.02.09)" (elDial AACCC5)".*

"De manera que, ***conforme los hechos acreditados, el otorgamiento del préstamo personal, Nº <Archivo 2>, por $ 547.944,80, a nombre de la actora obedeció a fallas de seguridad del sistema implementado por la demandada para las operaciones de sus clientes, vía online, no obstante, sus aseveraciones al contestar demanda, en cuanto a que implementa extremas medidas de seguridad****"* (negrita propia).

"A su vez, aquel incumplimiento, en los términos del art. 40 de la LDC impone su responsabilidad por los perjuicios ocasionados a la Sra. <Persona 37> …".

"… Finalmente debe recordarse que "… ***se impone la responsabilidad de aquel que pone a disposición del sistema financiero determinada modalidad de gestión y elige sus medidas de seguridad, en tanto proveedora en una relación de consumo****. De tal manera, si el presupuesto básico del servicio que presta y ofrece una entidad financiera implica que aquéllos sean gestionados y brindados con total seguridad para el cliente usuario, ello tanto cuanto se lo haga en forma personal como cuando sea por medios mecánicos o electrónicos, entonces,* ***si el banco invita al usuario a relacionarse comercialmente a partir de una modalidad***

nueva, debe necesariamente procurar la misma seguridad que si tal operatoria lo fuera realizada en forma personal, otorgando de tal manera al consumidor confianza en el medio empleado*" (Conf. Cam. Civil y Com. Ira Circunscripción "Agencia de Recaudación Tributaria – Dpto. Defensa del consumidor – Prov. Río Negro en autos: <Persona 45> c/ <Persona 44> – Expte. Nº 2020-00076302-GDRNE-MEVDC ART s/ APELACION ©)"* (negrita propia).

"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). Es así que resulta 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, art. 1094 y 1095 CCyC— del régimen de responsabilidad aludido, **en su cabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de responsabilidad, pues la actora –consumidor— está relevada de la prueba de la incidencia causal**…" (elDialAACFE6)…"* (negrita propia).

No surgiendo que la queja haya atacado con cierta solidez los postulados transcriptos de la sentencia en crisis, es de una total evidencia que la misma ha adquirido firmeza y ello sella la suerte adversa de la queja también en este punto.

2.3 – <u>Procedencia y cuantificación del Daño Punitivo</u>

Sostiene la apelante que la jueza de grado, de manera absolutamente arbitraria, desmedida e incongruente, impuso una multa de $ 15.000.000.- apartándose de todos los requisitos legales y jurisprudenciales que deben confluir para la procedencia de la multa civil que aquí se cuestiona.

Entiende que no corresponde su imposición.

A-) Sabemos que no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se requiere algo más. Y ese algo más tiene que ver con la necesidad de que exista dolo eventual o culpa grave por parte de aquel a quien se sancione con la multa. Se trata de casos de particular gravedad, que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con esta figura es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador respecto de los derechos de terceros (conf. CNCom., Sala B, 14/06/2017, *"Callejo, D.A. c/ Volkswagen SA de Ahorro p/ fines determinados y Ot. s/ Sumarísimo"*; cit. JUNYENT BAS, F., *"Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban"*, La Ley 14/08/17, 7, La Ley 2017-D, 554).

La doctrina, de forma mayoritaria, destaca que en el daño punitivo debe existir un factor de atribución subjetivo pues, para su aplicación corresponde analizar el grado de intencionalidad y generalización del hecho reprochable al proveedor.

En el mismo sentido, Picasso también entiende que del análisis del art. 52 bis de la LDC se sigue una integración de todo su texto, de manera tal que lo que se denomina pautas de cuantificación relativas a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso llevan implícita una inconducta del proveedor que no puede reducirse a un mero incumplimiento legal o contractual. Este autor argumenta que para la procedencia de la multa civil resulta necesario que la conducta del proveedor sea antisocial e implique una especulación de la operatoria mercantil con conocimiento del desmedro de los derechos del consumidor, plasmándose así el ilícito lucrativo y el reproche subjetivo (conf. PICASSO, S., *"Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor"*, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Bs.As., 2008, pág. 123; JUNYENT BAS, F., ob. cit.).

