

Viedma, 23 septiembre de 2024.

EXPEDIENTE:"DAMICO MARIA IRENE C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO) (MEDIDA CAUTELAR)" SEON Receptoría B-1VI-605-C2021; Puma VI-28567-C-0000.

ANTECEDENTES:

1.- En fecha 17 de junio de 2021 se presenta María Irene Damico mediante patrocinio letrado y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Patagonia SA, por la suma de \$ 2.632.864, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir con más sus respectivos intereses, daño emergente, daño punitivo y daño moral.

Relata que en fecha 06/05/2020, recibió un llamado telefónico de una persona que se hacía pasar por trabajador de ANSES. Le informó que le otorgarían el Ingreso Familiar de Emergencia en contexto de Pandemia Covid-19. Para recibir la suma de \$ 10.000 debía realizar un trámite en la cuenta bancaria. Se le indicó que se dirigiera al cajero automático de su banco. Se la guió para cambiar la clave de acceso a Home Banking, situación que no era comprendida por la actora. Modificada y obtenida la nueva clave de Home Banking por parte del defraudador, solicitó mediante la plataforma del banco un préstamo personal de cien mil pesos, que fue acreditado y transferido inmediatamente a otra cuenta bancaria desconocida por la actora.

Explica que la actora había sido engañada, no pudiendo comprender que estaba cayendo en una estafa. Tampoco que le estaba otorgando a un tercero extraño la posibilidad de disponer de su cuenta bancaria, que iba a solicitar un préstamo personal a su nombre y que el dinero sería transferido a una cuenta extraña. Al día siguiente al ver los movimientos de Home Banking detecta lo sucedido. Seguidamente se dirige al banco a realizar la denuncia. Le informa la empleada bancaria que hay muchos casos como el suyo y que es habitual, no ofreciéndole una solución a su problema. Luego realiza la denuncia en la Comisaría Primera de Viedma, en la que le comentan que se han realizado más de diez denuncias previas a la suya por el mismo motivo y mismo banco.

En fecha 27/05/2020 realizó reclamo ante el Area de Defensa al Consumidor de la Agencia de Recaudación Tributaria de Río Negro como "EX-2020-00081089-GDERNE-MEVDC# ART Damico Maria Irene c/ Banco Patagonia". En el mismo se dictó medida cautelar y se ordenó la prohibición de efectuar débitos sobre la cuenta de

la actora o utilizar otro medio compulsivo para el cobro. El organismo remitió las actuaciones a la Fiscalía de turno, entendiendo que existía un posible delito. La demandada realiza una presentación comunicando que a partir del 11/08/2020 implementaron un complemento de seguridad denominado "Token Patagonia".

Esboza una síntesis de la responsabilidad objetiva que le corresponde al Banco.

Efectúa detalle y liquidación por daño emergente en la suma de \$ 382.864, daño moral en la suma de \$ 250.000, daño punitivo en la suma de \$ 2.000.000, con más sus intereses hasta el efectivo pago. Todo lo cual asciende a la suma de \$ 2.632.684.

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio.

2.- En fecha 23/06/2021 se da inicio a las presentes actuaciones, asignándoles el trámite de proceso sumarísimo.

3.- En fecha 01/07/2021 se dictó medida cautelar, en la que se dispuso ordenar al Banco Patagonia SA la suspensión inmediata de los descuentos que se le vengán efectuando en concepto de crédito otorgado el 06/05/2020 acreditado en la cuenta de su titularidad por la suma de \$ 100.000 y en consecuencia la prohibición a la demandada de cobrar por cualquier medio compulsivo e informar el impago al sistema de información, hasta tanto tramite el presente proceso.

4.- En fecha 02/08/2021 se presenta el Banco Patagonia SA por medio de apoderada y contesta la demanda incoada en su contra. Niega todos y cada uno de los hechos afirmados por la actora, que no sean objeto de expreso reconocimiento en el escrito de contestación.

Efectúa precisiones fácticas en las cuales señala el desconocimiento de la existencia del hecho ilícito denunciado por no constarle que el mismo haya ocurrido o que haya ocurrido del modo que relata la actora. Señala que no se han aportado datos ni documentos que permitan suponer que el hecho haya ocurrido efectivamente y se desconoce el avance y estado de la denuncia penal.

Manifiesta que desconoce la existencia del hecho delictivo y que las operaciones bancarias cumplidas por la actora a través de cajero automático y Homebanking el día 06 de mayo de 2020, esto es generación de clave bancaria por cajero automático, solicitud de préstamo por plataforma electrónica Mobile y transferencias bancarias efectuada por cajero automático, no hayan sido cumplidas por la actora en forma

voluntaria y no en función de una maniobra de engaño perpetrada por un tercero mediante una comunicación telefónica.

A su vez, sostiene la validez de las operaciones bancarias cumplidas en forma electrónica las que fueron concretadas con las exigencias legales correspondientes. Indica que frente al reclamo de la actora el banco efectuó la correspondiente revisión de las operaciones y de acuerdo a los registros se

determinó que la actora es titular de la cuenta N° 122036399.

Refiere que el préstamo bancario solicitado el día 06 de mayo de 2020 mediante la banca electrónica Mobile se acreditó en la cuenta mencionada. Que previo a la obtención del préstamo bancario, la actora generó la correspondiente clave de Home Banking. Asimismo, de acuerdo a los registros del Banco, la actora ingresó la tarjeta N° 4517575001648095, colocó su clave Pin en forma

correcta y generó una clave para operar por Home Banking. Relata que desde el cajero automático se registró la transferencia por la suma de \$99.000.

Expresa que la solicitud de préstamo solo se efectiviza por Homebanking mediante la utilización de esa clave, por lo que no es posible obtener un préstamo bancario a través de cajero automático. Asimismo para las transferencias bancarias se requiere la clave Token de Seguridad. Siendo antes el dispositivo de seguridad la tarjeta de coordenadas suministrada al titular de la cuenta.

Señala la culpa de la víctima en lo acaecido, refiere el cumplimiento del deber de información, niega que corresponda resarcimiento alguno toda vez que, a su criterio, lo ocurrido se debe al obrar negligente de la actora por lo que concluye que no resulta responsable.

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio.

5.- En fecha 26/10/21 la actora plantea un hecho nuevo consistente en que recurrió a solicitar un informe "Veraz" sobre su estado crediticio. En el mismo figura como deudora del préstamo personal que tiene como acreedor al Banco Patagonia. El cual fuere objeto de la medida cautelar dictada en autos. Se ordena el traslado.

6.- En fecha 08/11/2021 contesta el Banco Patagonia, el hecho denunciado. Explica que fue consecuencia de un error material. Producto de la carga manual de los datos en

función de la medida cautelar dictada. Refiere que la información se encuentra revertida.

7.- En fecha 14/02/2022, ante la existencia de hechos controvertidos, se fijó audiencia preliminar del artículo 361 del CPCC de lo que da cuenta el acta de fecha 28/04/2022 y ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de la prueba.

En fecha 11/06/2024 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del termino probatorio, se decreta la clausura y se ponen los autos para alegar. La actora presentó alegatos en fecha 02/07/24 y lo propio hizo la demandada, Banco Patagonia SA en fecha 03/07/2024.

El día 30/08/24, se llama a autos para sentencia providencia que se encuentra firma y motiva la presente.

ANALISIS Y SOLUCION DEL CASO.

I.- De acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a resolver radica en determinar si corresponde atribuir responsabilidad al Banco Patagonia SA en el marco de la relación que ha unido a las partes conforme a la Ley de Defensa del Consumidor, y en su caso, determinar la procedencia o no de la nulidad del mutuo bancario con base en el eventual vicio de la voluntad de María Irene Damico como así también la procedencia de los rubros requeridos y la cuantificación de los mismos.

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CCyC y las enseñanzas de Roubier.

La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma.

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2.015).

La misma jurista explica respecto de esta norma que "parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida (refiriéndose en relación a los contratos en curso de ejecución donde deben regirse por la vieja ley supletoria que forma parte de ellos) en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata". Pero luego aclara "en mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley, sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no solo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público". Explicando para concluir que "la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley; si es más favorable al consumidor". (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Rubinzal Culzoni, 1era edición. Santa Fe. 2015. Pág. 60/61 y 63).

Que, en virtud de ello, siendo que en la presente se están discutiendo los efectos de una relación de consumo que se prolongó en el tiempo, será de aplicación la normativa regulada por el nuevo CCyC correspondientes al contrato de mutuo bancario y la ley de Defensa del Consumidor vigente (Ley N° 24.240 ref. 26.361), como así también la normativa correspondiente del Banco Central.

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

sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

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

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

331:1890) “. (CSJN, Fallos: 340:172).

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

Desde esta óptica, es innegable que el proveedor de bienes y servicios exhibe la fortaleza que le confiere su condición de experto y profesional en el negocio. Tal estatus lo coloca en una situación de señorío en el escenario del mercado. La experticia del proveedor es innegable, pues es poseedor de una información que concentra y de la que dispone. El conocimiento es fuente de poder y esa superioridad técnica en cabeza de una de las partes determina inexorablemente la inferioridad jurídica del otro extremo de la relación” (...) “A partir de tal concepto, es claro que ese ´consumo final´ se da en el marco de una transacción que ocurre fuera de una actividad profesional de la persona, entendido ello como que este último no involucrará el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo”. (Conf. CN Com., sala D, en autos "R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario", causa N° 59.732, 27/10/2017).

