

Viedma, 19 de mayo de 2025.

**EXPEDIENTE: "SILVA, ANA INES C/ BANCO PATAGONIA SA Y OTROS S/
ORDINARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS" - EXPTE. N° VI-01351-C-2023**

ANTECEDENTES:

1.- En fecha 17/08/2023 se presenta Ana Inés Silva, por medio de apoderadas y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Patagonia SA y Telefónica Móviles Argentina SA por la suma de \$ \$8.959.000 con el objeto de que se indemnice a la actora por daño material, daño moral y daño punitivo, todo con más intereses y costas a cargo de las demandadas. Asimismo, solicitan el beneficio de gratuidad conforme lo establecido en el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Refieren que el día 13/10/2022, alrededor de las 12 hs. Silva intentó ingresar a la plataforma de Homebanking desde su celular N° (02920) 629648, observó que no respondía al comando de funciones y en la pantalla del celular indicaba “Sólo llamadas de emergencia”.

Agregan que sólo funcionaba como navegador de internet con wifi. Explican que solía ocurrir que la aplicación móvil presentara anomalías, por lo que la actora operó con la computadora, ingresó a su cuenta del Banco Patagonia, CA\$299023237, verificó que el plazo fijo se había acreditado en su cuenta, realizó un pago y cerró la aplicación.

Afirman que ese mismo día ingresó cerca de las 19 hs. al Homebanking para renovar el plazo fijo. En la cuenta, solo había \$8.000 de los \$2.967.000 que debería haber como saldo. Expresan que la actora constató ocho operaciones financieras: seis debin y dos transferencias por la suma total de \$2.959.000, que no fueron realizadas por ella. Detallan los movimientos.

Refieren que concurrió con su hija Nadia Y. Marini Silva a la terminal de Cajeros Automáticos del Banco Patagonia, Sucursal de calle Tucumán N° 49 de Viedma y verificó los movimientos. Indican que a esa hora el Banco estaba fuera de horario de atención al público, y que no pudo contactar a un operador desde el teléfono que hay en la Sucursal.

Relatan que la línea telefónica de Silva seguía inactiva y solo funcionaba para llamadas de emergencia, por lo que se comunicó a la empresa Movistar desde el celular de su hija. Le informaron que se había registrado un cambio de chip el día 13/10/2022 y fue

notificado al correo electrónico "gabii.marini@hotmail.com". Silva explicó a Movistar que no había solicitado el cambio de chip y la empresa solo respondió que podía dar de baja la línea anterior y activar una nueva. La operadora solicitó nombre completo y DNI por lo que en minutos se restableció su línea telefónica.

Manifiestan que el hijo de la actora, Gabriel, recibió un correo de Movistar en el Spam el día 13/10/2022 a las 12.05 el cual indicaba que habían detectado una solicitud de cambio de chip y le informaban que en caso de no haberlo gestionado tomaran contacto con la empresa por sus redes sociales o al *611. Agregan que el día siguiente respondió el correo informando que no había solicitado un cambio de chip en su línea.

Destacan que el día 14/10/2022, Silva concurrió con su hija al Banco Patagonia SA a fin de solicitar la intervención de la entidad y recuperar el dinero. Desde la entidad fue atendida luego de una larga espera y le indicaron que debía efectuar la denuncia penal correspondiente a fin de poder ingresar el reclamo. Se le entregó un formulario, que transcribe en su totalidad, en el cual solo figuraban las transferencias bancarias, pero no los debin. A su vez enumeran los comentarios que recibió en el Banco en ese momento.

Resaltan que el día 18/10/2022 la actora formuló reclamo por escrito al Banco Patagonia y presentó una nota en Movistar poniendo en su conocimiento que no había peticionado el cambio de chip.

Enuncian que la actora efectuó presentación en el Departamento de Defensa del Consumidor, detallan la conducta del Banco Patagonia SA en el expediente de Defensa del Consumidor y aclaran que la presentación fue archivada.

Efectúan el encuadre jurídico dentro del sistema consumeril y se expiden sobre la responsabilidad de las demandadas.

Practican liquidación y solicitan medida cautelar conforme los términos del art. 95, 200 inc. 2) y 230 del CPCC Ley 4142, vigente al momento de su dictado.

Fundan en derecho, hacen reserva del Caso Federal, ofrecen prueba y concretan el petitorio.

