Expediente: **78/23**
Carátula: **ORESTE CARLA BIBIANA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A Y OTRO S/ PROCESOS DE CONSUMO**

Unidad Judicial: **OFICINA DE GESTIÓN ASOCIADA CIVIL Y COMERCIAL N° 3**
Tipo Actuación: **FONDO CON FD**
Fecha Depósito: **10/05/2025 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
20368657531 - ORESTE, CARLA BIBIANA-ACTOR/A
20176145081 - BANCO HIPOTECARIO, -DEMANDADO/A
90000000000 - PERSONAL FLOW, -DEMANDADO/A
27202852748 - MACHADO, MARCELA ALEJANDRA-PERITO
23131212844 - GIL, PATRICIA DEL VALLE-PERITO
33539645159 - CAJA DE PREVISION Y S.S. ABOGADOS Y PROC. -

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Juzgado Civil y Comercial Común de la XIII° Nominación

ACTUACIONES N°: 78/23

H102335492482

JUICIO: ORESTE CARLA BIBIANA c/ BANCO HIPOTECARIO S.A Y OTRO s/ PROCESOS DE CONSUMO. EXPTE N°: 78/23

San Miguel de Tucumán, 09 de mayo de 2025

AUTOS Y VISTOS: Para resolver estos autos caratulados “ORESTE CARLA BIBIANA c/ BANCO HIPOTECARIO S.A. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Ingreso: 02/02/2023 - Expte. N°78/23), de los que

RESULTA:

1. Demanda

Que en fecha 30/05/2024 se presenta la actora CARLA B. ORESTE, DNI N°17.170.446, por intermedio de su letrado apoderado Dr. Alejandro Vittar Escalante -conforme Poder Especial obrante en el expediente- e inicia la presente acción de consumo, por daños y perjuicios, en contra de BANCO HIPOTECARIO S.A. y de PERSONAL FLOW, reclamando la suma de $8.899.679,41 ($899.679,41 por daño directo, $2.000.000 por pérdida de chance, $1.000.000 por daño moral y $5.000.000 por daño punitivo).

En su versión de los hechos, señala que su poderdante es cliente del Banco Hipotecario SA, Caja de Ahorro 4-0760001771258-2 y Caja de Ahorro 4-0370003140300-1 desde hace más de 5 años, lo que constituye una típica relación de consumo, encuadrada objetiva y subjetivamente dentro de los art. 1, 2 y 3 de la ley 24.240. Asimismo, que desde hace más de 20, es titular de la línea de Celular 0381 156441983 de PERSONAL FLOW, encontrándose también encuadrada en una relación de consumo normada por la ley 24.240.

Relata que ambas relaciones se desarrollaron con normalidad hasta el 25/01/2023, cuando Personal Flow entregó el duplicado del chip de la Sra. Carla Oreste a otra persona y a partir de este hecho, el

día 27/01/2023 se procedió a debitar de la cuenta bancaria de titularidad de la actora la suma de $899.679,41 por medio de transferencias sucesivas a personas que son desconocidas por ella. Resalta que el débito mencionado no fue realizado por su parte ni menos aún autorizado, como así tampoco se requirió la utilización de su clave de seguridad para poder completar cualquier tipo de transacción.

Continúa diciendo que el día 28/01/2023 a hs. 23.30 en ocasión que la actora pretendió efectuar un pago con su tarjeta de débito, se le informó que las extracciones realizadas en la Caja de Ahorro superaban el monto diario autorizado por el Banco Central de la República Argentina. Lo cual era imposible porque en todo el día no había realizado ningún movimiento bancario.

Explica que, ante esta situación, intentó realizar un llamado por teléfono desde su celular 0381-156441983, lo cual fue imposible porque no tenía señal. Que con la preocupación que le generó la situación, volvió inmediatamente a su hogar, donde abrió el home banking del Banco Hipotecario, y comprobó que desde el día 27/01/2023 se habían registrado numerosos movimientos sin que fueran realizados y/o autorizados por ella.

Afirma que en ese momento, intentó denunciar por la página del Banco Hipotecario que las cuentas de su mandante habían sido hackeadas, pero jamás pudo realizar ningún tipo de acción ya que pedían datos que el sistema obligatoriamente enviaba al número de celular (chip), pero como no tenía línea no llegaban a conocimiento.

Alega que se observaba la vulneración a la seguridad del Banco Hipotecario pero no podía hacer nada porque Personal Flow había entregado a otra persona el chip, dejándola en una situación de mera espectadora del delito.

Explica que como seguía sin funcionar su línea de celular, se comunicó con la operadora de Personal desde el celular 0381 156571617, perteneciente a su hijo, Carlos R. Manca Oreste, donde se le informó que su línea 0381 156441983 se encontraba operando normalmente, pero el celular seguía sin funcionar. Ante la insistencia, la operadora le sugirió sacar el chip, dejarlo unos momentos y volver a colocarlo, lo que no solucionó la situación.

Dice que en ese instante pudo acceder a la cuenta del banco y transferir el saldo que registraba la misma a plazo fijo.

Asevera que por todo ello, el 30/01/2023 a hs. 8.30 la actora, en compañía de su hijo Carlos Manca Oreste, se presentó en las oficinas del Banco Hipotecario SA – Sucursal Yerba Buena, donde luego de entrevistarse con el Gerente de la entidad, tomó conocimiento que, como consecuencia de esta vulneración de seguridad, se abrió una nueva cuenta a nombre de su parte (N° 4-076-0003497603-1); la que nunca fue peticionada por ella y se había extraído de la cuenta la suma de pesos. Añade que por vía de nota manuscrita, desconoció todos los movimientos realizados a partir del 27/01/2023 y solicitó el reintegro de la suma sustraída de las cuentas bancarias ut supra referenciadas, el cierre de la nueva cuenta creada, como así también, los daños y perjuicios ocasionados.

Asegura que el 30/01/2023, también concurrió a las oficinas de Personal, ubicadas en calle 24 de Setiembre N° 550 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, ya que seguía sin funcionar su línea de celular. Cuenta que la persona que la atendió le informó que su chip se encontraba funcionando correctamente, pero que había sido entregado el día 26/01/2023 en la Provincia de Jujuy por el empleado, sin que le quisieran informar a quién se lo habían entregado. Señala que jamás concurrió la Sra. Oreste a la Provincia de Jujuy a realizar ningún trámite y hasta el día de la fecha, Personal se niega a informarle a quién entregó el chip correspondiente a su línea de celular.

Manifiesta que ante la situación planteada, el día 30/01/2023 Personal procedió a bloquear el chip y reintegrarle el funcionamiento de su línea telefónica. Pero que, sin poder tener seguridad cómo funcionaría la línea nueva, decidió activar una nueva línea de celular, manteniendo la anterior.

Argumenta que la actora sufrió una suplantación de identidad, en una empresa cuyo deber jurídico era velar por su seguridad, en clara violación de las normas referidas a la Protección de Datos Personales.

Indica que se realizó la correspondiente denuncia ante la Fiscalía de Delitos Complejos Telemáticos y Económicos, en fecha 30/01/2023.

Arguye que existió una falla en el sistema de seguridad de Personal Flow, en virtud de la cual su parte se vio gravemente perjudicada ya que el Banco Hipotecario mandaba las claves para poder realizar las transferencias al celular de la actora, siendo este sistema fácilmente vulnerable.

Explica que esta modalidad de fraude y robo se denomina Simm Swapping y es de pleno conocimiento por las prestadoras del servicio de telefonía celular como las entidades bancarias que no toman los recaudos necesarios para evitar esta modalidad de fraude.

Comenta que también existió una falla en el sistema de seguridad implementado por Banco Hipotecario SA, en virtud de la cual su parte se vio gravemente perjudicada con la sustracción ilegal de $899.679,41. Y que el propio Banco, en quien se depositó la confianza para el resguardo de su patrimonio, no supo dar una respuesta a los constantes reclamos formulados, ni una solución.

Refiere que lo relatado genera en la actora una sensación de vulnerabilidad constante respecto del accionar de las demandadas, sin saber a ciencia cierta, si el día de mañana volverá a sufrir una violación a su intimidad y su patrimonio. Sumado a que, como consecuencia de la pandemia por COVID-19, las transacciones se realizan todas de manera remota, generando una sensación de vulnerabilidad constante; con el agravante de lidiar con la situación del robo desde hace más de un año. Todo ello, llevó a la actora a ser atendida por la Lic. María Emilia Jugo, por episodios de angustia, ansiedad e insomnio; y por el Dr. Rubén Erbetta, con diagnóstico de hipertensión e insuficiencia respiratoria por el cuadro sufrido el día 29/01/2023.

Inicia esta acción ante el silencio y/o la falta de respuesta de las demandadas, quienes son responsables de retrotraer los hechos a su status anterior al hecho perjudicial.

Sostiene que la une una relación de consumo con el Banco Hipotecario S.A. por el contrato de cuenta corriente bancaria. Explica que el banco tiene responsabilidad de carácter profesional, además de las correspondientes normas protectorias de usuarios y consumidores. Y que la responsabilidad civil de los bancos se pone de relieve toda vez que, frente al acaecimiento de cada estafa electrónica, los consumidores encuentran vulnerados sus derechos a la seguridad, información y protección de los intereses económicos, los que a su vez, son deberes propios de las entidades bancarias. A ello se suma -dice- la obligación de concientización y capacitación de seguridad informática de toda entidad financiera. Afirma que la contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos, los que, en principio, deben recaer sobre el banco que no solo es creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que debe garantizar a los usuarios la seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (arts. 1107, 1396 y 1725 del CCCN).

Comenta que este nuevo escenario de contratación electrónica, generó el surgimiento de nuevas formas delictivas. Y que es la entidad bancaria quien debe garantizar la seguridad de sus usuarios, en virtud del art. 42 de la Constitución Naiconal; que en igual sentido lo disponen los art. 5, 6 y 40 de

la Ley 24.240.

Considera que a la luz de la normativa consumeril, la responsabilidad del banco ante las estafas electrónicas bancarias es palpable atento apariencia de confiabilidad del sistema brindado, en tanto es la propia entidad la que ofrece e impone el uso del home banking y redes sociales para la comunicación con los consumidores. Que al momento de elegir la institución bancaria, el usuario deposita la confianza en ella. Confianza que no sólo radica en el uso de una clave personal y única, sino también en la esperable inviolabilidad del software utilizado por la entidad -resalta-.

Asegura que el Banco Central de la República Argentina emitió una serie de normas referidas al deber de seguridad y diligencia que deben asumir las entidades bancarias, en lo que concierne al resguardo de la información de los clientes y usuarios, particularmente en las operaciones efectuadas a través de medios remoto. Detalla las siguientes: Comunicación A N°7175, Comunicación A N°7072, Comunicación A N°6664, Comunicación A N°6878, Comunicación A N°6017. Destaca que asimismo, el BCRA en su página web publicó un artículo titulado “Lineamientos sobre ciberseguridad” instando a las entidades financieras, los terceros y todo el sector financiero establecer estrategias y adoptar un marco de ciberseguridad, teniendo en cuenta las amenazas y vulnerabilidades actuales, haciendo hincapié en el análisis del riesgo y en el proceso de monitoreo.

Entiende que las normativas del BCRA indican que cada entidad bancaria tiene el deber de tomar las medidas adecuadas a los efectos que no se provoquen daños o en su defecto, evitar el agravaiento de los mismos.

Aduce que también la une con Personal Flow una relación de consumo, quien también tiene una responsabilidad de carácter profesional. Afirma que las nuevas tecnologías y en especial la pandemia, significó gran avance en los términos de contratación y gestión de sistemas, facilitando la suplantación de identidad y el uso de líneas telefónicas ajenas y de los servicios vinculados para cometer delitos, por lo cual se sancionó la Ley N°25.891, que impone estrictas obligaciones a las empresas del sector. Cita los arts. 1 y 2.

Asevera que la demandada al ser una comerciante profesional estaba obligada a extremar los cuidados sobre su propio accionar, de sus dependientes y demás personas de cuyos servicios se sirve para desarrollar su negocio, lo que no se verificó en el caso. Y es en este supuesto, donde la empresa codemandada no observó un alto estándar de conducta y cuidado de sus usuarios o consumidores, que produjo un grave perjuicio a su parte.

Sostiene que hubo una conducta gravemente desaprensiva por parte de la codemandada, que no efectuó una inversión que garantice el correcto cumplimiento de la ley 25.891, o sea, no obró con la profesionalidad exigible a una empresa que monopoliza una franja importante de la prestación del servicio de telefonía celular en nuestro país. Remarca que no solo no adoptó los recaudos necesarios para averiguar la identidad del titular de la cuenta como prístinamente lo determina la ley, sino que minimizó el hecho de haber incumplido el mandato legal, exhibiendo así la deliberada intención de los responsables de la empresa de no cumplir con el protocolo de actuación establecido por una ley que forma parte de una política de seguridad. Que la sola transgresión por parte de la demandada a lo normado por la ley n° 25.891 es condición suficiente para que responda civilmente por los daños ocasionados.

Alega que en el caso de autos, nos encontramos ante un acto de comisión por omisión, donde el daño se provoca negativamente pues la omisión determina su propio proceso causal.

Asevera que en el caso están presentes todos los presupuestos de responsabilidad. Y que no existen ninguna de las causales que pudieran eximir de responsabilidad a la demandada, ya que no media culpa de la actora, por cuanto no tomó conocimiento del fraude perpetrado hasta después de su comisión, como así tampoco pudo haber evitado el mismo.

Por lo tanto, no mediando ninguna de las causales que pudieran eximir de responsabilidad a la demandada, la condena de la misma deviene insoslayablemente procedente.