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

Los contratos bancarios se caracterizan por: la calidad de banquero de una de las partes; que se trata de negocios u operaciones "en masa", con características constantes y uniformadas, según tipos negociales estandarizados en las denominadas "normas bancarias uniformes"; como regla, son la cobertura técnica de negocios de duración, sin

que ello impida que puedan ser instantáneos; pueden significar la prestación de una sola de las partes o incorporar prestaciones recíprocas y se hallan condicionados en mucha mayor medida que otros negocios jurídicos a imperativos de orden económico financiero, por la ligazón incuestionable que existe entre banca, moneda y mercado de capitales. Dentro de la contratación bancaria, pueden distinguirse las operaciones pasivas, que son aquellas en las cuales el banco asume el carácter de deudor, porque recibe créditos, como ocurre en los depósitos bancarios, de las activas, en las cuales la entidad ocupa el rol de acreedor, por ser quien suministra los fondos, como sucede en la apertura de crédito, el anticipo o el descuento (Martorell, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, tomo II, p. 35 y ccdtes, 2° edición, ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000).

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

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

Ha previsto también el Código Civil y Comercial un capítulo específico que regula a los contratos bancarios, que entre sus disposiciones generales contiene un párrafo relativo a la transparencia de las condiciones contractuales y otro a los contratos bancarios con consumidores y usuarios. Inicialmente, para su caracterización el art. 1378 utiliza inicialmente un criterio subjetivo, en tanto se refiere a los contratos celebrados con las

entidades financieras, debiéndonos en consecuencia remitirnos a la Ley de Entidades Financieras 21.526, la cual a su tiempo ofrece una pauta estrictamente objetiva para fijar su alcance, aun tratándose de una fórmula que combina la descripción de una relación jurídica, la "intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros", extensiva a otras situaciones jurídicas de las que resulte que "el volumen de las operaciones" (financieras) y "razones de política monetaria y crediticia" lo aconsejen (Barbier, Eduardo, en Código Civil y Comercial Explicado, doctrinajurisprudencia: obligaciones y contratos, Tomo II, dirigido por Lorenzetti, Ricardo L y Sagarna, Fernando A, 1° edición revisada, p. 340, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020).

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

Por su parte y refiriéndonos ahora y concretamente a la vinculación contractual que unía a las partes en este litigio, el contrato de préstamo aparece definido actualmente por el art. 1408 como aquél "El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado".

IV.- De conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio, y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1.972, T° 1, pág. 15).

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario,

de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o, dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, Teoría general de la prueba judicial., Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss.).

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re “Baiadera, Víctor F.”, LL, 1.996 E, 679).

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-.

No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba).

A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios.

No cabe, entonces, sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de

interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

V.- Por otro lado, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño. “El concepto “carga dinámica de la prueba” “Prueba compartida” consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación”. (Conf. SCJBA Causa. “G., A.C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.; en referencia al prestador del servicio”. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En estos términos, “corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...), por el contrario, (...)” estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. (“Aspectos procesales”, cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.). (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c/Pasema S.A. y otros s/Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).

VI.- Eectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C., art. 3 del CCyC y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial.

Corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están, surgiendo que están contestes en que la actora resulta ser clienta del Banco Patagonia SA, y en el marco de esa relación consumeril la demandada otorgó un préstamo a la actora a través de canales electrónicos no presenciales.

No obstante, este acuerdo básico la discrepancia fundamental radica en que para la actora no ha habido una debida prestación de consentimiento respecto del contrato de préstamo que la entidad financiera demandada le otorgó y que en el marco de la relación de consumo hubo fallas en el sistema de seguridad que gestiona la entidad financiera demandada, mientras que para esta última parte el contrato ha sido instrumentado debidamente de acuerdo con las normas aplicables, siendo que para dicha parte las consecuencias de lo ocurrido respecto de la tramitación del mutuo bancario debatido en autos se debe al obrar negligente de la actora, pues con su conducta facilitó datos que se constituyen como eximente de su eventual responsabilidad.

En consecuencia, he de recurrir a continuación a la prueba producida y la valoraré para dar solución al caso aquí planteado.

VII.-Documental:

VII.1.- Documental acompañada por la actora, obrante en SEON en fecha 17/06/2021 y 25/06/2021: Carta Poder; Ticket con movimientos de la caja de ahorro, copia expediente caratulado "Damico María Irene c/ Banco Patagonia" EX-2020-00081089 , Carta documento COW14328217, remitida al Banco Patagonia SA.

VII.2.- Documental acompañada por la demandada Banco Patagonia SA, obrante en SEON, en fecha 02/08/2021: Poder, Publicaciones-campaña advertencia y prevención de fraudes - en páginas web, correos electrónicos y envío de mensajes a los clientes, resúmen de cuenta en 73 fs.; Legajo digital de la actora y listado de operaciones cumplidas a través de plataforma electrónica.

VII.3.- Documental en Poder de Terceros:

VII.3.1.- Comisaría Primera de la ciudad de Viedma obrante en SEON en fecha 31/08/2022 y 09/09/2022: Informa que la documental copia de Preventivo N°175 "DG3-P" de fecha 07/05/2020, con su respectivo parte Elevatorio N°189 "DG3-PE" de fecha 11/05/2020, ha sido elevada a fiscalía N° 5.

VII.3.2.- Agencia de Recaudación Tributaria -Oficina de Defensa del Consumidor se encuentra reservado en OTICCA, fecha 08/06/2022: Disco de almacenamiento DVD, contiene expediente electrónico administrativo N° EX-2020-00081089-GDERNE-MEVDC#ART “DAMICO MARIA IRENE C/ BANCO PATAGONIA S.A.”.

VII.3.3.- Diario Río Negro, agregado en PUMA fecha 24/08/2022: Se agrega nota periodística publicada en el Diario Río Negro titulada "Estafan con falsas ayudas económicas durante la cuarentena por coronavirus".

VII.3.4.- Ministerio Público Fiscal, agregado a PUMA en fecha 31/08/2022:

El legajo correspondiente a la denuncia penal efectuada por la Sra. Maria Irene Damico, que tramitó ante la IRA CJ - Fiscalía N° 4 a cargo del Dr. Guillermo Carlos Ortiz, fue remitido al Juzgado de Control de turno de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, mediante sentencia de fecha 25-09-2020, dictada por el Sr. Juez, Favio Corvalan, en autos caratulados "CAIPIL MAXIMILIANO MICAEL C/NN S/ Estafa", legajo MPF-SA-00132-2020, en el cual se declaró la incompetencia, por razón del territorio.

VII.3.5.- Fiscalía De Instrucciones 27° Nom. - Causas Complejas Poder Judicial de Córdoba, obrante en PUMA en fecha 09/08/2023.

Se agrega constancia de tramitación de los autos caratulados “DAMICO MARIA IRENE C/NN S/ESTAFA. CAUSA: MPF-VI-01308-2020”, informa que las actuaciones se recibieron en fecha 19/02/2021, con otras actuaciones de hechos de similares características, perpetradas a través de la misma línea telefónica o por otras que impactaron en iguales IMEI o bien se invocaron los mismos nombres, todas vinculadas por celdas correspondientes al Establecimiento Penitenciario de Bower. Informa que la causa continúa en estado de investigación, no habiéndose ordenado por tal motivo imputación alguna, ni resolución de otra naturaleza.

VII.4.- Informativa:

VII.4.1.- Agencia de Recaudación Tributaria – Oficina Defensa del Consumidor agregado en PUMA en fecha 25/08/2022: Informa que se registran cinco reclamos por fraude electrónico durante el año 2020.

VII.4.2.- Jefatura de la Policía de Río Negro, agregado a PUMA en fecha

04/07/2022: Se agrega informe en el cual se adjunta un reporte estadístico de las estafas y defraudaciones por mes y año, aclara que no resultan clasificadas por modalidad.

VII.4.3.- Ministerio Público Fiscal, agregado a PUMA en fecha 27/05/2024: Se agrega informe en el que se informa que no se puede brindar información estadística de las estafas, con la modalidad de obtención ilegal de datos bancarios y la consiguiente solicitud de préstamos personales o extracción de dinero, en virtud de la gran cantidad de casos.

VII.4.4.- Prisma Medios de Pago SA, agregado en fecha 30/09/2022: Se adjunta un archivo en el cual se detallan los movimientos de las operaciones registradas en fecha 06/05/2020.

VII.5.- Informe Pericial Informático- obrante en PUMA en fecha 20-09-2022-: El informe fue confeccionado por el perito Lic. Gastón Semprini del Cuerpo de Investigación Forense de este Poder Judicial.

Puntos de pericia introducidos por la parte actora:

Respecto del punto de pericia consistente en las medidas de seguridad con las que contaba el Banco Patagonia para efectuar las distintas operaciones bancarias por terminales electrónicas en el mes de mayo del año 2020 contestó que "El Banco Patagonia contaba con distintas medidas de seguridad para efectuar las operaciones bancarias por terminales electrónicas, para ello se utilizan distintos "factores de autenticación" que pueden ser del siguiente tipo o factor: "algo que sabe", (Contraseña, dato personal, entre otros), "algo que tiene" (Tarjeta TC/TD, Token, entre otros), "algo que es" (Característica biométrica). Para algunas operaciones se utiliza el doble factor de autenticación con la utilización de la tarjeta de coordenadas. Se proporcionaron los siguientes documentos a los efectos de poder abordar las siguientes inquietudes. EL manual de operaciones del Banco Patagonia y la comunicación del Banco Central VER MNP 043 v53 y v54.pdf; COMUNICACIÓN "A" 6017".