En este caso y con relación a la procedencia de la multa civil, la a quo a dicho: *"…no puede sostenerse que la conducta de la demandada configure un actuar doloso o malicioso,* ***pero sí en cambio, negligente pues, frente al reclamo de la actora, se limitó a informar que la operación del préstamo personal otorgado no podía ser desistida por cuanto ya el dinero de la cuenta había sido transferido, sin realizar otras gestiones destinadas a determinar las causas de lo sucedido****. Su postura se ha mantenido en afirmar la negligencia del usuario, al facilitar, a extraños, sus claves de acceso al sistema".*

"De lo ya expresado, ***la conducta de la demandada aparece reñida con el derecho de trato digno que la Ley de Defensa del Consumidor consagra en su art. 8 bis, ello ante la falta de solución oportuna y definitiva de lo sucedido****".*

"De otro lado, ***tampoco se ajusta al deber de seguridad para con los consumidores, en las contrataciones u operaciones que éstos efectúen, y mucho menos con el deber de información****, que le imponía no sólo brindarla de manera adecuada, veraz y oportuna, sobre posibles inconvenientes en las operaciones, sino dar las explicaciones necesarias para determinar lo sucedido y resguardar debidamente al usuario del sistema".*

*"****Este actuar de la accionada justifica la aplicación de la sanción que se pide, ello con el fin de evitar en el futuro la reiteración de la misma, por parte de la demandada****. Al así decidir he de tener en cuenta que "… La aspiración no debe ser la de sancionar constantemente las inconductas de las prestadoras sino, por el contrario, lograr que mediante la aplicación de sanciones, las mismas vayan disminuyendo y se logre concientizar a los prestadores en el sentido de que los servicios deben prestarse conforme a lo convenido y reglamentado y que los usuarios y consumidores deben ser tratados y considerados como realmente se merecen ya que son los "clientes" los que mantienen a las empresas y a quienes ellas brindan sus servicios …" (CAPM, SDC N° 22/11) …"* (negrita propia).

Como vemos, se ha tenido por configurado el incumplimiento de las

obligaciones legales esenciales que tiene a su cargo el banco demandado y se han valorado las circunstancias del caso que conducen a la existencia de una inconducta de dicho proveedor, por lo que es evidente que no estamos solamente ante un simple incumplimiento contractual, conforme surge de la sentencia en crisis y de allí que se le impusiera la multa civil a la parte demandada. La a quo no le ha imputado dolo al Banco pero surge de su fundamentación la existencia de una evidente culpa grave de su parte en lo que hace a un comportamiento reprochable exhibido frente al consumidor y de allí la imposición de la multa en cuestión.

Corresponde destacar que la queja no logra rebatir estos fundamentos que contiene la sentencia en crisis para la procedencia del daño bajo análisis y ello sella la suerte adversa del recurso intentado por la parte condenada. Cabe hacer notar que lo expuesto por la apelante sobre las obligaciones que debieron ser cumplidas por la "clienta/usuaria" en modo alguno constituye un aval para la inconducta exhibida por la recurrente para con su clienta y de allí la insuficiencia de la queja.

Frente al panorama descripto, del contenido de las actuaciones y de las pruebas arrimadas surge que la multa civil fijada a favor de la actora debe ser confirmada conforme es su pretensión y de allí que no deba prosperar el agravio en este sentido.

Estoy convencido que la finalidad que se menciona en la sentencia (evitar en el futuro la reiteración de inconductas similares) y que avala las razones por las cuales se le ha impuesto a la demandada la multa civil, son plenamente razonables y dan sustento a su decisión (conf. esta Cámara in re *"<Persona 5>, E.P. c/ <Persona 46> S.A. s/ Cumplimiento de Contrato"*, Sent. 04/12/2018, Reg. N° 44/18 SDC; *"<Persona 27>, V.D. c/ <Persona 47> S.A. s/ Cumplimiento de Contrato – Ley 24.240"*, Sent. 27/10/2020, Reg. N° 14/20 SDC; entre otras).