Reclama los siguientes rubros indemnizatorios.

Por daño directo, la suma de $899.679,41, que es el valor dinerario que fue sustraído de manera ilegal de la cuenta bancaria denunciada en fecha 27/01/2023.

Por pérdida de chance u oportunidad de ganancia, el monto de $2.000.000. Sostiene que el rubro le corresponde por cuanto se trata de, por su propia naturaleza, una posibilidad, y no cabe exigir de ella una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata.

Menciona que si la pérdida o frustración de la chance se mira desde el punto de vista del daño eventual que se convierte en actual, merced a la probabilidad suficiente de su ocurrencia, no se nos presentan razones de peso que impidan la admisión de su resarcimiento tratándose de conductas estatales lícitas, con tal de que deje de ser un daño eventual y se convierta en un daño actual y, por cierto, siempre que la víctima no tenga el deber legal de soportarlo. Considera que el dinero sustraído podría haber sido invertido en la adquisición de bienes para la venta o la colocación del mismo en un plazo fijo, o de una manera más directa el simple ahorro del mismo favorecido por la depreciación monetaria que existe en nuestro país, el cual es de público conocimiento.

Por daño moral, la suma de $1.000.000. Argumenta que la procedencia del rubro surge de la comisión del acto antijurídico, siendo que el daño moral se tiene acreditado por la sola comisión del acto antijurídico -se prueba in re ipsa-.

Por daño punitivo, el monto de $5.000.000 o lo que en mas o en menos se acredite en autos.

Cita el derecho y jurisprudencia que estima aplicables, ofrece pruebas y demás argumentos a los que me remito.

2. Contestación de demanda Banco Hipotecario S.A.

Corrido traslado de la demanda, por presentación de fecha 16/08/2024, se presentó el letrado Nicolás Terán, en su carácter de apoderado del Banco Hipotecario S.A. -conforme Poder General Judicial obrante en el expediente- solicitando el rechazo de la misma con imposición de costas. A continuación niega todos los hechos descriptos en la demanda y que no sean objeto de un reconocimiento expreso de su parte; desconoce e impugna los certificados médicos adjuntos con la demanda.

En su verdad de los hechos aduce que debido a la inexperiencia de los ciudadanos argentinos para los trámites digitales bancarios, acrecentados por la pandemia COVID 19, se presentaron algunos inconvenientes al principio, ya que muchos cibernautas y hackers aprovecharon esa situación para cometer delitos ciber bancarios; Lo que era posible también debido a la negligencia de los ciudadanos, que proporcionaban sus datos sensibles en forma involuntaria. Afirma que todo eso originó una muy fuerte campaña publicitaria y preventiva del Banco Central de la República Argentina (BCRA) y de todas las entidades financieras del país, las que continúan hoy en día.

Denuncia que la parte actora omite mencionar que el problema ocurrió en el mes de enero de 2023, mucho tiempo después de que la pandemia hubo terminado, cuando las entidades ya habían

tomado las medidas necesarias de prevención y publicidad para evitar esos delitos.

Considera que en la actualidad es imposible que ocurra una estafa como la narrada sin la complicidad involuntaria del cliente, o como en el caso de autos, donde Personal Flow le entregó un chip gemelo del celular de la actora a una tercera persona en la Provincia de Jujuy, la que tuvo acceso a todos los datos personales y bancarios de la Sra. Oreste, con lo cual la estafa fue muy fácil.

Argumenta que ninguno de los hechos que la actora denuncia en su demanda podría haber ocurrido sin la negligencia y error garrafal cometido por la empresa telefónica Personal Flow, error que la propia actora destaca en su demanda -cita extractos del escrito de demanda-.

Destaca que llama la atención que la actora haya decidido mantener la línea de celular con la que se perpetró la estafa. Dice que este hecho evidencia que no existió ningún padecimiento espiritual o moral que merezca una reparación, ya que una persona que sufrió lo que la actora describe, sin duda que lo que menos quiere es mantener la línea de celular que le ocasionó todos esos problemas.

Estima que se equivoca la Sra. Oreste en su demanda, por cuanto nunca un banco envía claves de ningún tipo para que el cliente pueda efectuar una operación en su Home Banking, sino que es el cliente quien debe proporcionar el usuario y las claves para acceder al sistema y realizar las operaciones. Que lo único que la entidad bancaria le puede solicitar es el Token de seguridad o la doble autenticación, para que se confirme la operación que intenta realizar; pero que el hacker conocía toda esta información al tener el chip de la actora que Flow le entregó.

Remarca que en el caso, los cibercriminales no hackearon la tarjeta SIM de la demandante sino que fue Personal Flow quien le entregó el chip duplicado del mismo número de celular de la Sra. Oreste a un delincuente. Y que por eso el tercero pudo operar en su Home Banking como si fuera ella misma, sin ningún impedimento. Sostiene que ante ello no existe sistema informático que pueda prevenir o evitar el delito, ya que todos los controles de seguridad existentes son inútiles (token, doble autenticación, pregunta de seguridad), porque el estafador tiene toda la data para vulnerarlo. Aduce que para el sistema quien operaba y efectuaba las transferencias del sistema era la propia Sra. Oreste.

Alega que todo lo expuesto es la prueba de la falta de responsabilidad del Banco Hipotecario S.A. Resalta que cuando la actora intenta responsabilizar al banco, lo hace siempre en base a manifestaciones generales, diciendo que su sistema de seguridad falló, pero sin mencionar una sola falla concreta en su sistema de prevención y seguridad contra estos delitos ciber bancarios.

Arguye que el Banco Hipotecario S.A. dispuso de medidas que reforzaron las que ya existían para la protección de sus clientes durante la operación telemática de sus productos, como así también para alertar e informar a sus clientes sobre las prácticas fraudulentas que existen. Menciona las referidas a: 1) Prevención: A) Advertencias. Comenta que existe cartelería en los cajeros automáticos, la que también es desplegada en todos los medios digitales, como sitio web o redes sociales, que advierte a los clientes sobre recomendaciones de seguridad que si son tenidas en cuenta y seguidas, hacen improbables esta clase de episodio. Dice que el acta de constatación n°22 de fecha 07/03/2024 corrobora lo afirmado, y que las medidas descriptas en tal acta estaban vigentes al momento de los hechos. B) Implementación de medidas de seguridad. Para que sus clientes puedan operar de modo seguro en las operaciones realizadas mediante aplicaciones o Home Banking, y que están adecuadas a lo instruido por las Comunicaciones del BCRA sobre la materia. Asegura que la entidad bancaria puso a disposición de sus clientes técnicas antifraude, que al acceder a su página web se abren varias advertencias que indican que no se solicitarán claves y que las mismas no deben ser

divulgadas. C) Confianza: Comenta que ha remitido a las direcciones de correo electrónico registradas advertencias y guías de conducta para que los clientes puedan ejecutar las operaciones seguramente. Con ello y siguiendo las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, la entidad bancaria implementó la llamada “cadena de confianza”, la que se implementó mediante el requirimiento de diversos pasos para la aprobación de determinadas operaciones. Denuncia que dentro de ellos, uno de los mecanismos esenciales es remitir códigos de autorización a los medios de contactos denunciados por el cliente en sus registros -correo electrónico y número de celular-, que se suman a las claves bancarias del usuario. Dice que al ser enviados los códigos de autorización a sistemas o dispositivos que se supone están bajo la guarda exclusiva del usuario, los mecanismos de seguridad de borde implementados presumen que es este el que está operando. Por eso, que en situaciones como la de autos, el delito es inevitable al haber proporcionado Personal Flow el chip gemelo a un tercero estafador. D) Conducta esperada del usuario. Comenta que la seguridad informática implementada requiere una operación razonable del cliente. Menciona que el proceso basado en las directrices supone que, al atravesar los pasos previstos por esta cadena de confianza, el que está operando por medios electrónicos es quien previamente se enroló y validó sus datos. Ante ello, las transacciones se autorizan sin necesidad de un contacto físico -personal o telefónico- con el cliente. El uso seguro de los códigos y claves generados por el usuario en el sistema resulta, entonces, un factor necesario para la adecuada operación de la banca electrónica. Remarca que el estafador tenía todos los datos y claves de la Sra. Oreste y que si las entidades financieras desconfiaran cada vez que el cliente ingresa a Home Banking o Banca Movil y tuvieran que pedir una revalidación de identidad, como es el contacto personal con el cliente, la banca electrónica dejaría de ser eficiente. Alega que ninguna de las medidas de seguridad informática tendrá efecto si una empresa de telefonía proporciona chips gemelos de sus usuarios a terceros que tienen conocimientos especializados en realizar delitos ciber bancarios. Considera que se procesan diariamente millones de operaciones y trámites bancarios a través de internet a nivel mundial y que el único supuesto que se puede presentar algún inconveniente es cuando el propio cliente actúa sin tomar las debidas precauciones que supone el manejo de cuentas bancarias, datos y claves personales, o peor, cuando su compañía de telefonía facilita el delito.

Expone que no hubo un acto de comisión por omisión en el accionar de su mandante. Que cumplió con todas las medidas de prevención y seguridad necesarias y que no se observaron fallas de los protocolos y elementos de seguridad predispuestos en la operación que la actora desconoce -transferencia bancaria-. Dice que la persona que realizó la transferencia cumplió con todo el listado de validaciones y certificaciones que hacen suponer que la persona que está operando es el cliente. Que la cadena de confianza prevista a modo de barrera de seguridad se cumplió efectivamente. Por lo que, no había forma de evitar la transferencia del dinero.

Aduce que conforme el art. 1729 del CCCN, la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del damnificado en la producción del daño. Que en autos, la situación fue peor, porque Personal Flow hizo posible la comisión del fraude. Asimismo, menciona que el art. 40 de la Ley 24.240 establece el factor objetivo de responsabilidad, pero que el mismo cede en casos como el de autos, donde es patente que la culpa de la estafa estuvo en que Personal Flow facilitó ese chip duplicado, sin lo cual nada habría acontecido.

Afirma que cumplió con las obligaciones para con su cliente y con las reglamentarias de su actividad, brindando atención en todo momento a la actora y la información por ella requerida. Que el reclamo fue tratado conforme el procedimiento establecido por el BCRA y su resultado desfavorable fue comunicado a la actora.

Esgrime que no existe imputabilidad alguna al Banco Hipotecario S.A., porque no hay un hecho propio del banco por el cual deba responder. No hubo accionar antijurídico en el obrar del banco -dice-.

Estima que no tiene obligación de restitución respecto del dinero que fue sustraído de la caja de ahorros de la actora ($899.679,41), por cuanto es Personal Flow quien debe responder por ese daño. Considera que las acciones cometidas por la codemandada interrumpen el vínculo entre su parte y el hecho, al instituirse como causa exclusiva del daño. Que su parte no tuvo incidencia en la comisión de delito alguno.

Rechaza el rubro de pérdida de chance, por cuanto esta reparación debe cubrir un interés actual del reclamante, que no existe cuando quien se pretende damnificado no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida.

En cuanto al daño moral, menciona que la jurisprudencia ha interpretado la facultad concedida al legislador con criterio estricto exigiendo que quien invoca daño moral pruebe concretamente su acaecimiento.

Resalta que si la Sra. Oreste sufrió algún padecimiento no vino de un hecho de su poderdante y que la jurisprudencia ha exigido que se acredite la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el padecimiento sufrido, en casos como el de autos, lo que no acontecede.

Sostiene que la actora no presentó denuncia ante la DCI, no envió carta documento a su representado y sólo hubo una audiencia de mediación, lo que demuestra que nunca tuvo voluntad conciliatoria, sino que busca con esta acción un enriquecimiento sin causa, por lo menos en lo que hace al Banco Hipotecario S.A.

Finalmente, en relación al daño punitivo, expresa que el mismo resulta inaplicable a su mandante. Manifiesta que toda la doctrina nacional es conteste en sostener que no basta el mero incumplimiento para posibilitar la aplicación de los daños punitivos, sino que se exige además que el accionar del agente sea doloso, que haya existido mala fe. Características que fueron destacadas por la propia parte actora -dice-, por lo que su petición no es procedente. Indica que la demanda adolece de una grave omisión: establecer la naturaleza y existencia de la conducta antijurídica o del incumplimiento atribuible a su representado. Sostiene que no están reunidos los extremos para la aplicación de la sanción punitiva a su parte.

Cita jurisprudencia, ofrece pruebas, hace reserva de caso federal y demás argumentos vertidos en su presentación.

3. Situación de la demandada Personal Flow

Corrido traslado de la demanda, Personal Flow no contesta pese a estar debidamente notificada -véase cédula agregada en el sistema informático en fecha 27/06/2024-.

4. Trámite procesal posterior

Radicada la causa en este Juzgado, en virtud del punto V de la Acordada N°245/24, corrido traslado de la demanda y convocadas las partes a la Primera Audiencia de Conciliación y Proveído de Pruebas, la misma se llevó a cabo el día 26/08/2024, con la presencia de la parte actora acompañada por su letrado apoderado y apersonándose el Dr. Nicolás Terán, como apoderado de Banco Hipotecario S.A. Allí la parte actora ratificó su demanda, y solicitó que se teste un párrafo de la contestación de demanda de Banco Hipotecario S.A. presentada el día 16/08/2024, a lo que se hizo lugar. Asimismo se tuvo por apersonado al Dr. Terán, y se tuvo por incontestada la demanda por parte de Personal Flow. A continuación, se dispuso que, en caso de considerarlo pertinente se

aplicarán los artículos 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación y los arts. 323 y 485 del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán, y se proveyeron las pruebas.