Con relación al punto de pericia consistente en si dichas medidas de seguridad eran las mismas para todas las operaciones y para todos los usuarios explica que "Las medidas de seguridad son las mismas para todos los usuarios pero no para todas las operaciones. Hay operaciones que el Banco Central regula y que tienen doble factor de autenticación. Donde se denomina "Factores de Autenticación" a las credenciales utilizadas en los CE

(Centros electrónicos) pueden ser del siguiente tipo o factor: “algo que sabe”, (Contraseña, dato personal, entre otros), “algo que tiene” (Tarjeta TC/TD, Token, entre otros), “algo que es” (Característica biométrica). Según el RCA012 existen: Dos factores de autenticación de distinto tipo (autenticación fuerte), en alguna de las combinaciones: “algo que tiene” y “algo que sabe”, “algo que sabe” y “algo que es” o, “algo que tiene” y “algo que es”. Dos factores de autenticación del mismo tipo (autenticación simple), dónde uno de ellos identifique de forma unívoca al usuario." Adjunta la circular 6017 del Banco Central de la República Argentina. Asimismo acompaña manual Patagonia E-bank Personas, versión 53 y 54.

Respecto del punto de pericia consistente en si dichas medidas de seguridad permitían constatar fehacientemente la identidad de la persona que efectuaba la operación contestó que "No es posible determinar fehacientemente la identidad de la persona. Solo se puede determinar con qué medidas de seguridad el usuario operó, “algo que tenía” (tarjeta) y/o “algo que conocía” usuario, contraseña, PIN."

Conforme al punto de pericia consistente en si la medida de seguridad para solicitar el préstamo personal pre-acordado confirmaba la identidad del usuario por algún otro medio que no fuera el ingreso de una clave de seguridad o si se preveía la confirmación vía telefónica o por otro medio contestó que "Por lo analizado y la información proporcionada, no se encontraba regulado la confirmación vía telefónica o por otro medio que no fuera el ingreso de una clave de seguridad para la otorgación de préstamos personales pre-aprobados"

Explica que recién según la circular “A” 7319 del 1/07/2021 se dispone incorporar para los préstamos pre-aprobados requerimientos de identificación positiva de identidad del usuario del servicio financiero con fecha de entrada en vigencia de la presente comunicación el 9.7.21.

Puntos de pericia introducidos por la demandada;

Respecto del punto de pericia consistente en que se informe el detalle de las operaciones bancarias registradas en la cuenta de titularidad de la accionante el día 6 de mayo de 2020 desde la terminal de cajero automático y a través de Home Banking o Mobile Banking el perito contestó que "Se observó en los movimientos mostrados y proporcionados por el banco, que existieron operaciones bancarias registradas en el día 6 de mayo de 2020 desde la terminal." Adjunta cuadro de extractos y señala las páginas

26-07."

Con relación al punto de pericia consistente en que se determine el modo de contratación, canal y condiciones del préstamo bancario solicitado en fecha 6 de mayo de 2020 contestó que "Según lo observado y la información proporcionada al momento de realizar la pericia, se determina que el canal de por el cual se realizó la contratación del préstamo por medio de MB "Banca Movil". En relación a las condiciones y detalle del préstamo se puede observar en las siguientes capturas de pantallas generadas en la pericia y mostradas en el sistema en la comunicación de video llamada, observándose el importe solicitado 100000, un plazo de 60 días y una tasa del 59%." Asimismo adjunta un archivo con el detalle de transacciones y capturas de pantalla.

Respecto del punto de pericia consistente en la determinación de la o las transferencias cumplidas en fecha 6 de mayo de 2020 con la tarjeta de débito 4517575001648095 con especificación de cuenta de origen, destino y terminal desde la cual se efectuaron, el perito contesta que "Por lo analizado no es posible determinar que la transferencia del 6 de mayo de 2020 se realizó utilizando la tarjeta de débito, ya que la transferencia fue realizada mediante el canal MB "Banca Móvil" especificado en el punto anterior. En relación a la transferencia cumplida el 6 de mayo de 2020 se observa en el documento DAMICO MARIA IRENE - EXTRACTOS.pdf apartado transferencias enviadas y recibidas, que el día 6/05/20 se realizó de la cuenta 27350549892 una transferencia a la caja de ahorro CBU 14300017-13007296290012 de \$ 99.000,00. "

Con relación al punto de pericia consistente en las medidas de seguridad (tarjeta, clave de ingreso, PIN, usuario y contraseña) que exige el sistema para operar desde una terminal de cajero automático y a través de la banca electrónica – Home Banking o Mobile Banking- el perito se basa en lo establecido por la comunicación del Banco Central "A" 6017 y explica que "Se establecen medidas de seguridad de acceso, en la sección 6.6 establece: Factores de Autenticación. Las credenciales utilizadas en los CE pueden ser del siguiente tipo o factor: "algo que sabe", (Contraseña, dato personal, entre otros), "algo que tiene" (Tarjeta TC/TD, Token, entre otros), "algo que es" (Característica biométrica). En la sección 6.7.2. Tabla de requisitos de Control de Acceso, en el apartado RCA014, se establece que los elementos de autenticación basados en el factor "algo que sabe", utilizados en el CE (Canales Electrónicos), deben poseer una longitud no inferior a 8 caracteres para BI (Banca por Internet), 6 caracteres para BM (Banca Móvil) y 4 caracteres para BT (Banca Telefónica). Además RCA015

Los elementos de autenticación basados en el factor “algo que sabe” y sean estrictamente “numéricos” deben: a. Limitarse a elementos del tipo PIN (“Personal Identification Number”). b. Poseer una longitud mínima de 4 dígitos. Por lo observado y analizado se puede determinar que las medidas de seguridad para operar con cajero automático es tarjeta + PIN, para operar con home banking (EB) y/o Mobile Banking se utiliza usuario y contraseña. "

Respecto del punto de pericia consistente en si se registran errores en las operaciones anteriores y si en la fecha 06 de mayo de 2020 se registran bloqueos de cuenta o blanqueos de PIN el perito informa que "Con la información proporcionada en las operaciones anteriores al 6 de mayo, no se registran errores de acceso. Con la información proporcionada no es posible determinar si en fecha 6 de mayo de 2020 no se registraron bloqueos de cuenta ni blanqueo de PIN, pero si se registran accesos inválidos error 8003 y 7001 Tiempo agotado." Para ello adjunta archivo con los movimientos. Asimismo el perito agrega que "Si se manifiesta que en la fecha de denuncia, el Banco solicito el bloqueo de las claves a Banelco para no ser utilizadas más. Dicha información deberá ser solicitada a Banelco (Prisma)."

Respecto del punto de pericia consistente en que se determine si en la página web de Banco Patagonia SA, en cajeros automáticos y en la banca electrónica existe información sobre medidas de seguridad, prevención de fraudes, indicación de no divulgar datos de cuenta, contraseña, PIN, usuario y/o clave de ingreso el perito informa que "Solo se adjuntan links que fueran proporcionados y que indicarían medidas de seguridad. Las mismas se encuentran vigente en la página web del Banco Patagonia www.bancopatagonia.com.ar:

a) Seguridad online

<https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/online.php>

b) Seguridad en cajeros automáticos

<https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/cajeros.php>

c) Seguridad Patagonia móvil

<https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/patagonia-movil.php>

d) Seguridad por teléfono

<https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/telefono.php>

Respecto del punto consistente en que se determine si se registran operaciones por cajero automático, home banking o mobile banking de la cuenta de la accionante con anterioridad al 6 de mayo de 2020 el perito contesta que de los logs de movimientos proporcionados se observan ingresos a mobile banking en las fechas por ejemplo, el 17 de febrero y 5 de marzo del 2020.

Con relación al punto de pericia consistente en que informe fecha de alta en home banking de la accionante contesta que "En base a lo información proporcionada se ha dado de alta en el sistema de home banking el día 22/08/2016." Adjunta captura de pantallas de los módulos.

Solicitud de explicaciones por parte del Banco Patagonia SA -13-10-2022-: Requirió que el perito aclarara si las medidas de seguridad exigían que las operaciones por plataforma electrónica se hicieran por una persona que debía conocer usuario y clave y en el caso de las operaciones por cajero automático debía conocer la clave de acceso y contar con tarjeta de su titularidad.

Asimismo que determine la o las transferencias cumplidas en fecha 6 de mayo de 2020 con la tarjeta de débito 4517575001648095 y especifique: cuenta de origen y destino y terminal desde la cual se efectuaron las transferencias.

Por otro lado, se solicita que se indique si se registran errores en las operaciones anteriores y si en la fecha 6 de mayo de 2020 se registran bloqueos de cuenta o blanqueos de PIN. (Punto de pericia contesta demanda)".

Asimismo se solicitó que se expida respecto de la información sobre las medidas de seguridad que existe en cajeros automáticos.

Finalmente solicita que se aclare por qué se hace referencia en la pericia a la causa Marin o Cardozo.

Contestación del perito informático -31-10-22-: Explicó que "No es posible determinar fehacientemente la identidad de la persona. Solo se puede determinar con qué medidas de seguridad el usuario opero, "algo que tenía" (tarjeta) y/o "algo que conocía" usuario, contraseña, PIN. Se realiza la aclaratoria que las operaciones por plataforma electrónica banca por internet (BI) y banca móvil (BM), el usuario debía conocer (usuario y clave) "algo que conocía"; en caso de cajeros automáticos (ATM) el

usuario debía contar con “algo que tenía” (tarjeta) y “algo que conocía” (clave de acceso PIN). "

Asimismo, refirió que "En relación a la transferencia cumplida el 6 de mayo de 2020 se observa en el documento DAMICO MARIA IRENE - EXTRACTOS.pdf pag. 26 y 27 apartado transferencias enviadas y recibidas, que el día 6/05/20 se realizó de la cuenta 27350549892 una transferencia a la caja de ahorro CBU 14300017- 13007296290012 de \$ 99.000,00. "

Asimismo explicó que "Rectifico: Con la información proporcionada en las operaciones anteriores al 6 de mayo, no se registran errores de acceso. VER Causa Damico Movimientos anteriores.xlsx. Con la información proporcionada es posible determinar que en fecha 6 de mayo de 2020 NO se registraron USERMODULE_BLOCKED_CREDENTIAL 8005, error que representa que “Tu clave se encuentra bloqueada. Para continuar operando tenes que obtener una nueva.”