B-) Dije en el comienzo de este punto que se agravia la recurrente por **e**l monto fijado por la sentencia por el Daño Punitivo.

Lo expuesto en este punto constituye simplemente una exteriorización de disconformidad de la parte condenada al pago de una suma por el concepto bajo análisis. En modo alguno surge de la queja una demostración clara, sólida y contundente sobre que la suma condenada constituye una exageración y que por ello debe ser reducida.

Tampoco tiene relevancia el planteo que hace la recurrente con respecto a que el monto por el "daño punitivo" es superior al monto pretendido en la demanda y que por ello deba ser dejado sin efecto. Y es irrelevante porque, conforme reiterada jurisprudencia sobre el tema, al haberse pedido en la demanda una suma determinada *"… o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse, y/o supla el elevado criterio de S.S. …"* (conf. pág. 2 de la demanda), habilita al sentenciante a fijar un monto superior al peticionado sin que ello implique violar el principio de congruencia o dictar una sentencia "extra petita", como se dice en la queja.

Por otra parte, surge de la decisión recurrida que la sentenciante ha valorado las pautas de cuantificación y ello tiene directa relación con la gravedad del hecho cometido en perjuicio de la usuaria, a quien no se le cumplió en tiempo y forma con las obligaciones que estaban a cargo de la institución bancaria demandada, según hemos visto precedentemente. Por lo tanto, la "multa civil" debe ser lo suficientemente adecuada y proporcional a dicho hecho perjudicial para la cliente. De lo contrario, la finalidad de su imposición no se cumpliría.

Reitero que el agravio bajo análisis no demuestra que se haya cometido un error al fijarse el importe de la multa en razón de ser el mismo desproporcionado (por lo elevado) para su finalidad y de allí que la queja no debe ser escuchada en este punto.

2.4 – <u>Procedencia y cuantificación del Daño Moral</u>

Se agravia la recurrente por la condena a indemnizar el Daño Moral sufrido por la parte actora y afirma que la reparación del mismo en materia "contractual" debe ser interpretada con carácter restrictivo.

También le imputa a la sentencia haber fallado condenando por un monto superior al pretendido por la actora (se pidió $ 400.000.- y se sentenció por $ 5.000.000.-) lo que considera una desproporción.

A-) Estamos ante la queja de la apelante por haber admitido la a quo la indemnización por "Daño Moral" (extrapatrimonial). Sustancialmente afirma que esta indemnización no es procedente en los casos de responsabilidad "contractual".

Es dable destacar que el Cód. Civ. y Comercial ha consagrado la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, así lo expresa el art. 1716: *"Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código"*.

Asimismo, el art. 1082 dice: *"Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en el caso y con los alcances, establecidos en este capítulo en el Título V de este libro y en las disposiciones especiales para cada contrato..."*.

En ese sentido en la obra *"Código Civil y Comercial Comentado"*, Director Ricardo Luis Lorenzetti, T. VIII, págs. 349/350, Sebastián PICASSO dice: *"Siguiendo el pensamiento ampliamente predominante de la doctrina argentina, el Código ha unificado la responsabilidad civil. Como lo dispone el artículo en comentario* (se refiere al art. 1716), *cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (la violación del deber general de no dañar, o el incumplimiento de una obligación), la responsabilidad se rige, en principio por las mismas reglas.*

Concordantemente, y a salvo las excepciones..., las normas que integran el presente capítulo (arts. 1078 a 1780) se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual".