2.- Conforme providencia de fecha 23/08/2023 se le asigna al trámite el proceso ordinario y se concedió el beneficio de gratuidad. Se hizo la salvedad respecto de lo resuelto en autos VI-01797-C-2022 "Silva, Ana Inés C/Banco Patagonia SA S/Medida Cautelar (AUTÓNOMAS) – Medida Cautelar". Se ordenó el traslado de la demanda y

la vista al Ministerio Público Fiscal, la cual fue evacuada en fecha 31/08/2023.

3.- En fecha 06/09/2023 se presenta el Banco Patagonia SA mediante apoderada y solicita la nulidad de la notificación cursada a la entidad. Argumenta que fue notificada en el domicilio electrónico constituido por el Banco Patagonia SA para trámites administrativos de apertura de cuenta y oficios judiciales.

4.- En fecha 08/09/2023 la actora amplía la demanda. Sostienen que con motivo de la identidad sustituida de la actora el Banco comenzó a debitar la comisión mensual por mantenimiento de cuenta. Agregan que al no contar más con el plazo fijo perdió la bonificación que se encontraba supeditado a la constitución de plazo fijo o al hecho de mantener cierta cantidad de dinero. Indican que el origen de la pérdida de la bonificación es una consecuencia directa o inmediata del nexo de causalidad adecuado con el hecho productor del daño. Por tal razón solicitan que se amplíe la demanda incluyendo los montos debitados en el rubro “daño material”.

Peticionan que se amplíe la medida cautelar a fin de que el Banco se abstenga de debitar el concepto “mantenimiento de cuenta”.

En fecha 11/09/2023 se resolvió decretar la nulidad de la notificación al Banco Patagonia SA y se ordenó el traslado de la demanda conforme las previsiones del art. 339 y cc. CPCC, 120 y 135 CPCC Ley 4142 vigente al momento de su dictado.

En fecha 12/09/2023 se presentó la actora, reiteró la petición de ampliación de la medida cautelar.

En fecha 18/09/2023 se recepitó la solicitud de ampliación de la medida cautelar como consecuencia de lo resuelto en autos "Silva, Ana Inés C/Banco Patagonia SA S/Medida Cautelar (Autónomas)- Medida Cautelar" VI-01797-C-2022 (I0009).

En fecha 27/09/2023 la demandada Banco Patagonia SA interpone recurso de reposición con apelación en subsidio (E0012), el cual es contestado por la actora en fecha 11/10/2023 (E0013). En fecha 19/10/2023 la demandada Banco Patagonia SA interpone recurso de reposición (E0014).

5.- En fecha 20/10/2023 se presenta el Banco Patagonia SA mediante apoderados, contestan la demanda incoada en su contra y solicitan su rechazo. Desconocen toda la documental acompañada en el escrito de la actora.

Efectúan un relato y describen los hechos conforme la postura de la entidad. Refieren que no se encontraron inconsistencias en el sistema. Agregan que la cuenta de Silva, el acceso a Homebanking y Mobile Banking funcionó correctamente el día 13/10/2022. No se verificó, en el sistema del Banco, un cambio de clave de acceso ni una modificación en los datos del cliente (teléfono, correo electrónico u otro).

Señalan que, frente al reclamo de la actora sobre los movimientos en la cuenta, se verificaron las operaciones realizadas el día 12/10/2022. Aclaran que la hija de la actora es co-titular de la cuenta. Enuncian que el día 13/10/2022 ingresó a la plataforma mobile banking con usuario y clave correcta y se efectuaron las transferencias que la actora denuncia como no realizadas por ella. Explican que para efectuar transferencias es necesario usar el doble factor de seguridad o token. Asimismo, se envió un mensaje al teléfono celular registrado en el Banco por lo que ese es el motivo que se le informó que no hubo vulneración en el sistema de seguridad del Banco.

Sostienen, en todo caso, que se desprende del relato de la actora que, en caso de haber existido disposición de fondos de la cuenta bancaria de la actora por un tercero, el mismo se produjo como consecuencia de la conducta negligente de un tercero - Empresa de telefonía móvil Movistar - y el dolo de otro - tercero desconocido - ajenos al banco y por quienes Banco Patagonia SA no debe responder.

Niegan todos los hechos relatados por la actora. Se expiden sobre los supuestos incumplimientos argumentados por Silva, detallan la actividad desarrollada en torno a los reclamos de la actora e impugnan la liquidación practicada.

Fundan en derecho, solicitan citación subsidiaria a la firma Telefónica Móviles Argentina SA, hacen reserva del Caso Federal al que denominan Cuestión Constitucional, ofrecen prueba y concretan su petitorio.

6.- En fecha 03/11/2023 contesta la actora (E0018) el traslado del recurso de reposición interpuesto por Banco Patagonia SA.