Con relación a medidas de seguridad en cajeros explicó que "Se especificaron las paginas aportadas constatándose que las mismas estén en funcionamiento, pero no es posible determinar las medidas de seguridad prevención de fraude, indicación de no divulgar datos de cuenta, contraseña, PIN, usuario y/o Clave de ingreso en los cajeros automáticos. Si bien fueron aportadas imágenes que indicarían lo solicitado. Desde esta área no es posible realizar ningún tipo de análisis al respecto (fecha y hora de captura, acceso y modificación, si la misma contaba con geoposicionamiento y demás metadatos). Se adjunta las fotos, no pudiéndose determinar su procedencia ni expedirme sobre dichas imágenes. Poniéndose a disposición para que el Sr. Juez determine su valoración. "

Con relación a las referencias a las causas Marín y Cardozo señaló el perito "que en el informe pericial se hizo referencia a “causa Marin” y “Causa Cardozo”, simplemente por un error involuntario de tipeo, cuando se dijo: “Causa Marin Documentación Pericia.rar, se quiso decir “Causa Damico Documentación Pericia.rar, donde se dijo Cardoso_ Detalle de Transacciones.PDF, se quiso decir “Causa_Damico_ Detalle de Transacciones.pdf "

Sentencia interlocutoria de fecha 16/12/2022: Se resolvió no hacer lugar al pedido de contacto del perito con la firma Prisma.

Como conclusión de la reseña efectuada y en el entendimiento de que el informe pericial informático en cuestión como así también las explicaciones dadas resultan un medio conducente para valorar las cuestiones de hecho debatida en autos, siendo el perito interviniente calificado para emitir su dictamen sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad, a lo que agrego también que no advierto la existencia de otras pruebas que puedan desvirtuarlo, es que les otorgaré valor probatorio conforme art. 386 y 477 del CPCC, sin perjuicio de la valoración que oportunamente se haga de lo dictaminado.

VII.6.- Declaraciones testimoniales -audiencia celebrada en fecha 09/06/2022-:

Diego Emanuel Martínez: Explica que tiene conocimiento de la situación de la actora, y relata que la acompañó al cajero automático, y que hizo los pasos que le indicaron desde un llamado telefónico. Unas horas más tarde controló su home banking y se dio cuenta que habían sacado un préstamo de \$100.000.

María Luján Carunchio, refiere que es de profesión Contadora y reviste como empleada del Banco Patagonia SA como jefa de investigaciones especiales. Manifiesta que tomó conocimiento del reclamo en el banco en el mes de mayo 2020, la actora presentó un reclamo el día 07/05/2020 desconociendo la solicitud de un préstamo tomado por canal mobile de \$ 100.000 y una posterior transferencia por \$99.000, en fecha 06/05/2020 por cajero automático.

Refiere que en fecha 08/05/2020 se toma conocimiento del reclamo, se procede a bloquear las claves de home banking, mobile y pago mis cuentas, y se gestiona con el banco destino la retención si es que hay algún saldo y la devolución de los fondos en el Banco Brubank y en función de ello se analizan los movimientos del cajero, que dieron lugar a la transferencia.

Explica que se identifica ese día a la sra. Damico operando e ingresando por cajero de manera correcta, con pin correcto posteriormente hay una generación de clave de home banking, luego consulta el saldo y finalmente se realiza la transferencia por cajero. El cajero es de uso habitual por la sra. Damico, y por imágenes se la ve operar con el teléfono en el cajero automático.

Destaca que son operaciones técnicamente cumplidas válidamente, el cliente va al cajero de uso habitual introduce su tarjeta y su clave pin que es de uso personal, y

genera las operaciones, generar un pin, consultar el saldo y luego va a pantalla de transferencia, ingresa el CBU de 22 dígitos confirma el CBU y posteriormene confirma la transferencia.

Respecto al préstamo bancario, tiene solo tres canales, home banking, mobile y en sucursal, aclara que a través de cajero no se pueden pedir préstamos. Los préstamos solo se acreditan en la cuenta del cliente, puede luego hacer uso de esos fondos a través de los distintos canales que tiene habilitado. Para operar con mobile o con home banking es necesario el doble factor de autenticación, clave token o tarjeta de coordenadas para cualquier movimiento de efectivo, a cuentas de terceros, entre cuentas mismo titular no hace falta un doble factor de autenticación.

Enuncia que los requisitos de seguridad para ingresar a mobile consisten en introducción de usuario y clave, opción solicitud de préstamo, dependiendo de la calificación global.

Desde el cajero automático para ingresar se necesita tarjeta de débito y clave pin que es de uso personal para el cliente. Las claves son de uso personal e intransferibles y ello se le informa al cliente por todos los canales.

El Banco Central indica que todos los clientes deben estar calificados y que todos pueden acceder a un préstamo en función de su capacidad y luego el banco ve el nivel de riesgo que se le quiere dar al cliente.

Asimismo relata que no hay ningún alerta de vulneración de datos que dé lugar a que las operaciones no estén procesadas por el cliente, ya que la persona utiliza su tarjeta y su clave personal. Asimismo no se detectó blanqueo de pin ni bloqueo de tarjetas en forma previa, no hay cambio de clave.

Opina que el sistema de seguridad del banco no fue violado o vulnerado bajo ningún concepto, no hay una intrusión en el sistema. El sistema de seguridad esta auditado por el Banco Central y no han hecho observaciones o multas por irregularidades en el sistema. Desconoce el sistema de seguridad en otros bancos.

Explica que en general a los clientes del banco, se les advierte respecto a medidas de seguridad, se le envía e-mail de notificación, en la pantalla del cajero automático hay un mensaje que si está siendo guiado tiene que desisitir, en la página del banco hay un capítulo especial de seguridad, donde se encuentran todas las medidas de seguridad que

se deben seguir y se advierte sobre estas situaciones, en las redes sociales del banco, Instagram y Facebook se suben placas de seguridad.

En el ingreso a los cajero automáticos hay un cartel grande que prohíbe el uso del teléfono celular. Al celebrar un contrato se advierte que la clave es personal.

Las transferencias en cajero automático son operaciones que se cumplen en forma inmediata. El banco no puede demorar una transferencia ya que está regulado por el Banco Central.

Préstamos preacordados se solicitan por canal e-mobil y home banking y no por cajero. Se puede transferir por cajero hasta \$ 1.800.000, pero no se puede solicitar préstamos por cajero, es por sistema de seguridad.

A los clientes al momento de pedir un préstamo les llega un e-mail al correo registrado. Para ingreso de los canales home banking y e-mobile es necesario utilizar un usuario y clave, luego puede realizar ciertas operaciones. Para las transacciones se necesita tarjeta de coordenadas o Token, dependiendo que factor de autenticación tenga el cliente, ambos factores están aprobados por el Banco Central.

Asimismo relata que actualmente, hay una mesa de trabajo en forma conjunta para normativas de seguridad, de todas las entidades financieras y bancos para coordinar cambios de información.

Al momento del hecho, el préstamo se acreditaba en tiempo real, cumpliendo normativa del Banco Central, se solicitaban y acreditaban 7 por 24 horas .

Relata que en la actualidad se pueden solicitar préstamos por canales electrónicos, pero la solicitud desde el canal electrónico se acredita en 48 horas, un Oficial toma contacto telefónico con el cliente a los fines de validar la identidad con preguntas concretas que solo el cliente puede contestar y se verifica que haya sido quien requirió la solicitud del préstamo, constatada la identidad el préstamo se acredita en la cuenta del cliente.

Destaca que hubo muchas denuncias en la misma época del hecho que le ocurrió a la actora, respecto a la vulneración del sistema bancario.

Las medidas de seguridad se ponen a disposición del cliente en el contrato de términos y condiciones y en apartado especial del home banking, el cliente debe ingresar para verlo.

A partir de las nuevas medidas, cuando se hace una operación y transferencia, no se genera un alerta.

Señala que se pueden modificar medidas de seguridad en caso que se vulnere la seguridad del banco, y en este caso no se vulneró. Explica que si, se reforzaron los mensajes a los clientes y se bajaron los límites de transferencias en la utilización de coordenadas. Destaca que el token no era obligatorio, es un método más seguro que la tarjeta de coordenadas.

La sra Damico es clienta de hace mucho tiempo y desde el 2016 utiliza home banking. No recuerda que antes haya requerido un préstamo.

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

Asimismo, la valoración que haré de la declaración testimonial del deponente se enmarca respecto de lo que ha transmitido a la causa y se relaciona directa y exclusivamente con hechos que ha vivido a través de sus sentidos y su propia experiencia.

Es así que he de otorgarle valor probatorio a la testimonial antes reseñada, en tanto considero al testigo idóneo, encontrando veraz el tenor de su declaración -art. 456 del C.P.C.C.-, no obstante la valoración que de ello se haga en el marco sistémico de un caso que atañe a cuestiones relacionadas con el derecho de consumidores.