Por su parte MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS en su obra *"Responsabilidad por Daños - Código Civil y Comercial de la Nación"*, T. II-A, dicen: *"En el Código Civil y Comercial hay que conjugar el art. 1082 con las normas generales en materia de responsabilidad a las que remite, y en particular dentro de éstas, en materia de daño moral o consecuencias no patrimoniales, debemos estar al artículo 1741 del Cód. Civil y Comercial, el que desde nuestra perspectiva debe ser también complementado con el artículo 1747 y las normas especiales para cada uno de los contratos o situaciones que se puedan plantear..."*.

De lo expuesto resulta claro que **más allá de resultar una cuestión atinente a la órbita contractual es dable reclamar los daños no patrimoniales siempre que se encuentren afectados los sentimientos y la moral del reclamante**, toda vez que como es sabido el daño moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares hallándose vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales.

En lo que respecta a la prueba, reiteradamente se ha dicho que para que resulte procedente, **no se requiere producción de prueba directa, sino que puede tenérselo por probado ante una razonable presunción**, ello se encuentra previsto así en el artículo 1744 del Cód. Civ. y Comercial que al regular la prueba del daño admite que éste se tenga por acreditado cuando surja notorio de los propios hechos (conf. CNCom., Sala C, causa *"Zamora Medrano Luis c. Orbis Compañía Argentina de Seguros SA."*, 13/02/2020; Cám.Civ.Com.Azul, Sala I, 11/08/2020, cit.).

En el mismo sentido lo ha resuelto reiteradamente la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, y si bien se trataba de

cuestiones analizadas bajo la órbita del Cód. Civil Velezano, lo dicho resulta plenamente aplicable al presente; así en la causa *"<Persona 48>..."*, como también en causa N° 63.833 *"<Persona 21>..."*, del 25/06/2019 entre otras, dijo: *"En palabras de Zavala de González "**para reputar configurado un daño moral, no resulta necesario probar llanto, sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros; aquel reviste superior amplitud y se configura ante un contexto que altere el equilibrio existencial de las personas muchas veces íntimo y no publicitado... no necesita presentar testigos que relaten haber presenciado aquellas situaciones, ni el juez podría rechazar la pretensión por falencia de declaraciones de ese tenor**. Insistimos en que, prácticamente, dicha solución no reconoce excepciones cuando se arremete la existencia, la salud o la dignidad de las personas" (autora citada, "Tratado de Daños a las Personas" Resarcimiento del daño moral, p. 505, esta Sala causa N° 54.802 "<Persona 15> c. <Persona 22>..." del 15/12/2011, entre muchas otras)".*

"Respecto del daño moral en la órbita contractual, en precedentes de esta Sala se dijo que "cuando se trata del daño moral contractual (art. 522 del Cód. Civil, arts. 1716, 1740, 1741 y cctes. Cód. Civ. y Comercial), la reparabilidad debe consultar razones de equidad, en relación al incumplimiento, quedando diferida la condena al prudente arbitrio judicial, aunque no procede frente a cualquier molestia... y por tanto no cubre el riesgo propio al mundo de los negocios, para lo cual será importante determinar la naturaleza particular tanto del daño como de las personas que quedan vinculadas al mismo" (causas N° 52.599 "<Persona 49>..." del 18/02/2009 y N° 52.518 "<Persona 50>..." del 26/03/2009, con cita de la CC0102 La Plata causa N° 224760 del 3/12)."

"Son muy pertinentes las palabras de Pizarro-Vallespinos, quienes alertan que en esta materia existen más desencuentros terminológicos que de fondo. Ello se advierte con claridad en la doctrina legal de la Excma. Suprema Corte Provincial, donde si bien se sigue afirmando que la procedencia del daño moral debe interpretarse "con criterio restrictivo" (en materia contractual), se añade que ello lo es a fines de no

confundir las afecciones anímicas con las inquietudes propias y corrientes de mundo de los pleitos y los negocios, con lo que queda absolutamente en claro qué debe entenderse cuando se alude al criterio limitativo." (esta Sala causa N° 55.395 "<Persona 51>..." del 13 de septiembre de 2011, causa N° 56.003 "<Persona 52>..." del 30/03/2012, entre otras)" (negrita propia).