7.- En fecha 03/11/2023 se presenta Telefónica Móviles Argentina SA Movistar, mediante apoderados, contestan la demanda incoada en su contra y solicitan su rechazo. Desconocen toda la documental acompañada en el escrito de la actora y aclaran expresamente que reconocen la que emana de su parte. En tal sentido reconocen la respuesta brindada por Telefónica Móviles Argentina SA ante Defensa del consumidor

y al Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Río Negro.

Niegan por imperio procesal todos y cada uno de los hechos relatados por la actora en la demanda, con excepción de aquellos que sean reconocidos de su parte en forma expresa.

Señalan que, de acuerdo a los registros que surgen de la empresa, la línea de la actora el día 13/10/2022 efectuó un cambio de Simcard autogestionable en forma remota, mediante la modalidad denominada “autogestión”. Explican en qué consiste el cambio y la posterior rehabilitación de la línea a solicitud de la clienta en fecha 21/10/2022. Agregan que la empresa recibió una denuncia por parte de Silva en fecha 07/11/2022.

Refieren que toda esta información ha sido oportunamente brindada en el marco de la denuncia penal efectuada por la actora, Legajo N° MPF-VI-03577-2022, Expediente N° 22/2100/OITEL, Caratulado “Silva Ana Inés C/NN S/Estafa”.

Manifiestan que la empresa toma todos los recaudos posibles para garantizar la seguridad de los clientes y concluye que lo ocurrido a Silva responde a una ineficiencia en el servicio que presta la codemandada, Banco Patagonia SA. Señalan que los bancos, a fin de concretar operaciones, envían mensajes de SMS con códigos que son recibidos en los teléfonos, cuestión que le resulta ajena a Telefónica Móviles Argentina SA Movistar.

Indican que no fueron citadas como demandadas a la audiencia efectuada ante la CIMARC.

Se expiden sobre la liquidación practicada y plantean la improcedencia de los rubros y sostienen que la pretensión de la actora implica un enriquecimiento sin causa. Se manifiestan respecto de la ampliación de la demanda y niegan su responsabilidad al respecto por tratarse de una actividad de la entidad financiera co demandada.

Fundan en derecho, solicitan citación subsidiaria a la firma Banco Patagonia SA, hacen reserva del Caso Federal, ofrecen prueba y concretan su petitorio.

8.- Corrido el traslado a la actora, en fecha 21/11/2023 se presenta e indica que desconoce toda la documental acompañada por la demandada Telefónica Móviles Argentina SA.

9.- En fecha 27/11/2023 se dicta sentencia interlocutoria (I0016) y se resuelve el planteo

efectuado por Banco Patagonia SA.

10.- En fecha 27/11/2023 ante la existencia de hechos controvertidos, se fijó la audiencia prevista por el art. 361 del CPCC (Ley 4142 vigente al momento de su celebración), de la que da cuenta el acta obrante en PUMA de fecha 27/02/2024, proveyendo las pruebas ofrecidas por las partes.

Cabe destacar que en fecha 02/10/2024 (I0079) la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Familia y Minería resolvió confirmar la providencia de fecha 18/09/2023.

11.- En fecha 27/11/2024 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del término probatorio, se decreta la clausura y se ponen los autos para alegar, por lo que en fecha 16/12/2024 la actora presenta sus alegatos, en fecha 04/12/2024 hace lo propio Telefónica Móviles Argentina SA y en fecha 06/02/2025 Banco Patagonia SA.

En fecha 25/02/2025 se llama a autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO:

I.- De acuerdo con el modo en que la Litis quedara trabada, la cuestión a resolver en autos radica en determinar si corresponde atribuir responsabilidad al Banco Patagonia SA y a Telefónica Móviles Argentina SA Movistar en el marco de la relación que las ha unido conforme la Ley de Defensa al Consumidor, y en su caso, determinar la procedencia o no de los rubros requeridos por la actora y la cuantificación de estos.

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

La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigor de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el contrato de autos, lo es de conformidad a la nueva Ley.

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la

norma de modo expreso. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.

En orden a esa determinación y conforme a la fecha de ocurrencia de los hechos he de aplicar para resolver el presente caso, el CCyC, la ley de Defensa del Consumidor vigente (Ley N° 24.240 ref. 26.361) y la Ley N° 25891 sobre Servicios de Comunicaciones Móviles.