1. Por la actora

a. Instrumental: producida.

b. Informativa: Parcialmente producida. El letrado del demandado Banco Hipotecario S.A. adhiere a la prueba en lo referido a los oficios librados a:

- General de Defensa y Protección del Consumidor

- Dirección de Comercio Interior de Tucumán

- Dirección Nacional de Defensa del Consumidor

Además:

- Banco Central de la República Argentina

- Lic. María Emilia Jugo MP 3516

- Al Dr. Rubén Erbetta MP 2896

- Unidad Fiscal de Decisión Temprana

c. Prueba de exhibición de documentación en poder de la contraparte

- Al Banco Hipotecario S.A.: no producida.

- A Personal Flow: no producida.

d. Pericial psicológica: Producida.

e. Testimonial: Parcialmente producida.

f. Pericial informática: Producida.

g. Declaración voluntaria de parte: Proveída en fecha 13/12/2024. Producida.

2. De la parte demandada BANCO HIPOTECARIO S.A:

a. Documental: Producida.

b. Constancias de autos: Producida.

c. Pericial informática: Admitida, acumulada y proveída en el cuaderno del actor N° 6.

Ante la posibilidad de un acuerdo se suspenden los términos hasta el día 09/09/2024, con reapertura automática el día hábil inmediato siguiente en caso de no presentarse un acuerdo.

Celebrada la segunda audiencia de Producción de Prueba y Conclusión de la Causa para Definitiva el día 16/12/2024, comparecen la parte actora, junto con su letrado apoderado, el Dr. Nicolás Terán, apoderado del Banco Hipotecario S.A. No comparece persona alguna por la demandada Personal Flow. Producidas las pruebas pendientes (testimonial y declaración de parte), se dio por concluído el plazo probatorio.

Emitido dictamen por la Agente Fiscal de la IIª Nominación en fecha 27/12/2024, confeccionada la planilla fiscal, siendo que la parte actora se encuentra exenta del pago de la misma, en virtud del art. 53 de la Ley 24.240 (conforme proveído del 30/12/2024) y abonado lo correspondiente a su parte por el Banco Hipotecario S.A. (presentación del 17/02/2025), la presente causa queda en condiciones de dictar sentencia. Y,

CONSIDERANDO:

1. La Traba de la Litis

Que se presenta la actora ORESTE CARLA BIBIANA e inicia la presente acción de consumo por daños y perjuicios en contra de BANCO HIPOTECARIO S.A. y PERSONAL FLOW, reclamando la suma de $8.899.679,41¶ ($899.679,41 por daño directo, $2.000.000 por pérdida de chance, $1.000.000 por daño moral y $5.000.000 por daño punitivo). Alega que Personal Flow entregó un duplicado de su chip a un tercero, quien efectuó transacciones desconocidas por ella en su caja de ahorro del Banco Hipotecario el día 27/01/2023 por la suma de $889.679,41. Aduce que ambas demandadas tienen responsabilidad por su obrar antijurídico: Banco Hipotecario S.A. por no garantizar la seguridad en las transacciones telemáticas que no fueron realizadas por ella y Personal Flow por entregar el chip a un tercero sin verificar que se trate del titular de la línea.

Mientras que Banco Hipotecario S.A. solicita el rechazo de la demanda aduciendo que cumplió con todas sus obligaciones para con el cliente y la normativa correspondiente a la seguridad; que sus sistemas de seguridad no fallaron, por cuanto el tercero conocía todos los datos y validaciones de la Sra. Oreste, actuando como si fuera ella misma; y que la responsabilidad debe recaer exclusivamente en Personal Flow por haber sido quién entregó el duplicado del chip de la actora a un tercero, siendo esta la causa exclusiva del daño.

Por su parte Personal Flow no contesta demanda.

2. Encuadre jurídico

Antes que nada, debo señalar que, siendo que las relaciones jurídicas base de la presente acción son de consumo (entre la actora con cada una de las demandadas), la misma queda aprehendida en las normas de la Ley N° 24.240 (en adelante LDC), al resultar la actora una consumidora usuaria de los servicios bancarios financieros prestados por la entidad bancaria accionada y consumidora usuaria de los servicios brindados por la compañía telefónica codemandada, y, a su vez, las accionadas, proveedoras en los términos de los arts. 1 y 2 de dicho cuerpo normativo y art. 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

Por esta razón, la controversia deberá resolverse contemplando el marco protectorio consumeril, que revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores al disponer en el artículo 42 de la Constitución Nacional (en adelante CN) que: "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...)". Así también lo disponen los arts. 1384 a 1389 del CCCN, en tanto establecen que las normas del sistema protectorio del consumidor se aplican a los contratos bancarios con consumidores y usuarios.

Resulta necesario, también, tener presente que, en el ámbito del servicio bancario, desde hace un tiempo se ha instaurado la utilización de entornos digitales, de manera tal que el uso de la tecnología en los productos y servicios financieros viene creciendo significativamente en los últimos

años. La gran mayoría de los bancos hace años que ofrece a sus clientes aplicaciones móviles y home banking para realizar la mayor parte de las operaciones. Y al respecto se dictaron diversas comunicaciones del Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) a los fines de garantizar la seguridad de los clientes de entidades financieras en sus transacciones digitales.

Finalmente cabe reseñar que, siendo una de las codemandadas Personal Flow, también resulta aplicable al caso de marras la Ley N°25.891, que regula la comercialización de servicios de comunicaciones móviles.

3. Prejudicialidad

Denuncia la parte actora que realizó denuncia penal por los hechos objeto de litis. Oficiada la Unidad Fiscal de Decisión Temprana, comunicó mediante presentación de 26/09/2024, que la causa S-004818/2023 caratulada "SANCHEZ SEBASTIANA MERCEDES, GILES MARCELA ALEJANDRA, BERARDO PATRICIA NADYA S/ ESTAFA - ART. 172 VICT: ORESTE CARLA BIBIANA" se encuentra en otra unidad fiscal. Así mediante presentación de fecha 27/09/2024, la Unidad Fiscal de Delitos Complejos remitió copia de las actuaciones, las cuales se encuentran archivadas, conforme resolución del 12/06/2023.-

Al respecto cabe tener presente que el CCCN dispone en su art. 1774 que las acciones civil y penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. Además, el art. 1774 dispone que: “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a)... b)... c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”, como el caso de autos. Por lo que no existe el obstáculo de la prejudicialidad en esa sede y se encuentra habilitada la jurisdicción en la presente causa.

4. Responsabilidad de las demandadas

Preliminarmente, cabe resaltar que al tratarse de una relación de consumo en la que existe una dispar relación de poder y el proveedor asume el riesgo empresario -puesto que lucra con los servicios y bienes prestados-, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo (art. 40 LDC); por lo que, probada la existencia del hecho dañoso o incumplimiento obligacional, para eximirse de la obligación de resarcir, la parte demandada debe demostrar la ajenidad de la autoría o caso fortuito.

4.1. La parte actora alega que fue víctima de sim swapping, lo que derivó en un débito no autorizado de los fondos depositados en sus cajas de ahorro del Banco Hipotecario S.A. (a través de la realización de transferencias a terceros, desconocidas por ella).

A los fines de acreditar sus dichos, la parte actora ofreció prueba testimonial. Así, en audiencia de fecha 16/12/2024, depusieron los testigos, Sr. Manca Oreste y el Sr. Cisneros. El primero de ellos fue tachado en la persona y en los dichos por la contraria. En cuanto a su persona porque dijo ser hijo de la actora, evidenciando un testimonio preparado y analizado. Y respecto de los dichos, llamó la atención que cuando habló de la denuncia ante la Fiscalía de los delitos telemáticos, realizó manifestaciones que no son ciertas -aduce-. Remarca el letrado que incluso se libró un oficio -que consta en autos- donde la división oficiada contesta que la propia actora había mostrado poquísimo interés en la misma, realizando abandono de la causa. En lo restante dice que se condice con lo que la actora manifestó en la demanda. Corrido traslado, la parte actora solicita su rechazo. En cuanto a la persona, cita el art. 367 procesal en cuanto dice que los testigos cosanguíneos pueden ser ofrecidos, por lo que la tacha por la persona sería improcedente. En cuanto a sus dichos, argumenta que es evidente que vivenció en persona todo lo que relató, y en especial, sobre la denuncia de

delitos telemáticos, el testigo dijo que era abogado, su matrícula se encuentra activa, por lo que es una persona que conoce el fuero penal, y conoce cómo se realizan las procedimientos ante las fiscalías especializadas. Sostiene el letrado, que el declarante fue claro, consistente y contextual al comunicar que la Fiscalía le exigía cualquier medio de prueba, lo que estaba imposibilitado de aportar. En su caso, la Fiscalía debería haber enviado oficio a Personal y al Banco Hipotecario para que se remita la información, ya que como él mismo relató, cuando fue a Personal, no se lo quisieron brindar porque sólo lo harían en base a un pedido judicial. El testigo ha sido vivencial de la situación, participó activamente, y dado la situación de confidencialidad que vive la Sra. Oreste por su situación, él tiene conocimiento justamente por ser su hijo.

Atendiendo los argumentos expuestos por las partes, entiendo que la tacha del testigo debe ser rechazada. En efecto, el vínculo filiatorio del testigo con la demandante no es óbice para su declaración en esta instancia, a tenor del art. 367 procesal. A lo que cabe agregar, como dijo el letrado en la audiencia, el testimonio del Sr. Manca Oreste resulta esencial por haber sido él mismo quien acompañó a la demandante desde el primer momento que tuvo conocimiento de los hechos, y hasta que realizó las denuncias correspondientes, tanto en las empresas accionadas como en sede penal. Cabe remarcar que el testigo dio suficiente razón de sus dichos, fue claro, consistente y congruente con su exposición, por lo que la tacha en sus dichos también resulta improcedente.

Así, tengo presente que el Sr. Manca Oreste, expuso una narrativa de los hechos coincidentes con los de la demanda. Esto es, que el día 27/01/2023 recibió un llamado de un número no agendado cerca de las 23:30 hs, y era su madre diciendo que "le habían sacado/robado plata", de modo que se dirigió al domicilio a su encuentro. Al ingresar al home banking -por la computadora del deponiente- toman conocimiento de los movimientos cuestionados. Y que el día anterior figuraban también los demás movimientos. Cuenta que intentó bloquear la cuenta, pero se dio cuenta que el teléfono de su madre no andaba -no tenía línea-. Entonces llamó al 0800 de Personal, quienes le afirmaron que la línea andaba normal, sin embargo el teléfono seguía sin funcionar. Siguiendo las indicaciones del empleado de la compañía telefónica, retiró el chip, esperó aproximadamente unos cinco minutos, y volvió a intentar, pero la línea no funcionaba. Advirtió que el Home Banking no se había bloqueado, así que pensaron soluciones para proteger el capital: no podían realizar una transferencia (a una cuenta suya o de su hermano) porque en ese momento la validación que utilizaba el banco era un mensaje de texto con cuatro números que llegaban al teléfono y como no había línea de teléfono, no pudieron realizar ninguna transferencia para proteger la plata. Entonces, decidieron hacer un plazo fijo "con todo lo que había en la cuenta". Expone que terminaron yendo al sanatorio porque su mamá no paraba de llorar. Al día siguiente dimensionaron, que habían quedado "cero plata, cero efectivo", porque pusieron toda el dinero en plazo fijo, y contaban con ello para los gastos del mes de febrero. Luego, expresa que fueron (junto con su madre) al Banco Hipotecario S.A. el día lunes, y el gerente de la sucursal les dijo "entiendo que sí fueron hackeados, pero hay un procedimiento que tienen que seguir". Afirma que una de las empleada les preguntó si la compañía telefónica era Personal porque "hemos tenido problemas similares con otros clientes de Personal". Dice que en ese momento le hicieron hacer una nota manuscrita en el Banco y la presentó ese mismo día. Explica que luego de ir al Banco Hipotecario S.A., fueron a Personal y le dijeron que "habían entregado un duplicado del chip en Jujuy", lo que era "raro" porque su madre había estado todo el mes en Tucumán. Pidieron un informe de lo sucedido y no les quisieron dar nada por escrito, sino que lo tenían que pedir a través de un "oficio judicial". Al consultar por la línea de teléfono, su madre quiso dar de baja la línea pero siendo que era la única empresa que tiene señal en su casa de Tafí del Valle, no era posible, para no quedar incomunicados. Además, menciona que el empleado de Personal les recomendó no dar de baja, porque iba a perder la titularidad, y si necesitaba cualquier información relacionada con la línea no la iba a poder adquirir por no ser titular. Así que su madre adquirió una nueva línea para un nuevo teléfono y utiliza ambas, es decir dos

teléfonos celulares. A continuación expresa que en horas de la tarde realizaron la denuncia en delitos telemáticos, y acompañaron los movimientos de la cuenta. En este momento afirma que en el banco no le habían querido brindar más información que esa, porque era necesario continuar el procedimiento interno y habían procedido a bloquear la cuenta del home banking, por lo que no tuvieron más acceso al mismo. Advierte que cuando salió un decreto en la causa penal donde afirmaban que necesitaban más información, él mismo se acercó a comunicar que no tenía más información que la que había aportado y que compartió lo que "había investigado del tema". Lo único que tenían eran los movimientos bancarios y como figuraban como comunes y corrientes, la persona que lo atendió en sede penal entendió que no estaban los elementos de prueba que necesitaba. Al ser consultado de cómo afectó el hecho a la salud de Sra. Oreste dijo: "Al día de hoy carga con dos teléfonos, cualquier cosa que tenga que ver con operaciones bancarias tiembla... lo que tenga que ver con seguridad en sí, lo padece, lo pasa mal, altera a la familia, al grupo cercano... mi hermano y yo tenemos que soportar esa situación... quedó tan shockeada por este tema que tuvo que cambiar la marca del teléfono celular", es decir por uno que permitiera reconocimiento facial. Al preguntarle por las secuelas físicas afirma que quedó: "con problemas de presión... reniega y le sube la presión hasta el día de hoy".