VIII.- Reconstrucción del Hecho:

En función de las pruebas reseñadas corresponde establecer el modo en que acontecieron los hechos.

A la hora de valorar y fijar los hechos probados, se advierte que se ha producido un informe pericial informático como así también se han agregado actuaciones en el fuero penal conforme los autos caratulados: “Damico Maria Irene C/Nn S/Estafa. Causa: MPF-VI-01308-2020” de trámite ante Fiscalía De Instrucciones 27° Nom. - Causas Complejas Poder Judicial de Córdoba.

En ese sentido es que “ (...) a través de la opinión o dictamen de quienes tienen adquiridos conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, aun cuando el juez personalmente los posea. Se caracteriza por ser un medio de prueba indirecto, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través del perito, e histórico, desde que se configura como

representativo en relación a aquel materia. (Morello, Sosa, Berizonce, Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación, Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág.331/332). (Conf. CACyCom. de La Matanza, Sala I, en los autos caratulados Credenti, Alberto y otros c/ Romero, Víctor y otros s/ daños y perjuicios (Causa N° 3510/1), 19/11/14).

Por otro lado, en cuanto al hecho ocurrido no solo resulta fundamental en autos las coincidencias entre las postulaciones de demanda y su contestación, como así también lo expresado por la jefa de investigaciones especiales de la entidad bancaria demandada, Sra. Carunchio.

De este modo, luego de analizada la prueba producida, tengo por reconstruido el hecho del siguiente modo y en varias secuencias:

Secuencia 1: El día 06 de mayo de 2020 la Sra. Damico recibe un llamado a su línea de teléfono 2920-574191 desde la línea 351-2869637, autoatribuido a un empleado de la ANSES. Como consecuencia de esa comunicación, el empleado le da instrucciones a la actora para dirigirse a un cajero automático, le extraen información específica para operar en su cuenta. Secuencia 2: Interferido el acceso por un tercero se realiza el cambio de clave de Home Banking. Secuencia 3: Advertido por los terceros de la posibilidad de acceder a un préstamo preaprobado se produce la contratación por un capital de \$ 100.000. Secuencia 4: Mediante el cajero automático desde la cuenta titularidad de la actora, como consecuencia de la maniobra se produce una transferencia a la caja de ahorro bajo el CBU 14300017-13007296290012 por la suma de \$ 99.000 al Banco Brubank. Secuencia 5: La actora al día siguiente al consultar su home banking advierte de lo sucedido, denuncia en la Comisaría Primera de Viedma como también en la entidad bancaria. Secuencia. 6: El día 08/05/2020 el área de investigaciones especiales a cargo de la testigo Sra. Carunchio interviene en el reclamo – conforme a lo dicho por la propia testigo ya referida.

A continuación trataré específicamente la cuestión de prejudicialidad, las definiciones

del caso sobre la pretensión de nulidad del contrato de mutuo preprobado en cuestión, es decir si es válido o no y a posteriori, en caso de corresponder, la responsabilidad civil que pueda haber conforme a la reconstrucción del hecho efectuada y el marco legal aplicable.

IX.- Prejudicialidad.

Primeramente, corresponderá analizar si en el caso existe prejudicialidad.

Ello así en base a que surge de la prueba producida en autos que se han labrado actuaciones penales identificadas como "Damico Maria Irene C/NN s/ Estafa", legajo MPF-VI-01308-2020, la que oportunamente tramitó en Fiscalía N°4 de esta Circunscripción Judicial – agregado a PUMA en fecha 31/08/2022.

En dichas actuaciones, el Juez interviniente declaró la incompetencia en razón del territorio por lo que las actuaciones ingresaron en fecha 19/02/2021 al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Se ha dicho al respecto que el art. 40 de la Ley 24240 "(...) deja en claro expresamente que tanto para el caso de responsabilidad que resulte del vicio o riesgo de la cosa cuanto para la resultante de prestación del servicio, el deber de reparar tiene naturaleza objetiva, al establecer que solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. Esto es, la prueba de la propia diligencia resulta insuficiente para eximirse, debiendo llegar el sindicado como responsable a acreditar la fractura del nexo causal." Wajntraub, Javier H. Régimen Jurídico del Consumidor Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2020. Pág. 246.

Observado ello a la luz de la previsiones del art. 1775 inc. c) del CCyC, entiendo que en autos no se debe suspender el dictado del presente decisorio, pues la acción civil de reparación de daños aquí intentada está fundada en un factor objetivo de atribución conforme art. 40 LDC ya citado.

X.- Validez y eficacia del Contrato de Mutuo

Determinada, conforme a la reconstrucción del hecho, la existencia de contratación de un mutuo predispuerto o preaprobado desde la cuenta Home Banking de la parte actora, corresponde determinar ahora si dicha contratación es válida y eficaz en cuanto a sus efectos, o si debe declarársela nula.

Debe recordarse que para la actora, no caben dudas de que dicha contratación debe declararse nula pues su obrar no lo fue ejerciendo su voluntad, mientras que para la demandada el obrar de la Sra. Damico fue voluntario por lo que el préstamo tomado está dotado de total validez.

Es cierto también que en tanto se pretende la declaración de nulidad de un acto jurídico deba referirse a ello.

Remontándome al Código Civil de Vélez expresa la doctrina que era preciso referirse de modo genérico a la Invalidez en tanto comprendía a la nulidad y anulabilidad (art. 1044 y 1045 y cc del CC).

Sin embargo el Código Civil y Comercial suprimió las categorías de actos nulos y anulables y prescribe que la falta de eficacia de un acto jurídico puede ser en razón de su nulidad o inoponibilidad (Art. 382 CC y C).

Asimismo, la invalidez del acto conforme a la tesis doctrinaria mayoritaria opera como sanción prevista en los art. 1037 y cc del C.C. que resulta de la violación normativa, cuestión que también así es asumida hoy por el nuevo CC y C en el art. 386.

Con relación a ello, en base a la nueva clasificación legal, y en tanto el nuevo código abandonó la caracterización de actos nulos y anulables la doctrina nos recuerda que "En ese sentido -fuera de opiniones aisladas- se podía afirmar, en una primera aproximación general, que existía coincidencia generalizada en que el factor inspirador de la distinción debía centrarse en el "modo" en que se presentaba el vicio. Desde ese aspecto la pauta había sido unificada en su visibilidad o subrepción: si éste resultaba patente, ostensible, manifiesto, se estaría en presencia de un acto nulo; si por el contrario se encontraba oculto, larvado y requería una investigación de hecho para exteriorizarlo, el acto sería anulable. Sin que esa opinión se la considerara desacertada, se le habían incorporado precisiones que en realidad apuntaban más a la rigidez del vicio que a su visibilidad: así, se había afirmado que en el acto nulo la falta era rígida, determinada, invariable, e idéntica en todos los actos de la mismas especie; en el anulable, en cambio, el vicio se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación

judicial" Alterini Jorge H. Director General. Código Civil y Comercial Comentado. Thomson Reuters. La Ley. Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016. T. II. Pág. 106.

Aplicadas esas definiciones al caso planteado, tengo presente primeramente que la versión de los antecedentes del hecho que da origen a estas actuaciones resulta verosímil, más aún si se tiene en cuenta que conforme a prueba informativa en autos, no se trata de un hecho aislado sino de ardid defraudatorios que podrían calificarse de sistémicos.

Expuesto ello, de acuerdo con el modo en que el hecho ha sido reconstruido encuentro convicción en que el préstamo preaprobado que nos ocupa fue tomado por personas que intervinieron por medio de un ardid exitoso al Home Banking de la actora.

De este modo, en base a esa maniobra quién operó el Home Banking de la actora para obtenerlo no fue ella sino terceras personas.

Esa conclusión nos pone directamente ante un escenario que califica la ausencia de voluntad conforme art. 260 del CCyC en cabeza de la Sra. Damico para tomar el préstamo que se operativizó en su nombre a través de su cuenta.

Es por ello que en este estado de análisis del caso traído a exámen, el contrato debe ser declarado nulo totalmente y consecuentemente ineficaz respecto de la actora conforme art. 382 y 389 del CCyC.

Que así establecida esta primera cuestión corresponderá abordar si las consecuencias de ello en el marco de derecho de consumo constituyen o no en responsable a la entidad financiera demandada, lo que se tratará a continuación.

XI.- La responsabilidad civil:

En lo que respecta a la atribución de responsabilidad, el art. 40 de la Ley 24.240 reza: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”.

Sostiene Ricardo Lorenzetti que “el sistema imputativo consiste en una responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio, amplia legitimación pasiva solidaria con acciones de repetición, y unas eximentes basadas en la ruptura del nexo causal”. (Conf. R. L. Lorenzetti, “Tratado de los Contratos”, T° I, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999, Pág. 91).

Por su parte, la doctrina también entiende que “(...) dentro del marco de esta normativa

- el consumo- la responsabilidad de la ley 24.240 (arts. 5, 10 y 40), es objetiva y nace de ese contrato previsto en esa norma sin que sea procedente referirla a las de la responsabilidad contractual o extracontractual prevista en la normativa del Código Civil (conf. Jorge Mosset Iturraspe Javier Wajtraub “Ley de Defensa del Consumidor”, Pág. 243). (Conf. C. Civ. y Com. Sala 1ª, Depto. Judicial de San Martín. “L., M. G. c/ Inc. S.A. Supermercados Carrefour y otro s/ Daños y perjuicios”; y CC0002 QL 16312 49/15 S 16/04/2.015).