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

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

III.1.- La comercialización de servicios de comunicaciones móviles: La Ley 25891 establece que "podrá realizarse, únicamente, a través de las empresas legalmente autorizadas para ello, quedando prohibida la actividad de revendedores, mayoristas y cualquier otra persona que no revista ese carácter" (art. 1). Como consecuencia de eso, las empresas encargadas de la comercialización de dichos servicios (equipos o terminales móviles) tienen la obligación de "registrar y sistematizar los datos personales, filiatorios, domiciliarios, que permitan una clara identificación de los adquirentes" (art. 2).

A su vez, el art. 3 regula los servicios que los licenciatarios de Servicios de Comunicaciones Móviles (SCM) deberán establecer e intercambiar entre sí, juntamente con la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), diariamente, el listado de terminales robadas, hurtadas o extraviadas informadas por sus clientes como así también negarse a otorgar servicio a quien lo solicitare mediante la utilización de terminales incluidas en el registro o base de datos creado al tal efecto.

Asimismo art. 9 establece que “La violación o incumplimiento de lo instituido en los artículos 3°, 4°, 5°, 7° y 8° de la presente será considerado falta grave, en los términos del régimen sancionatorio aplicable a los licenciatarios de telecomunicaciones”.

Destaco, por su parte, lo dispuesto en la Resolución 8507 – E/2016 cuya finalidad es, precisamente, garantizar la validación adecuada de la identidad usuarios del servicio de telefonía (ver Anexo I de la Resolución citada). Del Reglamento para la Nominatividad y Validación de Identidad de los Usuarios Titulares de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por la reglamentación antes citada, surge que las "Las Prestadoras del Servicio de Comunicaciones Móviles deben contar con un sistema de nominación y

validación de la identidad de sus usuarios titulares de forma presencial o remota, sea por sí o por terceros, de conformidad con lo establecido en el presente, que permita su registración" (art. 3).

Y es a través de este sistema donde se produce la notificación a los usuarios de los servicios bancarios. Vale decir, los números telefónicos brindados a la entidad bancaria por los clientes son aquellos a los cuales el Banco Patagonia SA notifica vía SMS sobre la interacción sobre sus cuentas.

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

Ha dicho reconocida doctrina que "El contrato bancario es, en general, celebrado por adhesión a cláusulas generales. Es en virtud de la masividad de los vínculos que es necesario recurrir a una redacción unilateral, rígida y dirigida a un público indeterminado. En la mayoría de los casos estas cláusulas generales están elaboradas como una invitación a ofertar, la que, luego de llenada y firmada por el adherente constituyéndose en oferta, es analizada por el banco y aceptada. Se aplica el régimen de interpretación contra estipulato 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 con el 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).

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. 356 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’ o ‘prueba compartida’ consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación”. (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c/ P.S. y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).

En efecto, la Ley citada, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”; en referencia al prestador del servicio. También el art.

53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. En estos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...)", por el contrario, “(...) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. “Aspectos procesales”, cit. LL 2010-C-1281 y sigtes”. (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c/ P.S. y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2015).

VI.- Efectuadas 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. 356 del CPCC y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 3 del CCyC.

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 cliente del Banco Patagonia SA respecto de servicios financieros brindados por esa entidad bancaria y también cliente de Telefónica Móviles Argentina SA Movistar en el marco de servicios de comunicaciones móviles al momento de los hechos.

Es en el marco de esa relación jurídica que surgen debatidas las circunstancias mediante la cual Telefónica Móviles Argentina SA Movistar autorizó un cambio de Simcard y las consecuencias que ello tuvo en la actora respecto del Banco Patagonia SA, siendo que para la actora no ha habido una debida prestación de consentimiento respecto del cambio de Simcard que realizó Telefónica Móviles Argentina SA Movistar y consecuentemente tampoco autorizó la transferencia de los fondos existentes en su cuenta bancaria hacia cuentas de terceros, mientras que para las demandadas la actora ha otorgado voluntariamente su consentimiento razón por la cual el cambio de Simcard y las consecuentes transferencias las eximen de responder por los daños y perjuicios

sufridos.