Además en la misma audiencia expuso el Sr. Cisterna, quien, aún cuando tenía domicilio en Buenos Aires, estaba en Tucumán en el mes de enero de vacaciones. Preguntado por los hechos de litis, cuenta que la noche del 27/01/2023 se habían encontrado con un grupo y se juntaron para ir a comer en Pizza 8 en Yerba Buena, la Sra. Oreste se ofreció a pagar y luego el mozo le informó que no podía cobrarle con su tarjeta, continúa diciendo que él se arrimó a la caja y advirtió que no había forma de pagar, por lo que pagó él con su tarjeta. A continuación cuenta que la Sra. Oreste estaba "mal, estaba nerviosa" por la situación, por lo que decidió manejar el automóvil de la actora y acercarla a su casa, en Tafí Viejo.

Todo lo expuesto por los testigos, guarda relación con la prueba documental aportada. En efecto, la demandante acompañó copia del detalle de movimientos entre las fechas 08/12/2022 al 30/01/2023, de la Caja de Ahorros en Pesos N°4-076-0001771258-2, de la que es titular, perteneciente al Banco Hipotecario S.A. Allí surge que el día 26/01/2023, la Sra. Oreste tenía en su cuenta la suma de $2.531.608,41 y que el día 27/01/2023 se sucedieron los siguientes movimientos: 1) Transferencia a Sanchez Sebastiana Mercedes por la suma de $50.000; 2) Transferencia a Oreste Carla Bibiana (es decir a la otra cuenta perteneciente a la misma actora) por la suma de $100.000, 3) Acreditación de $300 por transferencia recibida de Giles Marcela, 4) Transferencia a Giles Marcela por $100.000, 5) Transferencia a Giles Marcela por $100.000, 6) Transferencia a Giles Marcela por $50.000, 7) Transferencia a Marcela Alejandra Giles por $50.000, 8) Transferencia a Diego Ezequiel Vallejos por la suma de $50.000, 9) Transferencia a Patricia Nadya Berardo por $50.000. Consta que el saldo del final del día 27/01/2023 es la suma de $1.981.908,41. Del día 30/01/2023 surgen los siguientes movimientos: 1) Acreditación de $21 por transferencia recibida de Gonzalez Nancy Andrea, 2) Transferencia a Gonzalez Nancy Andrea por $100.000, 3) Transferencia a Gonzalez Nancy Andrea por $100.000, 4) Transferencia a Gonzalez Nancy Andrea por $100.000, 5) Transferencia a Gonzalez Nancy Andrea por $50.000. Consta también la constitución de un plazo fijo por la suma de $1.631.000, siendo el saldo al final del día la suma de $929.41.

Además, adjuntó copia del Detalle de Movimientos entre las fechas 26/01/2023 al 30/01/2023, de la Caja de Ahorros en Pesos N°4-037-0003140300-1, de la que es titular, perteneciente al Banco Hipotecario S.A. De la misma se desprende que en fecha 27/01/2023 estos movimientos: 1) Acreditación de $100.000 por transferencia de su misma persona (la que se refleja en los movimientos anteriormente descriptos), 2) Transferencia de $50.000 a Sanchez Sebastiana Mercedes, 3) Acreditación de $500 de transferencia recibida de Giles Marcela, 4) Transferencia de

$50.000 a Diego Ezequiel Vallejos. Siendo el saldo al final del día 30/01/2023 la suma de $500.-

Ahora bien, tengo a la vista la copia de la denuncia efectuada por la demandante en la que desconoce todos los movimientos arriba reseñados, a excepción de la constitución de plazo fijo; la que resulta coincidente con la obrante en la causa penal arriba mencionada, cuyas copias tengo a la vista. Lo descripto guarda relación con lo manifestado por la actora en su escrito de demanda, al decir que, advirtiendo los movimientos fraudulentos que se estaban realizando, optó por la constitución de un plazo fijo a los fines de poder resguardar el saldo de su cuenta bancaria.

Asimismo, encuentra coincidencia con las notas presentadas por la Sra Oreste en fecha 30/01/2023 (conforme surge del sello de recepción del Banco Hipotecario S.A., suscripto por el gerente de la sucursal Javier Llaudet) en el Banco Hipotecario S.A. - Sucursal Yerba Buena. Surge de la primera de ellas que la actora impugnó y desconoció los movimientos registrados en las cuentas N°4-076-0001771258-2 y N°4-037-0003140300-1, desde el día 27/01/2023, solicitando el reintegro de los mismos, por cuanto "el sistema del banco fue vulnerado generando un grave perjuicio económico atento que en forma irregular se extrajo la suma de $899.679,41 aproximadamente". También denuncia la apertura de la cuenta N°4-076-0003497603-1 a su nombre, la cual no solicitó ni gestionó, por lo que solicita su baja. Mientras que de la segunda nota, surge que solicita que los plazos fijos N°07608000110360714 por el monto de $250.000 con vencimiento el día 03/02/2023 y el N°0760800110369049 por el monto de $1.631.000 con vencimiento el día 07/03/2023 sean abonados en forma personal a través de cajero humano. Adjunta igualmente un detalle de cancelación de plazo fijo N°07608000110360714 de fecha 03/02/2023, suscripto por la Sra. Oreste, por la suma total de $268.493,15 (capital $250.000 con más $18.493,15), el que había sido constituido en fecha 29/12/2022.

Además, tengo a la vista las copias de e-mail recibidos por la demandante remitidos por el Banco Hipotecario S.A. por los cuales: a) en fecha 30/01/2023 le manifestaron que, en relación a la solicitud N°CAS-0005146214, acompañe la documentación necesaria para analizar el caso, a los fines de comenzar el circuito formal de de desconocimiento; b) en fecha 30/01/2023 igual respuesta referida al caso N°CAS-0005146147, c) en fecha 30/01/2023 igual respuesta referida al caso N°CAS-0005146009; d) en fecha 30/01/2023 donde le comunican que se resolvió favorablemente el caso N°CAS-0005146542. Correos cuya autenticidad fue verificada por la perito informática sorteada en autos, en ocasión de realizarse la prueba pericial.

Documentación toda ella que no fue negada ni impugnada por el Banco Hipotecario S.A., y que me permiten tener por acreditado que la parte actora fue víctima del ciber delito de "sim swapping", especialmente atendiendo el cortísimo tiempo y la modalidad con la que se produjeron los movimientos descriptos, como así también los desconocimientos e impugnaciones efectuados por la Sra. Oreste tanto en el banco como en sede penal.

Aún cuando la causa penal fue archivada por no contar con elementos suficientes que permitan su investigación -conforme surge de la resolución de fecha 12/06/2023-, eso no quiere decir que la denuncia de la actora haya sido falsa. De hecho, el archivo no obsta que luego el proceso penal pueda ser reabierto y valorarse en el futuro en base a nuevas aportaciones. Es más, la querella procesal penal es una opción para la parte, por cuanto el proceso penal persigue intereses de orden público y, por lo tanto, es mayormente de oficio -a diferencia del proceso civil, donde rige el principio dispositivo-.

Tengo presente que "el sim swapping es una técnica implementada por un tercero, "hacker", que consiste en obtener el duplicado de la tarjeta SIM -tarjeta inteligente desmontable- de un teléfono móvil, con la finalidad de interceptar sus datos, acceder a diferentes aplicaciones del verdadero

titular de la línea y realizar, entre otras cosas, fraudes bancarios. El hacker utiliza diferentes tácticas a fin de engañar a las compañías telefónicas: de esa forma obtienen datos e información personal de la víctima (e.g. fecha de nacimiento, número de documento, número de teléfono, entre otros), haciéndose pasar por ellos logran adquirir el nuevo chip o chip mellizo, y pasan a tomar su lugar como si fueran los verdaderos titulares de la línea. Sin necesidad de tener acceso físico al dispositivo móvil: el hacker: i) logrará el bloqueo del SIM del usuario; ii) tendrá acceso a modificar las claves de las aplicaciones del usuario mediante la recepción de un SMS (doble factor de autenticación) con las instrucciones para el cambio de clave (e.g. cuentas bancarias, redes sociales, entre otras), y iii) podrá utilizar las cuentas del usuario y realizar operaciones financieras en su nombre." (Spighi, Francina y Ovejero Solá, Lucrecia, "SIM Swapping: El alcance de la responsabilidad bancaria", publicado en La Ley, 04/10/2022, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2894/2022).

Hago notar que al no haberse presentado en estos autos Personal Flow, y atento la prueba rendida en esta causa, tengo por acreditado que fue la empresa telefónica demandada quién entregó el chip duplicado a terceras personas, tal como manifiesta la parte actora en su escrito de demanda, a tenor de lo normado por el art. 438 procesal.

En efecto, debe tenerse en cuenta la carga de la demandada de aportar al proceso los elementos de pruebas que obren en su poder (artículo 53, tercer párrafo, LDC), pues -por las características del servicio- la compañía estaba en especiales condiciones para presentar documentación que permitiera dilucidar este punto a través de recibos, comprobantes, copias de documentos, autorizaciones emanadas de la actora, etcétera.

A mayor abundamiento, la empresa telefónica fue intimada a exhibir la documentación obrante en su poder y solicitada por la parte actora, y no lo hizo pese a estar debidamente notificada -véase cédula agregada en fecha 23/09/2024 en el sistema informático-. A saber: a) copia del historial de la línea N°3816441983 desde su activación hasta la actualidad, informando específicamente el trámite de cambio de titularidad, con indicación de la documentación presentada en sucursal con fecha 26/01/2023 aproximadamente o cercana en la Provincia de Jujuy en donde se entregó el chip físico del nombrado número de línea, b) desde qué fecha la línea N°3816441983 se encuentra como facturación prepaga, debiendo indicar la modalidad de facturación de la misma desde su activación hasta su modificación, c) copia del historial de la línea N°3816639761 desde su activación hasta el día de la fecha, debiendo indicar la titularidad de esta y desde qué fecha se encuentra operativa, debiendo indicar el modo de facturación que presenta la misma, d) informe cuál es el destino que la empresa le da a la documentación sensible de una línea de teléfono una vez que su titular decide la baja de la misma, e) acompañe las medidas concretas de seguridad adoptadas por la empresa a los fines de garantizar la seguridad de los usuarios en la entrega de la informaicón sensible y/o elementos personales como ser chips o líneas de teléfono, f) informe el procedimiento de investigación interna que se realizó en base a la denuncia presentada por la parte actora en fecha 30/01/2023 respecto del hecho ocurrido en 26/01/2023, debiendo remitir el respectivo expediente administrativo y g) grabación de voz del reclamo efectuado por la Sra. Oreste al Servicio de Atención al Cliente desde el número de teléfono 0381 156571617 en fechas 28/01/2023 y 29/01/2023.

El hecho de que la codemandada no haya realizado ningún esfuerzo probatorio en este sentido genera una presunción en su contra y refuerza la posición de la actora.

4.2. Ahora bien, probado que la consumidora fue víctima de una estafa perpetrada por desconocidos -quienes realizaron transferencias desde su cuenta a cuentas de terceros, en su detrimento económico- corresponde analizar la responsabilidad atribuida a las empresas demandadas, en cuanto a si cumplieron con el deber de seguridad que implicaba proporcionar un servicio seguro y

confiable, que contemple herramientas de mitigación de fraudes cibernéticos.

Este deber surge de la doctrina del art. 42 de la CN, que establece que los consumidores y los usuarios de bienes y servicios, tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Asimismo, el art 5 de la Ley de la LDC sienta las bases de este deber al señalar que las cosas y los servicios deben ser suministrados y prestados en forma tal que utilizados en condiciones normales de uso no presenten riesgo para los consumidores y los usuarios; luego el art. 6 de la citada ley impone el deber de advertencia y, finalmente, el art. 40 de la misma ley regula la responsabilidad por el riesgo de la cosa.

Por su parte, la doctrina ha sostenido que la obligación de seguridad se trata de concretar una garantía de inocuidad de los productos y servicios, y asegurarle al consumidor que, la correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces, no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños (Wajntraub, Javier, Régimen jurídico del consumidor comentado. Rubinzal- Culzoni, Santa fe 2017, p. 53).

4.2.1. Responsabilidad de Personal Flow

En relación a la responsabilidad de Personal Flow, cabe decir que la circunstancia fáctica de que el chip haya sido entregado a un tercero, implica indefectiblemente que éste pudo haber accedido a la línea telefónica de la Sra. Oreste. En este contexto, es necesario tener en cuenta que el acceso a una línea de teléfono celular ajena puede permitir el acceso a otros servicios que suelen utilizarse por medio de teléfonos móviles, tales como aplicaciones, correo electrónico y redes sociales. Así, la circunstancia de que un número de teléfono pueda ser utilizado para “recuperar” contraseñas de aplicaciones vinculadas al titular de esa línea es un hecho de la experiencia común que no necesita de mayores elementos probatorios (cfr. artículo 127, CPCC). Precisamente, la actora invoca que esto es lo que ocurrió en su caso, en tanto el tercero habría utilizado este medio para ingresar a su cuenta bancaria, perpetrando el delito, lo que se encuentra acreditado en autos conforme lo arriba reseñado.