Asímismo, se dijo que “esta norma abandona el régimen de la responsabilidad basada en la culpa, ya que éste resulta inadecuado y desprotege a la víctima al recaer sobre ella la carga de la prueba, siguiendo de este modo los postulados del nuevo derecho en materia de daños que, con una concepción más solidarista, centra la atención en el daño injustamente sufrido por sobre la conducta del dañador (cfr. esta CNCom., esta Sala A., 30.06.10 in re “Novoa Claudia Marcela c/ Taraborelli Aumobiles S.A y otro s. ordinario). (Conf. Cám. Nac. de Apel. En lo Com., “Monti Eduardo Jorge y otro c/ Maynar AG S.A. y otro s/ sumarísimo”, 2012, Cita online: MJ-JU-M-71863-AR | MJJ71863 | MJJ71863).

Que expuestos los contornos de la responsabilidad en el marco de relaciones de consumo, habiendo declarado la nulidad del contrato de mutuo y consecuentemente ineficaz respecto de la actora por ausencia de su voluntad al momento de su celebración es que a fin de dar solución al caso en base a las posturas mantenidas por las partes corresponderá contestar si efectivamente la demandada debe responder en función de los hechos debatidos en autos y en caso afirmativo, si ello ha de ser de manera exclusiva o concurrente.

Al respecto, no puede soslayarse que se está ante una relación de consumo con aplicación plena del plexo legal consumeril.

Para ello tengo presente que María Irene Damico resulta ser cliente del Banco Patagonia SA, y que al momento del hecho contaba con una cuenta sueldo en pesos identificada como CA\$ 122036399. Cabe mencionar que la actora, en tanto cliente del Banco Patagonia SA y en el marco de la relación de consumo que la une a dicha entidad financiera, cuenta con acceso al paquete de productos que esta entidad ofrece. Dentro de este paquete de productos se encontraba disponible el préstamo preaprobado que resulta ser hoy objeto de controversia.

Por otro lado, en el marco de la reconstrucción del hecho efectuado la interacción de la actora -y quien ha perpetrado el ardid- con su proveedora de servicios bancarios -Banco Patagonia SA- fue a través de canales en donde no intervienen personas que representen a la entidad bancaria, sino a partir de un sistema predispuesto mediante Cajero Automático y Home Banking.

Siguiendo esos lineamientos, he de recordar que el contrato puesto en crisis es un contrato de consumo, y específicamente se trata de un contrato de mutuo bancario.

Asimismo, he tenido en cuenta a los fines de tener por reconstruido el hecho que la Sra. Damico no ha actuado voluntariamente, pues precisamente toma conocimiento y noción de lo que ha ocurrido con posterioridad a la concreción de la constitución del mutuo en la suma de \$ 100.000 y la consecuente transferencia que disponen del monto obtenido mediante dicho préstamo desde su cuenta CA\$ 122036399 al CBU 14300017-13007296290012 por la suma de \$99.000 correspondiente al Banco Brubank.

Asimismo, lo referido anteriormente ha implicado que la actora sea víctima de una maniobra defraudatoria mediante la cual se le extrajo información sensible respecto de datos que permitieron el acceso a su homebanking.

Si bien en autos no surge una decisión jurisdiccional del fuero penal, cierto es que la maniobra de la cual la actora fue víctima, no es única y aislada exclusivamente respecto de ella sino que inscribe en una metodología defraudatoria que ha tenido éxito respecto de una cantidad importante de consumidores, tal como surge de lo manifestado por la testigo sra. Carunchio y el informe de la Oficina de Defensa del Consumidor. No obstante, es de público y notorio que este tipo de maniobras también se desarrollaron en otras provincias de la República Argentina.

Ahora bien, la entidad financiera demandada centra su defensa en base a un eximente de responsabilidad consistente en la culpa de la Sra. Damico, pues argumenta que ésta brindó los datos necesarios a terceras personas con suficiencia tal como para que se produzca el hecho.

Corresponderá preguntarse entonces si en el caso, precisamente se concreta la conducta negligente de la actora como la plantea la demandada y si su obrar categoriza como causa para su producción. Es decir, si la conducta de la Sra. Damico ha fracturado o no el nexos causal.

Se ha dicho que "La causalidad adecuada está estrechamente ligada a la idea de regularidad, al curso normal y habitual de las cosas según la experiencia de la vida a lo que normalmente acostumbra a suceder. De allí que no haya causalidad del caso singular. Se parte de la idea de que, "entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes, sino que son de eficacia distinta", y de que "solo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario, de los acontecimientos. Según este punto de vista, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce" (Zannoni, Causación de daños (una visión panorámica) en Revista de Derecho de Daños, n.2003-2. p.8). El juicio de probabilidad se realiza a posteriori, ex post facto, y en abstracto, esto es prescindiendo de lo que efectivamente ha ocurrido en el caso concreto y computado únicamente aquello que sucede conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Para indagar si existe vinculación de causa efecto entre dos sucesos es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, en abstracto, orientado a determinar si la acción u omisión que se juzga era apta o adecuada, según el curso normal y ordinario de las cosas, para provocar esa consecuencia (prognosis póstuma), si la respuesta es afirmativa, hay causalidad adecuada". Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Tomo I, parte general, primera edición revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 357 y 358.

Así, si tenemos en cuenta como antes he referido, que la voluntad de la actora fue interferida en base a una maniobra exitosa por parte de terceros, la defensa de la demandada no puede reducirse simplemente a interpretar que la Sra. Damico sin más entregó datos sensibles, pues precisamente fue objeto de una maniobra defraudatoria que reviste complejidad, y como antes referí, correspondió a una metodología calificada de sistémica en virtud de la cantidad de casos que se han

informado en autos.

De este modo, para determinar si en autos se encuentra producido el eximente de responsabilidad y consecuentemente la ruptura del nexo causal, primeramente hay que determinar cuál es la efectiva causa de producción del hecho que aquí nos ocupa.

Entonces, ¿El hecho de que la Sra. Damico fue interferida en su voluntad de manera exitosa por terceros mediante una maniobra defraudatoria fractura el nexo causal en base a la responsabilidad objetiva que rige el caso?.

La respuesta es negativa, pues entiendo que si bien la inicial entrega de datos –sin noción de ello por parte de la Sra. Damico- ha favorecido el comienzo de la maniobra, la causa de la disposición patrimonial no es esa.

La actora puso una condición con el actuar de su voluntad interferida y sin intencionalidad, pues no se encuentra probado que pudo discernir que estaba siendo víctima de una maniobra; más esa condición, como referí, no se erige como causa. Y ello así porque "Es preciso, para ello, que la condición asuma especial entidad, por ser adecuada para producir ese resultado, en cuyo caso se eleva a la categoría de causa jurídica, generadora del detrimento. Así concebida la cuestión, puede afirmarse que "si bien la causa es siempre una condición del daño, no toda condición es causa" (Zavala de González. La responsabilidad civil en el nuevo código. T ii. p. 133, n 6.)" Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Tomo I, parte general, primera edición revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 343.

Igual tesitura mantuvo al respecto, el Dr. Ricardo Aparcian en autos "Bartorelli" cuando refirió m "Conforme a ello, la facilitación de los datos por la actora mediante engaño, si bien fue una condición del hecho, no tiene la entidad que el recurrente pretende otorgarle en cuanto afirma que fue su causa. La causa radica en la falta de cumplimiento de la entidad bancaria en la implementación de los mecanismos de seguridad del sistema que debieron ser puestos a disposición de la actora y que se derivan de la obligación de seguridad que a su vez exige (...)" Expte. VI-31306-C-0000 - Bartorelli Emma Graciela C/ Banco Patagonia S.A. S/ Daños y Perjuicios (Sumarísismo) – Casación" Sentencia N° 133 de fecha 17/10/2023 Sec. Civil N° 1 STJ.

Llegados a este punto debo recordar que surge de autos que la actora realizó la denuncia del hecho – el día 07/05/2020- conforme la declaración testimonial de la testigo Carunchio, en tanto Jefa de Investigaciones Especiales de la entidad financiera demandada, asimismo surge que el reclamo llega a su dependencia interna, el día 08 de mayo de 2020, cuando conforme a sus propios dichos como así también los de la actora, la denuncia fue el día 07 de mayo de 2020.

Dicha testigo refirió que para el sistema de seguridad de la entidad bancaria no hubo una alerta de intrusión, cuando es evidente que conforme a la complejidad de la maniobra se usó a la propia usuaria del servicio financiero como herramienta para obtener datos y concretar la maniobra defraudatoria.

Por otro lado, del informe pericial informático, en el punto 5 surge del documento adjunto de "Damico Log. De Movimientos.xlsx surge que en la cuenta de la actora hubo muchos y diversos movimientos en un breve lapso de tiempo el día 06/05/2020 consistentes, en lo que aquí interesa, en Actualizar último login, Validación Cliente Banelco, Validación de Usuario Home Banking, Consultas Posición Consolidada y en el punto 2 y 3 del informe pericial especifica se efectuó la operación: Alta de Préstamo Preemitido y Transferencias de Fondos obtenidos a través del préstamo a la cuenta Caja de Ahorro cuyo CBU 14300017-13007296290012.

Se agrega a ello, que de informe pericial en informática también ha surgido que el sistema no permitía de modo fehaciente determinar la identidad de quien operaba el sistema.

Interpretado lo antes reseñado bajo parámetros de derecho de consumidor en el cual un cliente o usuario de servicios financieros se encuentra frente a una entidad altamente profesionalizada, encuentro que la condición que se erige con categoría de causa jurídica exclusiva para que ocurriera el hecho debatido en autos es la falta de advertencia oportuna del sistema predispuesto por la entidad financiera demandada para detectar una eventual anomalía y en todo caso, de manera oficiosa por medio de una persona dependiente de la entidad bancaria constatar la identidad de la Sra. Damico con el correspondiente diferimiento, no solo de la acreditación de fondos con causa en el mutuo preaprobado sino también en la efectivización de las transferencias a cuentas de terceros.