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

VI.1.-Documental:

VI.1.1.- Documental acompañada por la actora – presentada en PUMA 17/08/2023-
: Poder especial; Acta de denuncia penal; Expte. Departamento de Defensa de los Usuarios y Consumidores N° 473117-2022; Detalle de asiento (fojas 8); Correo electrónico enviado por calidaddetancion@bancopatagonia.com.ar a nadmarini@hotmail.com de fecha 10/11/202 con Resolución al reclamo N° 2294893422; Correo electrónico enviado por MOVISTAR de fecha 13/10/2022 a las 11:19 am; Nota presentada a Movistar de fecha 17/10/2022; Nota presentada al Banco de fecha 18/10/2022; correo electrónico enviado por Nadia Marini a Defensa del Consumidor de fecha 10/11/2022; Formulario “Tarjeta de Crédito/Patagonia 24 Transacciones no reconocidas” del Banco Patagonia; Resolución Fiscalía N°3 causa: Silva Ana Inés C/NN S/ Estafa” LEG.MPF-VI-03577-2022; CD N° 200375984 de Correo Argentino enviada por la Silva a Banco Patagonia de fecha 22/11/2022; CD N° V0016402-2 de Oca enviada por Banco Patagonia a Silva; Constancia de solicitud de préstamo; Formulario N° 5 de mediación de Legajo “Silva Ana Inés C/ Bancto Patagonia SA S/Mediación” Leg. N° 01104-VICM-2022.

VI.1.2.- Documental acompañada por la demandada -presentada en PUMA 20/10/2023-: Resúmenes de cuenta donde constan detalles de las operaciones de la actora, acreditaciones de plazo fijo y transferencias efectuadas. Ofrece la página web oficial de la entidad www.bancopatagonia.com.ar.

VI.1.3.- Documental acompañada por la demandada Telefónica Móviles Argentina SA Movistar -presentada en PUMA 03/11/2023-: Copia del Poder General Judicial; Oficios: N° 1259929 y N° 1264875 en respuestas a los requerimientos del Ministerio Público Fiscal Río Negro en el marco del Legajo N° MPF-VI-03577-2022, Expediente N° 22/2100/OITEL, Caratulado “Silva Ana Inés C/NN S/Estafa”; Constancias de correo enviados al Ministerio Público Fiscal de Río Negro; Capturas de reportes de titularidad correspondientes a la línea 2267254557 y 2829142553.

VI.1.4.- Reconocimiento de documental subsidiaria:

Movistar Sucursal Viedma -agregada a PUMA en fecha 20/11/2024-: Informa sobre el cambio de la Simcard; describe el reemplazo mediante sistema de auto gestión. Aclara que se efectuó de forma remota y sin que se viera involucrado personal de la Empresa Telefónica Móviles Argentina SA. Indica que la sim blanca fue asignada al un punto de venta, RGCOM SRL. CUIT 30712348980 de Plottier, Neuquén. Aclara que el correo electrónico de la casilla de constancia de gestión se dispara automáticamente cuando se completa el proceso de validación de la Sim. Manifiesta que a las 13.14 del 13/10/2022 Silva informó que no tenía servicio, se procesó su solicitud y a las 19.49 se suspendió el servicio. 17/10/2022 registro de consulta atención presencial. 21/10/2022 registra visita de cliente por cambio de Simcard con verificación (I0085).

ANSES -agregado a PUMA en fecha 16/04/2024 (I0045)-: Reconoce la documentación que se le remitió como adjunta e informó dos préstamos otorgados a la actora, cantidad de cuotas y vencimientos. Acompaña historial.

Correo Argentino -agregado a PUMA en fecha 06/05/2024-: Certifica la CD 200.375.984AR, la que tuvo fecha de imposición el 22/11/2022 y recepcionada el día 23/11/2022 por Soraya Orengo.

VI.1.5.- Documental en poder de terceros -agregado a PUMA en fecha 19/03/2024 (I0034)-: Departamento de Defensa del Consumidor. “Silva Ana Inés c/Movistar - Banco Patagonia” EX-2022-00473117- GDERNE-MEVDC#ART. Acta de presentación de Silva, denuncia penal, información brindada por Movistar sobre la línea de la actora, constancia de gestión de cambio de chip del 13/10/2022 12.05 hs., Formulario de solicitud de transacción no reconocida por la actora ante el Banco Patagonia SA 14/10/2022 (fs. 39), correo del Banco Patagonia con movimientos de los débin y transferencias (fs. 41) ([0002-ACTA-2022-00469414-GDERNE-MEVDC_ART.pdf](#)) informes de Movistar, (ver [0013-COPDI-2022-00508747-GDERNE-MEVDC_ART.pdf](#) y [0014-COPDI-2022-00508757-GDERNE-MEVDC_ART.pdf](#)). Resolución de archivo por falta de actividad de los denunciados Res. Conjunta N° 231/23, 15/05/2023 ([0027-RS-2023-00282837-GDERNE-ADC_ART.pdf](#)).