Aplicando estos conceptos al caso de autos, surge claro que resulta procedente la reparación de las consecuencias no patrimoniales padecidas por la accionante.

Lo cierto es que, los inagotables reclamos, la dilación en el tiempo en el cumplimiento del contrato, la falta de confianza en quien debía cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma, la angustia que naturalmente provoca la incertidumbre del tiempo en el que finalmente el obligado cumpla, tener que transitar un camino de reclamos en lugar de ver satisfecho su problema en forma inmediata, claramente resultan situaciones que alteran el espíritu y afectan los sentimientos. Surge evidente que lo padecido por la actora fue algo más que una "molestia propia del mundo de los negocios", surgiendo clara la angustia y estado de zozobra transitados por ella frente al incumplimiento del banco demandado, por lo que no corresponde admitir el agravio en ciernes y sí confirmar la procedencia del daño moral hoy denominado "indemnización de las consecuencias no patrimoniales" (arts. 1082 inc. a, 1716, 1741 y cctes. CCyCN) (conf. Cám.Civ.Com.Azul, Sala I, 11/08/2020, cit.).

Es de destacar que el carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiene esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. BORDA, G.A., *"La reforma de 1968 al Código Civil"*, ed. Perrot, Bs.As., 1971, pág. 203). Sin embargo, **esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el**

reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (conf. CNCom., Sala C, *"Giorgetti, H.R. y otro c/ Georgalos Hnos S.A.I.C.A. s/ ord."*, 30/06/93; íd. *"Miño, O.B. c/ <Persona 53> SA s/ ord."*, 29/05/07).

Insisto en que es perceptible que la accionante vio frustrada su legítima expectativa de obtener la solución de los problemas que sufrió con los trámites bancarios cuestionados y, tal frustánea situación bien pudo aparejarle sinsabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias.

Tampoco puedo desatender que debió acudir a esta instancia judicial y aguardar bastante tiempo para el dictado de la sentencia definitiva para que, finalmente, le sea reconocido su derecho.

De modo que si como ocurrió en el caso, el banco demandado incurrió en incumplimiento, incumplió las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al estándar de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas de la usuaria de sus servicios, debe responder por los perjuicios a ésta irrogados.

Es de ponderar que no se puede merituar la conducta de la quejosa con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un "standard" de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar –considerando al consumidor— que la inexperiencia (ineptitud negocial), la falta de habitualidad en el intercambio y la ligereza surgen nítidas en la sociedad actual (conf. CNCom., Sala F, 24/06/2010, LLOnline AR/JUR/39497/2010).

Todo lo expuesto conduce al rechazo de la queja y a la confirmación de lo sentenciado en el punto en la sentencia originaria.

B-) Desde otro ángulo, la quejosa plantea que el monto concedido para indemnizar el Daño Moral es superior al peticionado por la accionante y de allí que resulta excesivo y superior a lo reclamado.

La respuesta a este cuestionamiento debe sustentarse en que, conforme surge de la presentación inicial de la parte actora, la misma en su demanda expresó: *"… solicito se condene a la demandada a la reparación del daño moral ocasionado … los cuales valúo provisoriamente en la suma de* ***PESOS CUATROCIENTOS MIL ($ 400.000)*** *o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse …"* (conf. pág 2 de la demanda) y ello es prácticamente reiterado por la actora en la pág. 31 de su escrito inicial, al decir: *"… estimo el daño moral en la suma de* ***PESOS CUATROCIENTOS MIL ($ 400.000)*** *y/o lo que más o menos resulta de las pruebas a rendirse y/o que V.S fije de acuerdo a su sana crítica …"*.