En este sentido, la responsabilidad de la empresa demandada deriva fundamentalmente de la transgresión a lo normado por la Ley de Servicios de Comunicaciones Móviles, n° 25.891. La norma prescribe que la comercialización de servicios de comunicaciones móviles podrá realizarse únicamente por empresas legalmente autorizadas (art. 1), imponiendo la carga a esas empresas que registren y sistematicen los datos personales, filiatorios y domiciliarios que permitan una clara identificación de los adquirentes (art. 2).

En efecto, el incumplimiento de la norma específica que prescribe la identificación de los adquirentes de servicios de comunicación móvil puede ocasionar graves perjuicios a los titulares de líneas telefónicas, como aconteció en el caso de autos. Por ello, la sola transgresión por parte de la demandada a lo normado por la ley n° 25.891 es condición suficiente para que responda civilmente por los daños ocasionados a Carla Bibiana Oreste por los efectos propios de esa transgresión.

Sobre el tema tiene dicho la jurisprudencia: “la activación de una línea de teléfono celular sin constatar de manera eficiente la identidad del adquirente de la misma, constituye un obrar antijurídico, más aún teniendo en cuenta que dicho proceder se encuentra expresamente vedado por la ley 25.891”, fundamentándose luego que “el incumplimiento de dicha normativa en el caso pone en evidencia, no de modo potencial, sino concreto, el inmenso daño que se puede causar a una persona por no haber cumplido la empresa con el protocolo de identificación del usuario” (Cám. Civil y Comercial Común, Sala 1, Sent. 111, 30/03/2.017).

A mayor abundamiento, cabe remarcar que la exposición del testigo, Sr. Manca, acredita el incumplimiento de la compañía telefónica de normas básicas de la LDC. En efecto, tengo por probado que la compañía incumplió el deber de información (art. 4) y de trato digno (art. 8 bis) de la LDC.

Ambos deberes consagrados constitucionalmente. En efecto, sobre el deber de información que debe cumplir toda entidad prestadora de un servicio, es uno de los principios fundamentales del derecho del consumidor consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que encuentra su correlato en el deber de información impuesto a los proveedores de bienes y servicios por el art. 4 de la LDC y el art. 1100 del CCCN. Dijo la jurisprudencia: "La información es un elemento imprescindible para restablecer el equilibrio entre las partes -tratantes primero y contratantes después-, debiendo considerarse que tal equilibrio es el principio sobre el que se asienta la autonomía de la voluntad, que es elemento esencial del consentimiento eficaz. Por ello resulta fundamental que la información sea veraz, detallada, eficaz, suficiente, cierta e inteligible.” (Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, “Fontdevilla Pablo c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios”, sentencia n°921 del 02/10/2009). Adviértase que al no proporcionar a la Sra. Oreste la información referente a su línea de teléfono, a pesar de ser ella la titular, se violan los derechos consagrados en la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N°25.326), en cuanto el art. 1 dispone que el objeto de la ley es: "la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.". Y que el titular de los datos, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos o privados, destinados a proveer informes (art. 13). Las disposiciones de esta normativa en consonancia con las disposiciones de la Ley N°25.891, evidencian la falta grave en la que incurrió la accionada.

Además tengo presente la declaración voluntaria de la parte actora en audiencia de fecha 16/12/2024, en donde la Sra. Oreste dijo: "Vivencié una actitud negligente de los dos demandados... Yo soy una persona sumamente responsable y meticulosa en toda la administración de mis datos, entonces jamás he pensado ni he previsto que Personal podía entregar un chip duplicado en otro lugar y no tomar un recaudo mínimo, de pedir mi DNI original o un llamado de teléfono para verificar qué estaba pasando, jamás me quisieron brindar información. Por supuesto que la primera sensación mía es salir corriendo de Personal, pero... el problema es que La Ovejería de Tafí del Valle no hay señal de otra línea de teléfono, entonces sigo en esa línea de teléfono, sigo cautiva en algún aspecto desde ese punto de vista... No consigo ninguna explicación de cómo tengo que obrar para no volver a sufrir lo mismo. Personal nunca vino, asumió responsabilidad o algo que explique que el ciudadano común no va a ser víctima de estas situaciones. Nunca me dio ninguna explicación. Cuando recurrí a Personal con mi hijo, me dijeron todo lo que manifesté en la demanda, y pedí que nos dé la información por escrito y nos dijeron que no estaban autorizados y que lo teníamos que pedir judicialmente. Lo pedimos judicialmente y nunca contestaron, nunca se presentaron." A continuación, expuso su preocupación ante la exposición de su intimidad producto del hackeo. Todo lo declarado por la demandante evidencia el trato desaprensivo de la empresa accionada, en virtud de lo normado por el art. 8 bis, en cuanto era obligación de Personal abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias.

Sobre el tema tiene dicho la jurisprudencia. "... A la luz de los elementos probatorios analizados, tengo presente que el deudor recibió además un trato indigno y fue colocado en situación de

indefensión, al no obtener una respuesta clara, objetiva y veraz acerca de sus reclamos. Era esperable por parte de la codemandada, en tanto su carácter de proveedora de bienes y servicios, un comportamiento diligente y profesional acorde con las expectativas del usuario del sistema..." (Excma. Cámara Civil y Comercial Común, Sala 1, "Gonzalez María Alejandra vs. Tarjeta Naranja S.A. y Otro s/ Daños y Perjuicios", sentencia N°236 del 02/06/2021).

De modo que la demandada es responsable civilmente de responder por los daños ocurridos.

4.2.2. Responsabilidad de Banco Hipotecario S.A.

En cuanto a la entidad financiera demandada corresponde señalar que las normas citadas de la LDC, se complementan con el régimen de responsabilidad del CCCN y la reglamentación del BCRA sobre la prestación de servicios financieros a través de la banca internet o por cajeros automáticos.

Asimismo, para poder determinar el alcance de esta obligación es preciso entender que las entidades bancarias, en su carácter de proveedores especializados en ofrecer y brindar servicios financieros, tienen una responsabilidad aún mayor de acuerdo con la importancia social de la actividad profesional que desarrollan. Ello implica, entre otras cosas, que deben extremar los recaudos para que los servicios que ofrecen y organizan, se presten en condiciones de máxima seguridad, en aras de proteger los derechos de los usuarios financieros, como sujetos especialmente tutelados por las normas constitucionales y legales de defensa del consumidor y las referidas a la protección de sus datos personales.

En otras palabras, este deber implica que el banco debe tomar medidas y precauciones, adecuadas al contexto, que garanticen al usuario que el servicio será prestado manera totalmente segura no solo en lo que respecta a los servicios presenciales, sino también a los digitales.

Ello es así, especialmente considerando que a partir de la pandemia de COVID 19, las entidades financieras impusieron -progresivamente- la obligatoriedad del uso de los medios digitales para las comunicaciones, transacciones y contrataciones; hasta que la moneda corriente hoy en día es la virtualidad, siendo cada vez menos necesaria la presencia física del titular para su acreditación.

Nótese en la especie -por ejemplo- que el banco accionado impuso la activación del soft token como única forma de continuar operando en el Home Banking y App BH. Así surge de la copia de email remitido por el Banco Hipotecario comunicando que "a partir de febrero será la única forma de hacer transferencias, blanqueos de claves, aumento de límites y más", y a continuación brinda los pasos a seguir para su activación.

Destaco que la virtualidad, significó para los bancos -en general- un beneficio económico constante, en tanto les permiten operar durante las 24 hs., con mucho menos personal y concretar una mayor cantidad de operaciones sin la necesidad de que el cliente se presente a sus sucursales. De modo que, frente a los evidentes beneficios, es su obligación brindar seguridad a sus clientes para que las operaciones virtuales sean igual de seguras que las presenciales, que antes se realizaban -por cuanto significan su reemplazo-.

En este orden de ideas, entiendo importante remarcar que la misma demandada reconoce que al comienzo de la digitalización de los trámites bancarios, se sucedieron algunos inconvenientes por la comisión de ciberdelitos. Pero entiende que esa situación ha quedado atrás, por cuanto existió una fuerte campaña publicitaria y preventiva del BCRA y demás entidades financieras, tomándose las medidas de seguridad necesarias. Es más, considera que es imposible que ocurra una estafa salvo que exista complicidad involuntaria del cliente -o en este caso, de la empresa telefónica al proporcionar un duplicado del chip de la Sra. Oreste a terceros-. Entiende que ninguno de sus sistemas de control y de seguridad fallaron, sino que los daños fueron ocasionados exclusivamente

por el accionar de Flow Personal, excediendo el marco de su responsabilidad.

Así las cosas, corresponde determinar si efectivamente los sistemas de seguridad al momento del hecho resultaban adecuados para prevenir los riesgos existentes en el contexto imperante a la fecha del hecho (27/01/2023).

Para realizar el análisis pertinente, tengo en cuenta el art. 53 LDC, en orden a la aportación de los elementos de prueba necesarios para contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos, que luce innegablemente justificado, por cuanto es la entidad financiera quien se encuentra en mejor situación de probar los hechos controvertidos -esto es los sistemas de seguridad vigentes-, pues claramente se trata de información que se encuentra bajo la órbita de su poder y de muy difícil acceso para la actora.

Ahora bien, tengo en consideración que al contestar demanda, la accionada realizó un exhaustivo detalle de las medidas utilizadas para la protección de sus clientes durante la operación telemática de sus productos, como así también para alertar e informar a sus clientes sobre las prácticas fraudulentas que existen. Asimismo, adjuntó un acta de constatación de fecha 07/03/2024 (Escritura N°22), que da cuenta de las mismas, a esa fecha. Surge del instrumento que al ingresar al sitio oficial del Banco Hipotecario S.A., aparecen advertencias de seguridad tales como "El banco nunca va a solicitarte información personal" o "Nunca compartas información sensible en redes sociales", como así también la opción del botón de "Mi cuenta está en riesgo" a los fines de que los clientes bloqueen su cuenta de Home Banking o App Banca Móvil en caso de considerarla vulnerada, de manera preventiva y acreditando su identidad, y recomendaciones de seguridad referida a las claves. Recomendaciones similares se observaron al ingresar a la página de Home Banking, a la App Móvil del Banco y a las redes sociales del Banco (Facebook e Instagram), según surge de dicho instrumento. Da cuenta que el tercer factor de autenticación vigente para validar operaciones, tales como transferencias y debines, se efectúa mediante un código variable denominado "Soft Token", el "cual se encuentra en la misma app móvil del Banco Hipotecario, luego de un proceso de registración previo del dispositivo móvil y validación de identidad". También incluye impresiones de pantalla de los mails remitidos por la entidad bancaria en sus campañas realizadas, aunque resultan ilegibles no pudiendo observar ni las fechas ni los contenidos.

De este modo, aún cuando el acta notarial da cuenta de los elementos de seguridad brindados por el banco accionado, del mismo no surge ningún elemento que me permita tener por acreditado que estos existían al momento de los hechos. Hago notar que el acta es de fecha 07/03/2024, es decir más de un año después de los hechos ventilados en esta litis.

Continuando con el análisis de las probanzas de autos, ambas partes ofrecieron prueba pericial informática. Siendo desinsaculada la Ingeniera en Sistemas de Información, Marcela Alejandra Machado (MP N°28.236), presentó su informe en fechas 12/11/2024 y 19/11/2024. Dictamen que fue impugnado por la parte demandada -mediante presentaciones del 22/11/2024-, alegando que la perito hace referencia al Banco Galicia, cuando debió haber dicho Banco Hipotecario S.A.. Además sostiene que la perito rechazó incorporar el acta notarial de fecha 21/07/2021, donde un escribano da cuenta de los avisos del Banco Hipotecario S.A., entiende que la perito debió incorporar en su informe esa acta y ponerla en conocimiento del juzgado, porque la misma contiene cuestiones esenciales que hacen al informe que se le solicitó, y manifiesta que la perito incurrió en falsedad al brindar algunas respuestas de su informe. Corrido traslado a la perito, rectifica las menciones que hace al Banco Galicia, refiriéndose que debió decir Banco Hipotecario S.A. y menciona que la incorporación o no del acta mencionada, debió ser dilucidada por el Proveyente, en caso de considerarlo. Con respecto a las demás observaciones realizadas, procede a ratificar sus respuestas. Analizada la impugnación entiendo que la misma debe ser rechazada por cuanto, el

letrado realiza una mera manifestación sin la dirección técnica correspondiente. Cane señalar que la pericia cumple con los requisitos necesarios para reputarla como eficaz, pues ella es conducente respecto del hecho a confirmar -el cual es pertinente con el objeto de la controversia-; el perito es idóneo en la materia sobre la cual se expide, realizó el dictamen y contestó las aclaraciones e impugnación con suficiente y explicada motivación; tiene conclusiones claras, asertivas, firmes (no dubitativas) que lucen convincentes y no aparecen como improbables, absurdas o imposibles; no existe un motivo serio que haga dudar de la imparcialidad, desinterés y sinceridad del perito, así como tampoco coexiste otro medio probatorio convincente que desvirtúe el dictamen o, por lo menos, lo haga dudoso o incierto. En efecto, el informe debió ser desvirtuado arrimando, el interesado, la valoración de otro perito que ponga en duda las conclusiones (conf. Cám.CCC- Sala 3- sentencia 374 del 11/08/2023).

Dilucidada la impugnación, tengo presente que la perito comunica que "La Dra. Marina Irene Guahnon menciona la existencia de un acta notarial de fecha 21 de julio de 2021, donde un escribano da cuenta de los avisos que el Banco Hipotecario realizó en homebanking, facebook, Instagram, App Mobil del Banco Hipotecario y envíos masivos de mails por la plataforma EmBlue, sobre prevención de fraudes.". Entiendo que, en caso de existir, la misma debió ser incorporada como prueba documental, y no a través de esta pericial informática.