VI.2.- Informativa:

Departamento de Defensa del Consumidor -agregado a PUMA en fecha 06/05/2024-: Enumera sanciones a las empresas demandadas. Expediente “Lasso Conejeros Claudia C/Movistar” EX-2021-00058154-GDERNE-MEVDC#ART,

sanción: \$ 5.000.000 a Movistar por infracción a los Artículos 4° y 19° de la Ley N° 24.240-LDC; “Aballay Victor Hugo c/Banco Patagonia Hipervulnerable-EX-2022-00473664-GDERNE-MEVDC#ART sanción: \$ 5.000.000 a Movistar, por infracción a los Artículos 4° y 19° de la Ley N° 24.240-LDC y los Artículos 29° (Inc. 10) y 47° de la Ley Provincial D N° 5.414.

Ministerio Público Fiscal (fiscalía general) de Río Negro -agregados a PUMA en fechas 03/10/2024 y 30/10/2024-: Movimiento de fecha 03/10/2024 (I0080) y Movimiento de fecha 30/10/2024 (E0104): Detalla y acompaña listado de 41 Legajos correspondientes a las 5 circunscripciones de la provincia de Río Negro correspondientes al delito de Sim Swapping.

Banco Patagonia SA (Gerencia de Seguridad Informática y Protección de Activos de la Información) -agregado a PUMA en fecha 20/05/2024 (E0077)-. Ampliación de informe -agregado a PUMA en fecha 10/06/2024-.

Movimiento E0077: Indica que la entidad toma en consideración las operaciones que habitualmente hacen los clientes. Describe los canales y herramientas de seguridad que posee el Banco. Señala que ante una maniobra sospechosa el Banco procede al bloqueo preventivo de la cuenta del cliente e informa también a Prisma SA para que proceda al bloqueo del homebanking, mobile y pago mis cuentas. Finaliza diciendo que se gestiona la presentación por parte del cliente con la nota escrita formulada por el cliente, detalle de los movimientos desconocidos, denuncia penal o policial.

Movimiento E0088: Informó que el “Banco Patagonia ha tomado conocimiento de denuncias de hackeos de cuentas de telefonía celular con distintas modalidades y características en función de cambios en tarjeta SIM. Los posibles motivos de ataque o hackeos de cuentas de telefonía celular son materia de investigación penal como así también la eventual seguridad de los sistemas de telefonía celular. El reclamo de la Sra. Silva fue registrada en fecha 14/10/2022, y se procedió a realizar el análisis técnico del mismo desde el área de Investigaciones Especiales del Banco”.

Telefónica Móviles Argentina SA -agregado a PUMA-: En fecha 05/04/2024 (I0039): Informa que la línea (2920) 629648 registró el día 13/10/2022 un cambio de SimCard por pedido autogestionable a las 12.04,04 hs. Se deshabilitó el servicio por desconocimiento de la cliente del cambio de SimCard fraude el día 13/10/2022 y se rehabilitó el día 21/10/2022. Se agregan reportes de titularidad

Movimiento 10/04/2024 (I0039): Describe la tecnología en torno a GSM y Tarjeta Sim. Refiere que son tipos de arquitectura celular para la transmisión de datos y voz. Enuncia los motivos por los cuales se produce el cambio de tarjeta Sim. Explica el procedimiento de autogestión relativo al cambio de tarjeta Sim. Clarifica el concepto de Sim Swapping, señala en qué consiste, para qué es utilizado y cómo es posible detectarlo.

Movimiento 19/04/2024 (I0045): Informa que la línea (2920) 629648 registró el día 13/10/2022 un cambio de Simcard por pedido autogestionable a las 12.04,04 hs. Se deshabilitó el servicio por desconocimiento de la cliente del cambio de SimCard fraude el día 13/10/2022 y se rehabilitó el día 21/10/2022.

Movimiento 29/04/2024 (I0048): Reitera información brindada en fecha 19/04/2024.

Movimiento 06/06/2024 (I0072): Indica que “la operación de SIMCARD autogestionable ha sido posible dado que, se dieron los extremos de validación de identidad necesarios para realizar tal gestión. En este caso se registra que el cambio de SIM fue efectuado a través del proceso autogestionable, que prevé que ante la compra de un chip en distintos puntos de venta autorizados al efecto; y mediante la validación de identidad por medio de preguntas de seguridad, se realice el aludido cambio. Es por ello que el cambio de SIMCARD no se realizó en ninguna sucursal de Movistar, sino que el proceso fue completado de manera remota, sin intervención de empleados de la compañía”.