Ello así, pues como antes enuncié, se produjeron en un exiguo lapso de tiempo algunas acciones en la cuenta de la actora que resultan propias de una eventual maniobra defraudatoria como la que efectivamente ocurrió y que la entidad no detectó.

Ello se agrava si la entidad financiera, pese a brindar canales de operación 7 días por 24 horas, no brinda asistencia personalizada a través de un canal de comunicación apto que tenga injerencia y debido control por parte de un operador sobre actividades que sin dudas pueden calificar de sospechosas respecto de la comisión de una defraudación, tal

como en el caso ha ocurrido.

Debo recordar que si bien la entidad financiera, no solo a través de su contestación de demanda sino también a partir de la declaración testimonial de su Jefa de Investigaciones Especiales, Sra. Carunchio, explicó que el desempeño estaba acorde a la normativa del BCRA, cierto es que en el marco de derecho de consumidor la optimización de los servicios en pos de incrementar la protección de la seguridad e intereses económicos de los consumidores conforme a la letra del art. 42 del la Constitución Nacional debe tener equivalencia entre las opciones para concretar el servicio a través de canales no presenciales que dinamizan la actividad y las opciones para velar por la seguridad de la misma a través de una atención personalizada y detección de alertas.

De este modo, si ante la advertencia de la masividad de casos como el aquí tratado, lo que demuestra la debilidad del sistema implementado respecto de préstamos preaprobados, el BCRA emitió la Comunicación A 7319 que exige la verificación fehaciente de la identidad de las personas usuaria de servicios financieros, como así también que los puntos de contacto no hayan sido modificados recientemente, a lo que se agrega que una vez que sea verificada la identidad del usuario la entidad financiera deberá comunicarse a través de todos los puntos de contacto disponibles para transmitir que el crédito se encuentra aprobado; todo ello con el objeto de evitar mediante una optimizada prestación del servicio hechos como el aquí tratado, cierto es que una entidad bancaria profesionalizada como la demandada podía tomar debidos recaudos con antelación a que la autoridad central lo prescribiera para prever y evitar con debida diligencia frente a sus clientes - consumidores- hechos como el aquí tratado.

Se ha dicho que “Parece de toda obviedad que la conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada (conf. CN Com., esta Sala, ‘Giacchino, Jorge c/ Machine & Man’, del 23-11-95, íd., ‘Molinari, Antonio Felipe c/ Tarraubella Cía. Financiera S.A.’, del 24-11-99, Doctrina Societaria, Ed. Errepar, T. XI, p. 905; entre otros). No puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge ‘Introducción al Derecho del Consumidor’, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 11). Bajo tal óptica examinaré las consecuencias que derivan de la conducta asumida por la entidad

demandada”. (Conf. CNA Com., sala B, en los autos “S., M. S. c/ Banco Credicoop Coop. Ltda. S.A. y otros s/ ordinario”, causa N° 59.943, 15/06/18).

Debo recordar también que la Cámara Civil de Apelaciones de Viedma ha dicho en cita extensa que me permito incorporar a los presente obrados que “Es que, no puede sólidamente sostenerse que, el ingreso con un dispositivo móvil sea suficiente para penetrar el sistema informático sin admitir tal debilidad y falta de información precisa al usuario, ya que, y tal como surge de la denuncia, el cliente bancario resultó ser víctima de un engaño telefónico. La recurrente, insistentemente niega que se haya violado una medida de seguridad de su parte, afirmando que la responsabilidad de la operación ha de endilgarse al propio usuario, omitiendo así que el Banco Central -cual autoridad de contralor y reguladora del funcionamiento de los bancos comerciales, conf. art. 21 ley 21.526- ha dictado variadas comunicaciones que refieren a las obligaciones de las entidades bancarias en aras de garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los usuarios en operaciones de servicios financieros, lo que denota, sin necesidad de mayores comentarios, la intención de aquel ente de prevenir situaciones como la planteada por el denunciante, porque de lo que se trata es que las medidas que se tomen sean suficientes para preservar el deber legal de seguridad (atento conocerse la existencia de este tipo de maniobras que no son hechos imprevisibles) y tender a evitar que terceros obtengan del usuario informes sensibles para acceder sin mayores datos de comprobación a préstamos de manera remota y otorgados en forma inmediata (ver, entre otras, disposición del BCRA del Texto Ordenado de los "Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras" (Comunicación A 6017), donde relevantemente (ptos. 6.3.2.1 y 6.3.2.2) se precisa que las entidades deben desarrollar, proyectar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los canales electrónicos bajo su responsabilidad, con sustento en un estudio de riesgo de actualización mínima anual, detallando también diversas funciones y tareas relacionadas con los procesos de seguridad para los referidos canales electrónicos; Comunicación A n° 6878 (24/01/20), en la cual se dispone (entre otras medidas) que las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas para el desarrollo de actividades ilícitas, como así también que se deberán adoptar medidas internas a efectos de verificar que el movimiento que se

registre en las cuentas guarde razonabilidad con la actividad declarada por el cliente, y se destaca la necesidad de implementación de mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones; Comunicación A n° 7319 (1/07/21), que determina (entre varios recaudos a tener en cuenta) que para la autorización de un crédito pre aprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante técnicas de identificación positiva, además de constatar previamente que los puntos de contacto indicados por el usuario del servicio no hayan sido modificados recientemente, y una vez verificada la identidad de la persona usuaria, deberá comunicarle (a través de todos los puntos de contacto disponibles) que el crédito se encuentra aprobado y que de no mediar objeciones el monto será acreditado en la cuenta a partir de las 48 hs hábiles siguientes.

<http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A6017.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6878.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A7319.pdf>-). Por lo expuesto, se advierte el deficiente control ejercido por la entidad financiera para impedir la efectivización de la maniobra delictiva ya señalada, vislumbrándose que las medidas de seguridad utilizadas por la denunciada claramente no han resultado eficaces para evitar aquélla, de la cual cabe excluir la voluntad de su víctima, pues no incide su posible negligencia o inexperiencia en las herramientas informáticas ante el aporte voluntario de datos personales a partir de un engaño que permitiera violentar el sistema bancario, ya que la concurrencia eventual de responsabilidades no puede liberar, sin más, al banco de los deberes de seguridad a su cargo, en tanto es quien debe extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques informáticos (criterio similar asumido en el fallo emitido por el Juzg. N° 22 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad de Bs. As., 12/07/21, en autos "C.R.L. c/Banco Macro Sociedad Anónima s/Relación de Consumo", SAIJ: FA 21370013). Es que se impone la responsabilidad de aquel que pone a disposición en el sistema financiero determinada modalidad de gestión y elige sus medidas de seguridad, en tanto proveedora en una relación de consumo. De tal manera, si el presupuesto básico del servicio que presta y ofrece una entidad financiera implica que aquéllos sean gestionados y brindados con total seguridad para el cliente usuario, ello tanto cuando se lo haga en forma personal como cuando sea por medios mecánicos o electrónicos, entonces, si el banco invita al usuario a relacionarse comercialmente a partir de una modalidad nueva, debe necesariamente procurar la misma seguridad que si tal

operatoria lo fuera realizada en forma personal, otorgando de tal manera al consumidor confianza en el medio empleado”. (Conf. Cam. Civil y Com. Ira Circunscripción “Agencia de Recaudación Tributaria -Dpto. Defensa del consumidor- Prov. Río Negro en autos: Cardozo Rody Mike c/Banco Patagonia -Expte. N° 2020-00076302-GDRNE-MEVDC ART s/APELACION (c)”).

Debe recordarse nuevamente que el sistema de reparación de daños a consumidores es objetivo y solidario. Ello significa que para que el demandado pudiere librarse de aquella responsabilidad -objetiva- debió demostrar que la causa del daño le es ajena (conf. art. 40, últ. pár. de LDC).

Es así que resulta evidente que la empresa demandada, en función de su presumida profesionalidad, es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos y además conforme a los lineamientos proteccionistas -art. 3 LDC, art. 1094 y 1095 CCyC- del régimen de responsabilidad aludido, en su cabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de responsabilidad, pues la actora -consumidor- está relevada de la prueba de la incidencia causal.

Entonces, a tenor de los elementos probatorios ya reseñados y valorados en autos, surge como consecuencia que el Banco Patagonia SA ha incumplido con el deber de seguridad que se encuentra implicado en toda contratación enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, así como también con el deber de custodia y seguridad de los fondos de la Sra. Damico ante el desconocimiento de la operación de contratación de préstamo por parte de su cliente.

Por otro lado, también se observa que relacionado con la garantización de la seguridad de los fondos de la Sra. Damico, se encuentra el deber de informarle y advertirle, lo que por otro lado para la entidad bancaria consistía, no solo en informarle a la actora sino en constatar que efectivamente ella hubiera tomado un préstamo preaprobado incumpliendo así las obligaciones establecidas en los

artículos 4 y cc de la Ley de Defensa del Consumidor.

Señala la doctrina “El deber de información reconoce ciertas características... El fundamento del deber de información (...) está dado por la desigualdad que presupone que solo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no

hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables. La protección en favor del consumidor o profano se sustenta en una suerte de presunción de ignorancia legítima (CN Fed. Cadm. Sala II, 06-05-99, Poggi, José M. c/Secretaría de Comercio e Inversiones, J.A.2000-III-381), lo que justifica la minuciosa regulación legal del deber de informar a cargo del proveedor”. (Conf. Wajntraub Javier H. “Régimen Jurídico

del Consumidor” Comentado, 1ed. Revisada 1 reimpresión, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 43).