El total de la indemnización fijada en autos supera al que se peticionara al demandar. **Ello no hace incurrir a la decisión en incongruencia** dado que debe tenerse en cuenta que del reclamo inicial surge que la suma peticionada era provisoria y que su monto podría modificarse en más o en menos, conforme la estimación que realizara la Jueza a quo, según lo he transcripto precedentemente.

No se controvierte que, sin infracción al principio de congruencia, puede condenarse al pago de un monto mayor que el peticionado, cuando la valuación suministrada por el actor fue interina o supeditada a las resultas de la prueba (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Resarcimiento de Daños*", N° 3, pág. 265, Ed. Hammurabi). Supeditar el monto indemnizatorio reclamado a lo que en más o en menos estime corresponder por parte del a quo genera la misma consecuencia de supeditar dicho importe (en más o en menos) a las probanzas de autos. **Ambas propuestas son procesalmente válidas e impiden que se incurra en incongruencia al condenar a un monto superior al peticionado**.

En tal sentido se ha pronunciado pacíficamente nuestra jurisprudencia:

"En los juicios derivados de hechos ilícitos, es pertinente la elevación de la condena a un monto que sobrepase el solicitado en la demanda, si en ella se dejó librado el pedido a lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse. La salvedad formulada en la demanda deja en claro que el actor no limitó sus pretensiones a la suma indicada en ese escrito, y su planteo es procesalmente correcto" (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 09/11/81, JA, 1983-I-69, 31.836-S).

"Si el actor reclamó en su demanda por daños y perjuicios una suma de dinero, haciendo la salvedad de la mayor cantidad que resultase de la prueba o de la desvalorización monetaria, no es lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de esa reserva acuerda una suma mayor que la pedida en el momento de iniciarse la acción" (CSJN, 30/11/66, LL, 125-91).

Todo lo demás que se expone en este punto de la queja son simplemente "argumentos" vertidos por la apelante, los que en modo alguno constituyen "agravios" que deban ser tratados y analizados por este Cuerpo. En razón de ello, el punto debe ser rechazado (conf. esta Cámara in re *"<Persona 16>, V.H. c/ <Persona 53> SA s/ Daños y Perjuicios – Ley 24.240"*, Sent. 09/05/2023, Reg. N° 15/23 SDC; entre otras).

2.5 – <u>Intereses y capitalización del rubro del Daño Moral</u>

En este punto dice la recurrente que se agravia por los intereses fijados para la repotenciación del daño moral y particularmente de su capitalización al momento de la notificación del traslado de la demanda.

Como fundamento de su queja, cita y transcribe el fallo "Oliva" de la CSJN, pero en ningún momento esgrime un "agravio" digno de ser tratado y resuelto por esta Alzada. Es de una total evidencia que no estamos ante un "agravio" expuesto por la apelante dado que la presentación carece, en este punto, de los recaudos mínimos exigidos para una fundamentación recursiva. Por lo tanto, es inevitable su rechazo.

3 – <u>Conclusión</u>

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, 269 y 274 CPCC) y los expuestos no logran hacer mella en el decisorio apelado, propongo su confirmación en todo lo que ha sido materia del recurso interpuesto. Así lo voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), resultando ajustadas a derecho las regulaciones de honorarios propuestas en el voto que antecede por el Sr. Juez Dr. Jalil para los profesionales que han intervenido en el mismo y de allí que deban respetarse las mismas (conf. Ley Arancelaria vigente).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A la **<u>SEGUNDA CUESTION</u>**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto fuera materia de agravios,
2. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada (conf. art. 69 CPCC).
3. **FIJAR** los honorarios del letrado <Persona 1> y <Persona 2> en el 25 % y del letrado <Persona 4> en el 30 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere,

siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Guillermo D. HANSEN no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.
Puerto Madryn, de Marzo de 2025.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto fuera materia de agravios,
2. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada (conf. art. 69 CPCC).
3. **FIJAR** los honorarios del letrado <Persona 1> y <Persona 2> en el 25 % y del letrado <Persona 4> en el 30 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto

resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /25SDC