Movimiento 23/07/2024 (I0048): Facilita link de reglamento de Servicio de Movistar, explica procedimiento actual para validar el cambio de Simcard; planilla de validaciones, reclamos efectuados por la actora.

Movimiento 20/11/2024 (I0085): Registro y cambio de la Simcard, amplía informe y señala el momento en que se produjo el cambio.

Enacom -agregado a PUMA en fecha 29/04/2024 (I0048)-: Resolución N° 8507-E/2016 (BO 02/12/16) Reglamento para la normatividad y validación de identidad de los usuarios de servicios de comunicaciones (art. 1). Aclara que no se fiscalizó a la prestadora Movistar.

Movimiento de fecha 30/10/2024 (I0061): Resolución N° 8507-E/2016: “Almacenar y sistematizar la información correspondiente al nombre, apellido, Documento Nacional

de Identidad (DNI) y domicilio de los titulares del referido servicio en un Registro de Identidad de Usuarios Titulares del Servicio de Comunicaciones Móviles, sistema que será desarrollado, operado y administrado a su costo, y cuya información deberá estar disponible para el eventual requerimiento del Ministerio Público Fiscal y/o los Poderes Judiciales, Nacional, Provinciales, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2°). Nominar y validar las identidades de la totalidad de las líneas de telefonía móvil activas, sea la modalidad de contratación prepaga, pospaga o mixta, conforme con las pautas y en los plazos previstos en el Reglamento aprobado por el Artículo 1° de la presente Resolución (art. 4°)".

Movimiento de fecha 31/07/2024 (I0073): Resolución Enacom N° 263/2023:Anexo I del Reglamento para la normatividad y validación de identidad de los usuarios titulares de los servicios de Comunicaciones Móviles": " Para las modificaciones comerciales y/o técnicas de las líneas, que puedan ser consideradas como transacciones críticas o sensibles, las PSCM deberán revalidar la identidad de su usuario empleando mecanismos de validación de sus Datos biométricos, utilizando técnicas de prueba de vida activa o pasiva. En caso de utilizar imágenes de rostros, éstos deberán capturarse utilizando los lineamientos de la Normativa 9303 de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) Para los casos en los que ello no fuera posible, las PSCM deberán utilizar mecanismos de Validación de Identidad de múltiples pasos o factores".

Banco Central de la República Argentina -agregado a PUMA en fecha 11/04/2024, 30/05/2024 y ampliación de fecha 05/07/2024-.

Movimiento 11/04/2024 (I0040): Destaca que esa oficina no recibe denuncias ni se realizan investigaciones relacionadas con delitos tipificados como penales, por lo que no cuenta con información relativa a "hacks de cuentas de telefonía celular" ni a " sim Swapping", no cuenta con información desagrega respecto a este tema. Agrega que la oficina no tramitó ningún reclamo sobre la actora.

Señala que, de acuerdo con la evaluación realizada a la entidad del 18 abril al 20 de mayo de 2022, referida a la seguridad en sus sistemas informáticos y tecnológicos, no se detectaron debilidades relacionadas con los puntos solicitados.

Movimiento de fecha 30/05/2024 (I0073): Señala que "A partir del 6-9-23 las EEFF deben cumplir con los "Requisitos mínimos para la gestión y control de los riesgos de tecnología y seguridad de la información. Texto ordenado." a los que se puede acceder

en la página web del BCRA a través del siguiente link:<http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A7777.pdf> publicada el 1/06/2023 y vigente a partir del 06/09/2023. Estos requisitos se complementan con la Com. A 7783, “Requisitos mínimos para la gestión y control de los riesgos de tecnología y seguridad de la información asociados a los servicios financieros digitales”, a la que se puede acceder en la página web del BCRA con el link <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A7783.pdf>.”

Movimiento de fecha 05/07/2024 (I0071): Indica que “según la evaluación realizada a la entidad del 18 abril al 20 de mayo de 2022, referida a la seguridad en sus sistemas informáticos y tecnológicos, no se detectaron debilidades relacionadas con los puntos solicitados”.

V.3.- Informes periciales:

V.3.1.- Informe Pericial contable -agregado a PUMA 10/04/2024-. Amplía informe -agregado a PUMA en fecha 17/04/2024 y 25/04/2024-: Elaborado por Contador Público Jorge Daniel Wainstein. Aclara que se analizó la documentación que consta en autos y Documental remitida al perito vía correo electrónico, la cual se adjuntó en el Anexo I y II.

Explica que Telefónica Móviles Argentina SA, salvo dolo, lleva en legal forma los libros.