Continuando con el análisis, la pericia realizada da cuenta de la registración de la Sra. Oreste como cliente del Banco Hipotecario, sin mencionar los cambios ocurridos en los datos registrados.

Asimismo, la perito adjunta capturas de pantalla de los movimientos realizados en la cuenta de la actora tanto por Home Banking (aplicación en la computadora) como por la aplicación móvil (es decir desde un celular), durante el mes de enero de 2023, figurando como error sólo el de "excede el valor permitido" o similar. Los movimientos que se observan en la captura de pantalla de las cajas de ahorro de la actora, entre las fechas 27/01/2023 y 30/01/2023 son coincidentes con la documental aportada.

Informa la perito que para ingresar al Home Banking se requiere DNI, usuario y clave y también se puede autenticar con biometría (dependiendo del sistema operativo del teléfono).

Es contundente la profesional al decir que: "No hubiera sido posible realizar las operaciones descriptas en autos, porque los códigos de seguridad fueron enviados al teléfono registrado del cliente", y que "No es posible realizar transferencias sin conocer el código de seguridad, se requiere ese código de seguridad que es enviado al celular del cliente (actualmente se utiliza un “soft token” que se genera en la App móvil del Banco hipotecario, es decir que también lo puede obtener quien está en posesión del teléfono celular)", "Por el canal Home Banking o por Aplicación Móvil no se pueden modificar datos sin código de validación que se envía mediante SMS al celular registrado.".

Es más la perito advierte que: "al momento de los hechos, el factor de validación era un código de seguridad enviado al celular registrado por el cliente en el Banco. Código de seis dígitos enviado por SMS: El cliente selecciona validar la operación mediante un código de 6 dígitos numéricos que le es enviado a su teléfono celular registrado previamente en el Banco. El Banco le envía el código al teléfono celular, el cual tiene una vigencia de 60 segundos. Dicho código solo puede ser utilizado una vez y luego de transcurridos los 60 segundos desde que fuera enviado caduca (este tipo de código se lo denomina One Time Password – OTP).". Este sistema fue utilizado por el banco hasta noviembre del año 2023, según informó la profesional. Esto resulta coincidente con lo expuesto por la parte al momento de declarar y por el testigo, Sr. Manca.

Analizadas las transferencias cuestionadas, surge que en las mismas se procedió a validar de este modo, es decir por medio del código OTP al número de celular de la Sra. Oreste, cuyo chip fue

duplicado. Nótese que las mismas fueron efectuadas a través del canal MB, es decir por intermedio de un teléfono celular.

De este modo, es evidente que la registración del teléfono celular de la actora al momento de su alta en el Banco Hipotecario S.A. respetó los procedimientos de autenticación de identidad, pero que una vez efectuada la misma, no se requirieron nuevos procedimientos para volver a autenticar que en efecto era la Sra. Oreste quien operaba los días bajo análisis.

Al tratarse de procedimientos de autenticación remitidos por códigos a la línea de teléfono de celular, y al haberse duplicado el chip de la actora, cualquier persona con acceso al mismo pudo vulnerar su usuario y contraseña para acceder a su cuenta bancaria y realizar las transferencias desconocidas.

Advierto que la entidad bancaria, en su escrito de contestación de demanda, manifestó que “el proceso basado en las directrices supone que, al atravesar los pasos previstos por esta cadena de confianza, el que está operando por medios electrónicos es quien previamente se enroló y validó sus datos. Ante ello, las transacciones se autorizan sin necesidad de un contacto físico -personal o telefónico- con el cliente” y que “para el sistema quien operaba era la Sra. Oreste”. Al estar probado que no era efectivamente la Sra. Oreste quién realizó las transacciones, resulta evidente la falla en el sistema de seguridad del banco accionado y la insuficiencia de las medidas de seguridad implementadas a los efectos.

En efecto, sostiene la profesional según la Sra. Romina Mesa, del Área de Fraudes no se registraron alertas en la cuenta de la actora en las fechas 27/01/2023, 28/01/2023, 29/01/2023 y 30/01/2023. Solamente se frenaron las operaciones cuando la Actora hizo uso de la opción de “Botón de la Cuenta en Riesgo” el día 29/01/2023. En este sentido, el banco hipotecario no detecta operaciones no habituales -dijo la profesional-, y que las IP utilizadas esos días no eran las frecuentemente utilizadas por la actora, no arrojando el sistema informático del banco ningún tipo de error o alerta por el cambio de IP.

Destaco que el Banco Hipotecario S.A. procedió a remitir mails al correo electrónico registrado de la actora a los fines de informarle las transferencias ya realizadas y el alta de beneficiarios; es decir, una vez que el daño ya estaba hecho. Además, la perito pudo comprobar que la cuenta de correo aviso@mail-hipotecario.com.ar está identificada en el correo electrónico de la actora como en una "lista negra". Esto quiere decir, según la profesional, que ha sido identificada como fuente de spam o actividad sospechosa.

Finalmente, tengo en consideración que la perito informó que: "El Banco Hipotecario NO tiene previsto en su Sistema Informático las recomendaciones del Observatorio de Delitos Informáticos de Latinoamérica para la detección de accesos sospechosos. No posee un Sistema que permita detectar si no se trata de conexiones frecuentes del usuario, lo que implica que no restringe las operaciones que afecte el patrimonio del usuario por este motivo. Cuando se trata de una operación legítima, tampoco posee un mecanismo de validación extra de indentidad o comunicación al usuario. Tampoco cuenta con una herramienta que permita detectar comportamientos extraños, por lo tanto no se somete la transación a revisión manual por parte de operaciones de la entidad, ni su acreditación definitiva quede sujeta a confirmación del cliente con algún tipo de verificación positiva de identidad y de confirmación de la voluntad de haber solicitado el crédito de forma fehaciente.". Y a continuación, menciona medidas de seguridad utilizadas por otras compañías para notificar cuando alguien intenta iniciar sesión desde un dispositivo o ubicación no reconocida, tales como Facebook, Google, Amazon y Mercado Pago.

Es necesario resaltar que las medidas vinculadas con el deber de seguridad y diligencia que deben asumir las entidades bancarias, en lo que concierne al resguardo de la información de los clientes y usuarios, particularmente en las operaciones efectuadas a través de medios remotos, están determinadas y reglamentadas por el BCRA.

En este sentido las medidas de seguridad que deben implementar las entidades financieras en todo momento fueron hasta el 06/09/2023 los dispuestos en el Texto ordenado sobre Requisitos mínimos de gestión, implementación, y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras, y en particular la sección 6 (Canales electrónicos).

Ahora bien, la perito afirmó que el Banco Hipotecario S.A. cumple con las auditorías del BCRA, respecto del cumplimiento de la normativa Comunicación A 4609 o actualmente la Comunicación A 7724, que son específicas para tecnología informática, por lo que sería imposible no cumplirlas. En este sentido, es cierto que el Banco Hipotecario implementa medidas de seguridad (preventivas) para brindar seguridad a sus clientes en sus operaciones telemáticas, sin embargo también lo es que la parte actora vio vulnerada su cuenta bancaria a pesar de ellas.

Por ello, entiendo que las pruebas analizadas evidencian la falta de cumplimiento del deber de seguridad por parte del banco accionado, extremo que derivó en un perjuicio económico para la Sra. Oreste.

Al respecto, tengo presente que la actividad bancaria ha sido calificada tanto por la doctrina como la jurisprudencia como una actividad riesgosa, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 40 de la LCD y el art. 1757 CCCN en tanto se incorpora el riesgo empresario que resulta de una actividad económica y que se configura por una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, en las cuales el riesgo se deriva de tareas, servicios, productos o prestaciones y que generan para sus dueños o beneficiarios un provecho generalmente económico (Lorenzetti, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. VIII, págs. 586/587, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En este sentido se ha dicho que "un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera en forma remota es naturalmente una cosa riesgosa. El riesgo se evidencia tanto para el usuario como para el Banco quien, por las propias características de su actividad, está expuesto a eventuales ataques de terceros" (CNCom Sala D,15/5/2008, causa "Bieniasuskas", LL 21/7/2008; Id SAIJ: FA08971926).

Ello en tanto el entorno digital en el cual se desarrolla toda la actividad relacionada con la cuenta bancaria de la accionante se encuentra bajo el diseño, desarrollo, control y monitoreo del banco como proveedor e impuesto al usuario. Por ello, es esperable que una entidad bancaria de la envergadura de la demandada adopte una conducta en la cual pondere los riesgos previsibles, con el objeto de proteger a los usuarios. Y si se configura una relación de consumo, de allí también se deriva, en forma asociada, la obligación de seguridad que integra el contrato que tienen ambas partes y por lo tanto existirá obligación de responder si se incumplió con esa previsión legal que se deriva del tipo de servicio prestado (art. 42 de la C.N., CSJN fallos 329:646). En función de ello, si el sistema de protección resultó insuficiente -como ocurrió en el caso en estudio- para prevenir e impedir maniobras fraudulentas como la que sufrió la Sra. Oreste, afectando la previsibilidad y normalidad en la prestación del servicio y en el uso de las cosas y de allí se derivaron daños que se encuentran en conexión causal con el incumplimiento de esa obligación, pues entonces la entidad bancaria deberá hacer frente a la acción dirigida en su contra (arts. 5 y 40 de la ley 24.240 y 9 de la ley 25.326; arts. 384 y 474 del C.P.C.C).

Ahora bien, el banco accionado alega que la conducta desprendida por Personal Flow tuvo entidad suficiente para provocar la ruptura del nexo causal.

Al respecto, es preciso aclarar que en autos se encuentra acreditado que fue Personal Flow quien duplicó el chip del teléfono celular de la actora, entregándolo a terceras personas, sin su conocimiento ni consentimiento. Sin embargo, ello no libera de responsabilidad a la entidad financiera, por cuanto fueron la falta de medidas efectivas para verificar la identidad del usuario y de sistemas eficientes que alerten sobre la existencia de movimientos inusuales, las que incidieron en el daño. En efecto, si los sistemas del banco fueran eficientes a la hora de verificar la identidad de las personas que realizan las operaciones telemáticas, habría advertido la inusualidad de las IP utilizadas en las transacciones, por ejemplo, y procedido -por lo menos- a alguna forma de autenticación extra. En este sentido, sostiene la doctrina que la causa no es cualquier condición sino aquélla que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo. Ello así en tanto la previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia (teoría de la causalidad adecuada) está dada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo (Bustamante Alsina, Jorge, "La relación de causalidad y la antijuridicidad", L.L. 1996-D,23; trigo represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. I, pag. 631, Ed. La Ley; SCBA LP C 106086 S 19/12/2012; CC0203 LP 123863 RSD-33-19 S 28/02/2019).

Es decir, el ciber delito de sim swapping objeto de litis no se trata de un hecho ajeno a la actividad -a sus riesgos intrínsecos- y en especial a la obligación de seguridad que pesa sobre el demandado.

No puedo dejar de referir en este punto, al valor de la confianza (que cuenta con protección jurídica, conforme lo dispone el art. 1067 CCCN) en la cuestión que se analiza, pues al momento de elegir la institución bancaria el usuario deposita la confianza en ella, en el entendimiento de que su dinero se encuentra resguardado y podrá disponerlo cuando quiera. Además, la propia entidad es la que ofrece e impone el uso de home banking y aplicación móvil para las transacciones.

Por ello, la confianza no solo radica en el uso de una clave personal y única, sino también por la esperable inviolabilidad del software utilizado por la entidad.

Al respecto se sostuvo que "la confianza depositada por el consumidor en cuanto a la eficiencia y seguridad del producto o servicio adquirido, constituyen la legítima y razonable expectativa del contratante, conforme lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender. Eficiencia, en cuanto a que éstos deben adecuarse a las expectativas de que éstos se esperan, a los principios de identidad e integridad del cumplimiento (art. 868 y 869 del CCCN), a las informaciones suministradas que despiertan la confianza del consumidor (art. 1100 CCCN) y lo inducen a contratar, a cumplir con lo publicitado (art. 1103 CCCN), etc... Seguridad en cuanto debe preservar la esfera personal y patrimonial del contratante a través de la denominada obligación de indemnidad (art. 5° LCD) que implica la adopción de deberes de protección para garantizar que, como consecuencia del desarrollo o cumplimiento de la prestación, ningún daño sufrirá el consumidor en bienes distintos afectados al contrato" (WEINGARTEN, Celia. El Principio de Confianza en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal - Culzoni, Santa Fé 2020. p. 70).

Por todo lo expuesto, el incumplimiento del deber de seguridad ha quedado acreditado de forma palmaria y la accionada no ha demostrado ninguna eximente de responsabilidad.