Por otro lado “La obligación de informar cuenta con una manifestación específica en el deber de advertencia, cuyo significado consiste en “poner a disposición del consumidor la información necesaria y suficiente para alertar de aquellos riesgos que pueden entrar un producto o servicio, con el propósito de evitarle daños. Esta noción refleja el carácter instrumental que el deber de advertencia ostenta respecto de la obligación de seguridad” (Conf. Hernández y Frustagli en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, T° I pág. 80, citado por Wajntraub Javier H. “Régimen Jurídico del Consumidor” Comentado, 1ed. Revisada 1 reimpresión, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 65).

Conclusión: Por todo lo expuesto hasta aquí concluyo entonces que el aporte causal para la ocurrencia del hecho y conforme a lo antes expuesto corresponde en el marco de derecho de consumidor que nos ocupa exclusivamente a la entidad bancaria demandada por una defectuosa prestación del servicio, lo que la torna responsable del hecho aquí debatido -art. 40 y cc de la LDC-, todo ello valorado en relación al marco protectorio al consumidor de orden público y de génesis constitucional de nuestro ordenamiento jurídico; y sin perjuicio del elemento daño que se tratará en el punto subsiguiente.

XII.- El daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.

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

El daño es “...todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)”;

“...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de

Córdoba, Sala C Com. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)”; ya que “...si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CN Civ., sala B, 28/9/84, E.D.112-233)”. Además, “...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L.1998- C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).

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

Sentado ello, la actora identificó como rubros cuya indemnización pretende la de daño emergente, moral y punitivo.

XII.1. Daño Emergente: La actora solicita como devolución la suma de \$ 382.864 conforme Punto VI.A de demanda.

Atento a que ya se encuentra resuelta la nulidad del contrato como así también que la responsabilidad por el hecho ocurrido lo ha sido exclusivamente en cabeza de la demandada, surgen aplicables plenamente los efectos del art. 390 del CCyC, por lo que la entidad bancaria, deberá efectuar la devolución de los montos que en su caso hubiera percibido con causa en la devolución de montos correspondientes al contrato de mutuo debatido en estas actuaciones.

A los fines de determinar el monto que pudiera existir de devolución con más sus intereses desde su efectivo débito conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial es que las partes podrán presentar conjunta o indistintamente la correspondiente liquidación por este concepto dentro de los 10 días de quedar firme la presente, la que devengará intereses desde su aprobación conforme a calculadora oficial y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago.

Tengo presente, no obstante, que oportunamente se emitió medida cautelar al respecto

en fecha 1/7/2021, por lo que lo aquí dispuesto se relaciona exclusivamente con eventuales descuentos que podrían haber ocurrido no obstante la efectivización de la medida y la corrección efectuada por la demandada al contestar el traslado del hecho nuevo introducido por la actora.

XII.2. Daño Moral: Por éste rubro la actora solicita el monto de \$ 250.000 conforme Punto VI.B de demanda.

En el ámbito contractual se ha dicho que “el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos espirituales (cfr. CCC Ros, Sala I, 05.09.2002, Capucci c. Galavisión V.C.C. S.A”, Zeus91-J-245; v. tb.Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p. 205, N°557; ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, p. 264), aclarándose que no todo incumplimiento contractual apareja, per se, daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales, sino que es preciso que el incumplimiento trascienda de lo meramente material involucrado en lo contractual, a lo emocional, es decir, la noción del agravio moral se vincula al concepto del desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, no equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda provocar el incumplimiento contractual, ya que tales vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Rosario, Santa Fe en: Ac. N° 470 del 28.12.2011, causa “Volpatto c. Cali”; Ac. N° 407 del 11.11.2011, causa “Fernández c. Wulfson”; Ac. N° 391 del 04.11.2011, causa “Testa c. Gorriño”, entre otros -Conf. CA Civil Viedma, en autos caratulados “Telic Vladimiro Roberto c/ Volkswagen Compañía Financiera s/ daños y perjuicios (Ordinario)”, 31-05-2017).

Asimismo, conforme ha puesto de manifiesto en la sentencia dictada por CAV en autos "Melivilos Belisle Nélica C/Sindicato De Trabajadores Viales Provincia De Río Negro S/ Ordinario", Expte. N° 8278/2017 (10-10-2018 voto del Dr. Ariel Alberto Gallinger): "en materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual solo puede existir en la hipótesis de incumplimiento

intencional, (cfr. Llambias, J.J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, p. 353, n° 270 bis); por el contrario, la referencia del C Civ: 522) "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral", Buenos Aires, 1985, t. IV, ps. 118/119, n° 45; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 730, N° 1; Bueres, A. y Highton, E., "\"Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial\"", Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p. 229; Pizarro, R., y Vallespinos, C., ", ("Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana Cristina y otros. Ordinario CN Com Sala D; 30-04-2009; RC J 16807/09..." (conf. "Ponce Tomas Omar C/ Dietz Fernando Ángel S/ Ordinario. Expte. N° 8090/2016-CAV (voto la Dra. María Luján Ignazi), cabe tener presente que "...para que un incumplimiento contractual conlleve un daño de esta índole, es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser alternativas o incertidumbres propias del mundo delos negocios (conf. Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D "\"Valentinuzzi Roberto Mac/ Centro Milano SaS/Sumarísimo\"", en fecha 18.08.16)".

A ello agrego que el capítulo de daño moral en el marco del derecho del consumidor y aplicado al caso está relacionado directamente en este caso particular con las consecuencias que la falta de seguridad en el sistema implementado por la entidad financiera demandada tuvieron en las esfera extrapatrimonial de la actora, agravado ello en la misma esfera por la falta de una respuesta adecuada al caso una vez ocurrido y denunciado en función de su presumida profesionalidad y la persistencia en la vigencia de ejecución del préstamo efectuado, todo lo cual se traduce en una situación disvaliosa con evidentes consecuencias en las esfera extrapatrimonial que debe ser reparada conforme art. 1741 del CcyC.

En ese sentido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$ 500.000.

Asimismo, para las sumas determinadas precedentemente se adita una del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario – desde la fecha del hecho (6-5-2020) hasta la fecha de sentencia -4 años, 4 meses y 17 días o 1601 días lo cual totaliza un 35,22 %

lo que hace, en consecuencia, que la suma pura para el Sr. Herrero ascienda a \$ 676.100 conforme a parámetros del fallo del STJ "Garrido, Paola Cancina C/ Provincia De Río Negro S/ Ordinario S/ Casación" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89. a partir de la fecha del presente decisorio y sin solución de continuidad devengará hasta el momento del efectivo pago interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J. en lo sucesivo fije.

XII.3.- Daño Punitivo: Por éste rubro la actora solicita el monto de \$ 2.000.000 conforme Punto VI.C de demanda.

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

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

También se ha dicho que “el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los

antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo

cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave por derechos individuales o de incidencia colectiva" (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. "Reformas a la ley del consumidor". LA LEY 16-03-2009. La ley 2009-B, 949). (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados "Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...", Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01-07-14).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. (ver: Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecabras, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván - Abreviado- Exp. N° 1745342/36", Sentencia N°: 181, Fecha: 27-10-2011, Semanario Jurídico: n°: 1846, del 1/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321).

Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder frente al incumplimiento de la obligación de seguridad y debida custodia de los fondos que se presumían tomados por la usuaria de servicios financieros, a lo que agrego que una vez adquirido el conocimiento de los acontecidos por la entidad financiera el trato dispensado a la actora no puede ser calificado de digno conforme a los estándares previsto por la LDC, extremos que ha de considerarse de suficiente gravedad en el caso aquí tratado, todo lo cual me lleva a la

convicción de tener por comprobada la violación del art. 8 bis de la LDC interpretado en función de las previsiones del art. 52 bis de la LDC.

De este modo, en orden a ello he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa a la fecha de la sentencia fijándola conforme a parámetros del art. 47 citado en el art. 52 bis de la LDC y fundamentos dados en el presente.

Considerando de acuerdo con circunstancias del caso en la suma de \$ 1.500.000 a la fecha de la presente siendo que de ahí en más y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago devengará intereses conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

XIII.- Conclusión: Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por la Maria Irene Damico en fecha 17/06/2021 y conforme fundamentos dados en Puntos X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia SA a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 676.100 por Daño Moral y la suma de \$ 1.500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Puntos XII.2 y XII.3 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J., y diferir la cuantificación del rubro daño emergente conforme a pautas dadas en Punto XII.1.

XIV.- Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costase imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.

Así, tomando como base esas tres posturas y con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y los derechos en juego, el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora exclusivamente.

En consecuencia, las costas de imponen a la demandada vencida- art. 68 del CPCC.

Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello en tanto

aún resta cuantificar el rubro daño emergente conforme Punto XII.1.

RESOLUCIÓN:

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por la Maria Irene Damico en fecha 17/06/2021 y conforme fundamentos dados en Puntos X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia SA a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 676.100 por Daño Moral y la suma de \$ 1.500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Puntos XII.2 y XII.3 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J., y diferir la cuantificación del rubro daño emergente conforme a pautas dadas en Punto XII.1.

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del CPCC) y diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello en tanto aún resta cuantificar el rubro daño emergente conforme Punto XII.1.

III.- Registrar, protocolizar y notificar conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 36/2022.

Leandro Javier Oyola

Juez