Sobre el tema dijo la jurisprudencia: “No advertimos que la actividad fraudulenta esté conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos, sino en la falta de medidas hábiles para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de

movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor. Entonces podemos señalar que la facilitación de los datos fue la condición del hecho dañoso, pero no su causa... La causa es la falta de seguridad en el sistema que el banco demandado puso a disposición del accionante Es que la entidad bancaria no puede pretender desentenderse de la situación con solo alegar que el actor/consumidor reconoció haber sido víctima de phishing y que ello ocurrió por su exclusiva culpa. Ello en razón de que bajo la tutela judicial efectiva que ampara al consumidor no puede permitirse que con tanta liviandad el proveedor sortee la responsabilidad que pueda corresponderle en la ocasión. Está claro que el - actor – fue víctima de phishing; pero lo que aquí debemos valorar es que -justamente- eso no debió ocurrir ante las medidas de seguridad tecnológicas con las que debió contar el Banco Por lo tanto, aun cuando fuere verdad que el accionante fue negligente y comprometió de algún modo información personal, lo innegable es que falló el sistema de seguridad del Banco al permitirle a un tercero suscribir una contratación en su nombre y, si bien el accionado negó que se haya incumplido el deber de seguridad a su cargo, nada quedó comprobado al respecto. Al margen de sus propios dichos, como se pudo observar no se produjo la ampliación de prueba informática de la que pudiera surgir la prestación adecuada del sistema de banca electrónica y con la que se pueda juzgar como eficazmente cumplido el deber de seguridad; siendo el sujeto que -indudablemente- se encontraba en mejores condiciones de producirla. Bajo este orden de ideas, estimamos que el recurrente no adoptó la conducta esperable y acorde a su especialización en el desarrollo de aquellas transacciones en cuestión... De lo dicho se concluye que las operaciones de préstamos y extracciones fueron llevadas a cabo sin la participación del actor.” (CAMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN - CONCEPCION - Sala 2, en los autos “GRAMAJO JUAN ESTEBAN Vs. BANCO MACRO SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. N°9/21, sentencia n°205 del 29/07/2022).

4.3. Determinada la responsabilidad civil de las demandadas, corresponde a continuación analizar los rubros reclamados.

5. Rubros reclamados

5.1. Daño material

La parte actora demanda en concepto de daño emergente la suma de $899.679,41 por las transferencias impugnadas.

Cabe recordar que el art. 1737 del C.C.C.N. define el daño, como la lesión de un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Y a su vez, el art. 1738 manifiesta: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”.

Entonces, el daño emergente supone la pérdida o disminución del patrimonio de la parte actora como consecuencia del hecho. Se advierten así dos componentes, por un lado, el detrimento o disminución (un gasto, un pago, la inutilización de una cosa) y por el otro, la vinculación más o menos directa o estrecha entre ese perjuicio y el hecho que lo genera.

En este sentido ha sostenido la jurisprudencia: “El daño emergente importa un empobrecimiento económico por egreso actual o futuro de valores económicos ya existentes; o sea un empobrecimiento del contenido económico actual del patrimonio. Puede producirse por la destrucción, deterioro, privación de uso y goce de bienes ya existentes en el patrimonio al momento del hecho generador del menoscabo, o por los gastos a raíz de este debe el damnificado soportar. En materia obligacional la prestación debida representa para el acreedor un valor económico y al producirse el incumplimiento, éste queda privado del mismo, generándose un empobrecimiento

patrimonial a raíz de dicha pérdida (AR/DOC/2241/2017)" (Cámara Civil en Documentos y Locaciones, Sala 3, "Moya Jesús c/ Telecom Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios, sentencia n°358 de fecha 18/10/2017).

Atento la prueba documental analizada que da cuenta que las transferencias impugnadas suman el monto de $899.679, considero ajustado a derecho otorgar la suma de $899.679 con un interés conforme la tasa activa del Banco Nación desde la fecha del hecho (27/01/2023) hasta su efectivo pago.

5.2. Pérdida de chance

Solicita la parte actora el monto de $2.000.000, por cuanto el dinero sustraído podría haberse invertido.

Sabido es que el daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia está previsto en el art. 1738 del CCCN. Sin embargo, tengo en consideración que la pérdida de chance o pérdida de oportunidades, pese a que no se sabe si ocurrirá es un daño cierto pero la chance, como mera expectativa, no es indemnizble, pues requiere para serlo de cierto grado de certeza acerca de que, conforme al orden natural o al curso ordinario de las cosas, las previsiones tenidas en miras ofrecen posibilidades serias de concretarse. De lo contrario se convertiría en un daño eventual no alcanzado por la obligación de reparar (cfr. López Herrera, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Lexisnexis, p.138).

Y en la espcie, advierto que la parte actora, no produjo prueba tendiente a acreditar las expectativas de ganancia frustrada ni la habitualidad de constituir plazo fijo con la suma depositada. Por lo que, este rubro debe ser rechazado.

5.3. Daño moral

La parte actora reclamó en concepto de daño moral la suma estimativa de $1.000.000.

Al respecto, debe tenerse presente que para que se configure el daño moral debe mediar una lesión a los sentimientos y afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, todo lo cual se traduce en un modo de estar diferente y peor de aquel en el que se hallaba antes del hecho. El daño moral es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares y sufrimientos que el hecho ilícito provocó en el damnificado (Zavala de González Matilde, "Resarcimiento de Daños", t.2 b, p. 593 y ss.); son alteraciones emocionales profundas e íntimas y no obstante que nadie puede indagar en el alma de otra persona con certeza y profundidad como para aseverar la existencia, y en su caso la intensidad de los padecimientos y angustias, éstos pueden ser presumidos o inferidos de modo indirecto según el curso natural y ordinario de las cosas, conforme a las probanzas de los hechos y las circunstancias del caso.

Acompaña la parte actora como prueba documental un certificado del Sanatorio Regional suscripto por el Dr. Rubén Erbetta, que da cuenta que la Sra. Oreste fue asistida el día 29/01/2023 a horas 01:00 por hipertensión e insuficiencia respiratoria. Documentación que fue impugada por la parte demandada, pero que oficiado el médico suscribiente, certificó que la firma era de su puño y letra -conforme presentación del 11/11/2024-. Y que resulta coincidente por lo manifestado por la parte actora y el testigo, en audiencia de fecha 16/12/2023.

En cuanto al certificado emitido por la Psic. María Emilia Jugo de fecha 03/02/2023 que da cuenta de que la Sra. Oreste asiste a psicoterapia -sesiones semanales- por episodios de angustia, ansiedad e insomnio; fue impugnado por la parte demandada, no produciéndose la prueba correspondiente para acreditar su autenticidad, por lo que no debe ser tenido en cuenta.

Sin embargo, tengo en consideración que la parte actora ofreció prueba pericial psicológica, la que fue presentada el día 14/11/2024 por la Psicóloga sorteada en autos, Patricia Gil M. Alvarado. Concluyó la profesional que los hechos denunciados impactaron distintas esferas de la vida de la actora, tanto a nivel social, profesional, familiar, vincular y laboral, incapacitándola significativamente en su vida cotidiana, y constatando la sintomatología somática sufrida por la actora (hipertensión nerviosa, gastritis, palpitaciones); que podría asociarse al Trastorno de Adaptación (código F.43.2. del CIE 10). Destaca la profesional que el alto porcentaje de síntomas son indicadores de distimia, es decir angustia y depresión. Al momento de responder las aclaraciones peticionadas por la parte actora -mediante presentación del 03/12/2024- afirmó: "La implicancia psicosomática, alteraciones somáticas, cognitivas, desadaptación funcional y cambios emocionales de ensimismamiento determinan una incapacidad permanente no invalidante, presentando un grado II de incapacidad, 22%. Téngase en cuenta la edad y el desajuste de su capacidad funcional laborativa y el estado de alerta, altera la funcionalidad de sus procesos productivos. Está indicado tratamiento psicoterapéutico para producir detenciones de agravamiento secuelar. Al término de aproximadamente 18 meses, o en un período anterior se debe efectuar interconsulta con psiquiatría ya que el desajuste neuroquímico adrenérgico debe ser evaluado y medicado de considerarlo necesario.”. Dictamen que no fue impugnado por las partes.

Y si bien la procedencia de la indemnización por daño moral es restrictiva en materia contractual, se encuentran acreditas las lesiones producidas en el ámbito espiritual de la actora.

Por ende, en virtud de los padecimientos ocasionados; y atento que el daño moral surge del conjunto de probanzas de autos y no de una prueba específica, considero que en la especie se encuentra configurado y debe resarcirse (art. 1744 del CCCN).

Sobre el tema ha dicho la jurisprudencia: "El daño tuvo origen en la actuación reprochable de la accionada que ha causado un perjuicio al consumidor, toda vez que el incumplimiento de sus obligaciones antes de la formación del contrato y luego, durante su ejecución se muestra apto para lesionar sus sentimientos en las puntuales circunstancias del caso (en similar sentido CCCC Sala I, Sentencia 305 del 08/08/2018 en “Barros Ana Cecilia C/Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L. y otra S/Daños y Perjuicios”). Tales hechos se muestran por sí mismos aptos para provocar lesión de índole extrapatrimonial, debido a su innegable proyección en el estado de ánimo del damnificado, a quien debieron provocar angustia e intranquilidad. Una situación como la denunciada provocó que el actor se viere obligado a realizar denuncias en sede administrativa y judicial, lo que indudablemente resulta susceptible de ocasionar angustias, incomodidades, molestias y padecimientos que exceden los que debieran ser ordinarios en la relación empresa-consumidor. Así, en el caso no es necesaria prueba específica, ya que concurren los elementos que autorizan a inferirlo" (Cámara Civil y Comercial Común, Sala 1, "Villa Miguel Ángel vs. León Alperovich Group S.A. y Otro s/ Sumarísimo (Residual)", sentencia n°85 del 10/03/2021).

Ahora bien, en cuanto a la suma reclamada por tal concepto, debe señalarse que la cuantificación del daño moral es ardua y merece un abordaje desde las múltiples facetas que involucra. Así se ha dicho que, partiendo de su naturaleza resarcitoria y no punitiva, su determinación no debe estar ligada a los daños materiales, por lo cual doctrina especializada (Zavala de González Matilde, “Cuánto por daño moral”, La Ley, 1998 - E, 1057) ha sugerido como posibles pautas para su determinación las siguientes: a) El factor de atribución ya que, por ejemplo, la subjetividad del responsable puede agravar el daño moral si ha mediado una culpa grave que acentúa la sensación de injusticia; b) La gravedad objetiva del menoscabo y las circunstancias de la víctima, ya que puede haber injurias más desmerecedoras que otras y su gravedad se acentúa si han sido difundidas públicamente; c) El tiempo en que dura el agravio; d) Pluralidad de intereses lesionados, como por ejemplo, casos en donde sólo se afecta lo estético y otros en donde también se afecta la intimidad y

la reputación pública y social; e) Pluralidad de víctimas; f) La situación de la víctima, correspondiendo en líneas generales una condición patrimonial media, con prescindencia de la real; y g) La situación del responsable, sin que ello importe conceder indemnizaciones cuantiosas cuando el autor es opulento, aunque sí pueden atenuarse cuando es menesteroso y máxime si el damnificado no.

En efecto, teniendo en cuenta los parámetros señalados precedentemente y las especiales circunstancias de autos (que la parte actora sufrió un delito cibernetico y vio afectada su normal vida cotidiana, agravándose su salud física y psíquica, siendo incapacitante para sus labores) estimo prudente que el daño moral prospere por la suma reclamada por la demandante de $1.000.000 con más intereses conforme la tasa activa del Banco Nación desde el 27/01/2023 (fecha de los hechos) y hasta su efectivo pago.

5.4. Daño punitivo

La parte actora demanda la imposición de daños punitivos para las accionadas por la suma de $5.000.000.

Cabe recordar que los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la Ley N°24.240, son sanciones civiles que se imponen al responsable de una conducta reprochable y grave, a fin de punir dicho hecho y prevenir la reiteración predecible de situaciones fácticas similares en el futuro, pudiéndose imponer independientemente del resarcimiento del daño efectivamente sufrido, sea éste patrimonial o extrapatrimonial. Tienen como objetivo castigar a quien produce un mal y desalentar tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir una misma acción dañina.

Sobre el tema ha dicho la jurisprudencia: “Los daños punitivos no constituyen un rubro indemnizatorio (no se trata de reparar el perjuicio económico sufrido por el consumidor), sino que constituye una sanción al proveedor del servicio, por el abuso de su posición contractual al tener el control total de la prestación del servicio. Y fundamentalmente tiende a evitar que no cumplir con sus obligaciones, por parte del servidor, se constituya en un medio de obtener mayores beneficios, disuadiéndolo de reiterar la conducta que se sanciona” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Penal, “Furque Silvia Edith vs. Telecom Personal S.A. s/ Sumarísimo (Residual)”, sentencia n° 79 del 22/02/2017).

Entiendo que, en la especie, atendiendo las especiales circunstancias de esta causa y aún cuando ambas demandadas son solidariamente responsables por los daños ocasionados a la actora, es necesario distinguir entre ellas a la hora de disponer si corresponde o no la aplicación de los daños punitivos.

Ello por cuanto, Banco Hipotecario S.A. asistió a la etapa de mediación, se presentó en autos, prestó la debida colaboración probatoria a los fines de resolver este litigio, asimismo demostró que realiza distintas medidas de seguridad para prevenir los delitos cibernéticos en los que pueden incurrir sus clientes -aunque las mismas hayan sido insuficientes en esta causa, conforme fuera considerado-. De este modo, no puede ser condenada a abonar una multa sancionataria en la misma calidad o cuantía que Personal Flow, quien no se apersonó en la etapa prejudicial ni judicial, ni prestó la debida colaboración.

Además, tengo en consideración que la Dirección de Comercio de Tucumán informó que el Banco Hipotecario posee 613 denuncias desde el 2020 -mediante presentación de fecha 02/10/2024-, es decir un promedio de 120 denuncias anuales aproximadamente. Sin embargo, también adjunta una impresión de pantalla de “Consulta Antecedentes” en la que cuentan sólo 19 casos con sanciones al Banco Hipotecario S.A. entre los años reseñados, es decir un promedio aproximado de 3 anuales.

Más allá de los promedios, destaco que desde el año 2021 cuando se presentaron 146 denuncias aproximadamente, la cantidad de las mismas fue disminuyendo, siendo en el año 2023 el total de 92.

Esta reducción también se observa en lo informado por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor en presentación de fecha 11/11/2024, específicamente en lo referido a las denuncias por posibles fraudes o estafas. En efecto, nótese que el máximo de casos aconteció en el 2021, año en el que se retomó una cierta habitualidad de las actividades comerciales post-pandemia por Covid 19 y estando ya implementado el sistema digital, con un total de 205 denuncias, pero que en los años siguientes la reducción fue progresiva: en el año 2022 hubo 135 denuncias, en el año 2023 120 denuncias y en el año 2024 -hasta el mes de noviembre cuando fue remitido el informe- un total de 47 casos.

Aún cuando las denuncias continúan existiendo -y, por lo tanto, el incumplimiento del banco accionado- la reducción progresiva evidencia que la campaña preventiva y las medidas de seguridad implementadas por la entidad están dando resultado.

A ello cabe agregar que también surge del informe mencionado que la amplia mayoría de las conciliaciones fueron cerradas con acuerdo.

Por el contrario, en relación a Telecom Personal S.A., se demuestra en dicho informe que las denuncias por posibles estafas o fraudes fueron en aumento. A saber: 108 denuncias en 2020, 241 en 2021, 694 en 2022 y 699 en 2023. Y si bien cerró por conciliación un aproximado del 20% de las denuncias, y la mayoría de ellas con acuerdo, cabe destacar que entre 2020 y 2024 se efectuaron 74.360 denuncias contra Telecom Argentina S.A., lo que significó un promedio anual de 14900 denuncias, mientras que Banco Hipotecario S.A. ronda un promedio aproximado de 1600 denuncias anuales.

A ello cabe agregar que, según consta en la videograbación de audiencia de fecha 16/12/2024, la entidad bancaria efectuó una propuesta conciliatoria a la parte actora, aunque esta fue rechazada por no satisfacer sus intereses.

Advierto que al momento de deponer el testigo Sr. Manca Oreste informó que en el banco le señalaron que ya habían tenido problemas con líneas de Personal. Y si bien, se trata sólo de un comentario, es un indicio más -sumado a las pruebas arriba reseñadas- de la actitud desaprensiva de la compañía telefónica.

A mayor abundamiento cabe recordar las demás probanzas de autos (previamente analizadas) esto es la falta de colaboración impuesta por el art. 53 LDC al momento de exhibir documentación y lo expresado por el Sr. Manca (testigo de la causa) al momento de declarar. Nótese que afirmó que al asistir a la sucursal de Personal no le brindaron información por escrito, por cuanto sólo lo harían en caso de recibir un oficio judicial; tampoco le aportaron datos suficientes en forma verbal del cambio de titularidad o de qué circunstancias llevaron a la empresa a entregar un chip duplicado en la Provincia de Jujuy, a una persona que evidentemente no era la titular de la línea. Remarco que la entrega del chip a un tercero constituye una falta grave en los términos de la ley N°25.891.

En consecuencia, estimo prudente imponer daño punitivo sólo a Personal Flow, por las razones arriba expresadas, a los fines de disuadir a la empresa de actitudes similares en casos como el presente los que, según se acreditó, aún abundan y continúan en aumento.

Ha dicho la jurisprudencia que, la finalidad del daño punitivo "...No es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata

de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. (Álvarez Larrondo, Federico, "Un nuevo avance en materia de daños punitivos", Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa, Año 2, N° 3, junio de 2011, p. 115).- La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D.,"Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949).- Sentado ello, y a los fines de determinar "la gravedad del hecho" advierto que la demandada no sólo persistió en sus inconductas con el cliente que promovió este proceso, sino también que estas inconductas son reiteradas y recurrentes, lo cual ha sido probado con el informe emitido por la Dirección de Comercio Interior de la Provincia... Es decir, la reiteración de las conductas desviadas y la reincidencia de la demandada ha quedado demostrada... abundan las pruebas de que no modificó sus prácticas..." (Cámara Civil en Documentos y Locaciones, Sala III, "Frías Silva Patricio Severo vs. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ Daños y Perjuicios", sentencia n°365 del 23/10/2017).

Por consiguiente, se hace lugar a este rubro por la suma de $9.257.912 (8 canastas básicas total para hogar tipo 3 del mes de marzo 2025, que según INDEC es de $1.157.239, último índice con el que se cuenta); atento que la cuantificación del daño punitivo efectuada por la actora en la demanda no tiene carácter vinculante para el sentenciante, siendo ésta meramente estimativa y provisoria. En efecto, su determinación está condicionada a lo que resulte de los antecedentes del caso y pruebas aportadas (que fueran descriptas ut supra).

Ello conforme la siguiente doctrina legal de Corte: "Resulta arbitraria la sentencia que cuantifica el rubro daño punitivo prescindiendo de la plataforma fáctica relevante comprobada en la causa, fijando un monto insuficiente para cumplir la función disuasiva y sancionatoria de la figura" (Excma. Corte Suprema de Justicia -Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal- "Sawaya Laura Josefina vs. Mapfre Argentina de Seguros de Vida S.A. s/ Cobro (ordinario)", sentencia N°1370 del 01/11/2022).

Asimismo tiene dicho la jurisprudencia: "...En doctrina no se discute la potestad judicial de cuantificar el daño punitivo por encima de la estimación que hubiere realizado la parte actora. Es que, no es la parte quien determina el quantum a otorgar, sino el juez, y no teniendo en cuenta la opinión del actor, sino su propia convicción sobre el monto que realmente permitirá que el daño punitivo cumpla su función. Y ello es así pues el propio desequilibrio en la relación de consumo deja en evidencia la dificultad con que se enfrenta el consumidor -como parte débil- para cuantificar el daño punitivo surgidas a partir de las complicaciones existentes para probar hechos y pautas de mensuración que desconoce..." (Excma. Corte Suprema de Justicia -Sala Civil y Penal- "Furque Silvia Edith vs. Telecom Personal S.A. s/ Sumarísimo -Residual-", sentencia n°79 del 22/02/2017).

Suma de $9.257.912 por la que se hace lugar al daño punitivo que devengará intereses conforme la tasa activa del Banco Nación desde la fecha de esta sentencia y hasta su efectivo pago; y es que, si bien el hecho que generó el incumplimiento que se castiga y que funda la procedencia de esta multa surgió con anterioridad al dictado de la presente resolución, al tratarse de una sanción, su obligación de pago recién nace con la decisión judicial que la impone.

Tiene dicho la jurisprudencia: "...Ante una condena de daño punitivo, no se incurre en mora con anterioridad a la sentencia, ya que la obligación de pagar la multa nace a partir de la resolución. Por tal motivo, desde este punto de vista, la sanción sólo generará interés moratorio a partir del momento en que se incumpla su pago, y nunca antes..." (Cámara Civil y Comercial Común, Sala 3, "Cano Gerónimo vs. Barenbreuker y Asociados S.R.L. s/ Sumarísimo (Residual)", sentencia n°3 del

02/02/2022).

4.5. Conclusión

Siendo así, por todo lo considerado, se hace lugar parcialmente a la presente demanda, condenando en forma solidaria (art. 40 LDC) a PERSONAL FLOW Y BANCO HIPOTECARIO S.A. a abonar a la Sra. CARLA BIBIANA ORESTE la suma de $1.899.679 en concepto de daño material ($899.679) y daño moral ($1.000.000). Asimismo se condena únicamente a PERSONAL FLOW a abonar a la Sra. CARLA BIBIANA ORESTE la suma de $9.257.912 por daño punitivo, con más los intereses establecidos, conforme lo considerado al tratar cada uno de los rubros reclamados.

5. Mala Fe Procesal

Resta considerar la denuncia de mala fe impetrada por el letrado de la parte actora en presentación de fecha 27/11/2024. Corrido traslado, contesta la parte demandada por presentación de fecha 03/12/2024.

Entiendo que en el caso no ocurre mala fe procesal, por cuanto aún cuando no corresponde la incorporación de documentación en una prueba pericial, no observo en la conducta de la demandada la intención de obstruir el proceso o inducir al Proveyente a error. Por ello, la mala fe procesal debe ser desestimada.

6. Costas

Las costas se imponen a la demandada por resultar vencida (art. 61 del Código Procesal Civil y Comercial).

Aún cuando la demanda no prosperó totalmente, ya que fue rechazado el rubro de pérdida de chance, participo de la moderna visión jurisprudencial del proceso de un modo sincrético o global, que prescinda de una consideración aritmética de los rubros receptados y no receptados, atendiendo prioritariamente al resultado global de la decisión judicial. Así se ha sostenido en numerosos precedentes más o menos recientes (pueden verse, entre otros, algunos fallos de nuestra CSJT, como la sentencia de fecha 05/02/2.019 en los autos "Santillán de Bravo c/Atanor S.A.", o la sentencia de fecha 08/10/2.019 en los autos "Vides c/Norry", o la sentencia del 12/05/2.021 en "Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán c/Atencio"; también sentencia de la Excma. Cámara del fuero, Sala II, de fecha 20/02/2.020, en "Piliponsky, Esteban y otros c/Flores Franco").

7. Honorarios

Que siendo procesalmente oportuno corresponde regular honorarios a los profesionales intervinientes en autos.

A fin de determinar la base regulatoria se tiene en cuenta el monto por el cual prospera la demanda de $11.157.591, suma a la que se le aplican los intereses de acuerdo a lo considerado en cada rubro indemnizatorio, arribando a la suma de $14.665.814,19 ($5.407.902,19 por daño material y moral con más $9.257.912 por daño punitivo).

A su vez se tendrá en cuenta el carácter con que actuaron los profesionales intervinientes, valoración de la labor desarrollada en autos, tiempo empleado, resultado del pleito.

7.1. Tengo en cuenta que el Dr. Alejandro Vittar Escalante ha intervenido como apoderado de la actora, cumpliendo las dos etapas del presente proceso sumario (art. 43 L.A.).

Así:

$14.665.814,19 x 14% (art. 38 L.A.) = $2.053.213,98 x 55% (art. 14 L.A.) = $3.182.482 (redondeado) para regular los emolumentos profesionales del Dr. Vittar Escalante.

7.2. Por su parte, el Banco Hipotecario S.A. estuvo representado en sus dos etapas por el Dr. Nicolás Terán, en carácter de apoderado. Entonces:

$14.665.814,19 x 7% (art. 38 L.A.) = $1.026.606,99 x 55% (art. 14 L.A.) = $1.591.241 (redondeado) para regular los emolumentos profesionales del Dr. Terán.

7.3. En relación a la Ing. Marcela Alejandra Machado, no existiendo regulación al respecto, siendo que no existe regulación legal a los fines de la regulación de los honorarios profesionales, considero prudente aplicar por analogía lo correspondiente a la regulación de los profesionales de ciencias económicas. En consecuencia, estimo prudente regular a la perito ingeniera el 5% de la base regulatoria, por cuanto su pericia fue esencial para la resolución de esta litis. Entonces:

$14.665.814,19 x 5% = $733.291 (redondeado) para regular los emolumentos profesionales de la Ing. Machado.

7.4. En relación a la Psic. Patricia del Valle Gil, no existiendo regulación en la materia, aplico igualmente de manera análoga la legislación correspondiente a los profesionales de ciencias económicas. Atendiendo que la pericial psicológica fue esencial para la resolución del rubro de daño moral, y no así en el objeto principal de la litis, entiendo prudente regular a la Psic. interviniente el 3% de la base regulatoria. Así:

$14.665.814,19 x 3% = $439.974 (redondeado) para regular los emolumentos profesionales de la Psic. Gil.

Por ello,

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda impetrada por ORESTE CARLA BIBIANA en contra de BANCO HIPOTECARIO S.A. y PERSONAL FLOW, y condenar a estas últimas al pago de $1.899.679 (pesos un millón ochocientos noventa y nueve mil seiscientos setenta y nueve) en concepto de daño material y daño moral, en forma solidaria (art. 40, ley 24.240) con más los intereses establecidos conforme lo considerado al tratar cada uno de los rubros reclamados, en el término de diez días de firme la presente sentencia. Asimismo, condenar úicamente a PERSONAL FLOW al pago de $9.257.912 (pesos nueve millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos doce) por daños punitivos, con más los intereses establecidos al tratar el rubro, en el término de diez días de firme la presente sentencia..

II.- IMPONER COSTAS a las partes demandadas conforme lo considerado.

III.- REGULAR HONORARIOS: a) al Dr. Alejandro Vittar Escalante en su carácter de apoderado de la parte actora en la suma de $3.182.482. **b)** al Dr. Nicolás Terán en su carácter de apoderado de la demandada Banco Hipotecario S.A. en la suma de $1.591.241. **c)** a la Ing. Marcela Alejandra Machado en la suma de $733.291. **d)** a la Psic. Patricia del Valle Gil en la suma de $439.974. Los honorarios regulados deberán abonarse conforme lo dispuesto por el Art. 23 de la Ley 5.480, es decir dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente resolución. A las sumas reguladas se le adicionará el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), en caso de corresponder, y devengarán desde la mora hasta su efectivo pago, un interés equivalente a la TASA ACTIVA que publica el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA.

IV.- NOTÍFIQUESE la presente resolución en el domicilio real de la demandada PERSONAL FLOW (conf. art. 268 C.P.C.C.). A sus efectos, líbrese cédula.

HÁGASE SABER.-

MBI 78/23

DR. RAÚL EUGENIO MARTÍN TEJERIZO

JUEZ

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN

DE LA XIII° NOMINACIÓN

Actuación firmada en fecha 09/05/2025

Certificado digital:
CN=TEJERIZO Raul Eugenio Martin, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20217459770

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.