Detalla en un cuadro los datos correspondientes a la línea de titularidad de la actora. En lo que aquí interesa, la línea tenía una suspensión desde el día 13/10/2022 sin deuda. El domicilio de facturación era en calle Tierra del Fuego 110 de Viedma.

Detalla la operación de Simcard, suspensión y rehabilitación correspondiente (ver cuadro correspondiente a la Pregunta 3). Señala la operación de cambio de chip el día 13/10/2022, con N° de orden 2008224732A. El modo de orden fue por delivery, el canal de ventas Masivo y originador esbproxy1. Tanto la suspensión de la línea como la rehabilitación fueron efectuadas por personas (fgpardo en el caso de la suspensión y mgalvez en el caso de la rehabilitación). Estos últimos con código de venta.

Explica la forma en que se valida el cambio de Simcard de manera autogestionable. Para ello, señala, el cliente tiene que validar su identidad con el Número de Trámite de DNI, cuya veracidad verifica la empresa con RENAPER. En el siguiente paso, el cliente

debe responder cinco preguntas, de carácter personal (como por ejemplo preguntar sobre domicilio, ciudades en las que vivió, banco que tiene o tuvo, lugar de trabajo, etc.), cuyas respuestas se constatan con una base de NOSIS. En caso de que el cliente responda mal una pregunta, la misma ya no vuelve a realizarse y el proceso de cinco preguntas comienza nuevamente.

Al ser consultado si existió interacción N° 331025543 del 07-11-2022 - JX 1258249, refiere que "según documentación aportada, dicha interacción si existió, dejándose sentada en la misma que la empresa TMA recibió la información de la denuncia realizada ante un organismo público por la Sra. Ana Inés Silva y manifestando que la empresa de telefonía estaba trabajando en la resolución de esta.

Refiere, al responder la pregunta 6 que "Del reporte emitido por el sistema TEMIS que da cuenta la titularidad de los datos buscados, se observa que no se registra información para la búsqueda de titularidad de 2267254557, 2829142553.

Impugnación de la demandada Telefónica Móviles Argentina SA -agregado a PUMA en fecha 16/04/2024-: Solicita que rectifique la respuesta del Punto 2, toda vez que la línea de la actora se encuentra activa.

Contestación del perito Contable -agregado a PUMA fecha 17/04/2024-: Rectifica punto 2, y deja constancia en el cuadro que la línea de la actora se encuentra reactivada desde el día 21/10/2022.

Solicita explicaciones la demandada Banco Patagonia SA -agregado a PUMA en fecha 24/04/2024-: Respecto del punto de pericia 3, la demandada solicitó que explique "a qué se refiere cuando en el detalle de las operaciones indica: Modo de orden Delivery, Canal de Ventas Masivo (MS) y Originador esbproxy1 para el cambio de chip auto gestionable que informa registrado en fecha 13/10/2022". Destaca que son conceptos técnicos o información que desconoce por lo que solicita explicaciones.

Solicita, respecto del Punto 4 de pericia donde se explica el proceso para el cambio de Simcard autogestionable, que el perito indique si se cumplimentó el procedimiento y las preguntas que se efectuaron el cliente con motivo del cambio del chip el día 13/10, las respuestas brindadas y la documentación respaldatoria al respecto.

Contestación del perito Contable -agregado a PUMA fecha 25/04/2024-: Explica, respecto del Punto 3 que "se han transcripto dichos datos de las constancias obrantes de

autos. La explicación técnica escapa al ámbito de conocimiento del perito contable”. En relación con la respuesta del punto 4 de pericia, “se solicita al perito que explique si el procedimiento para el cambio de Sim Card auto gestionable fue cumplido y en su caso qué preguntas le efectuaron al cliente el día 13/10/2022” contestó que “no se acompañaron las preguntas ni las supuestas respuestas, que le habría realizado el sistema al actor para la validación de su identidad. Se aclara que la parte demandada manifestó que solo mediante la realización y contestación de estas preguntas es que se podría hacer el trámite de cambio de SimCard por medio de la auto gestión sin requerir asistencia de algún trabajador de la empresa de telefonía, pero se vuelve a reiterar, que dichas preguntas específicas para el actor y/o las respuestas que habría dado, no se acompañaron”.

V.3.2.- Informe Pericial Informático -agregado a PUMA 22/05/2024-: Elaborado por el Lic. Gastón Semprini, del Cuerpo de Investigación Forense de este Poder Judicial. El informe fue elaborado en dos partes:

Banco Patagonia SA: Contesta los puntos de pericia propuestos por la demandada y respecto a las mismas detalla las operaciones registradas en la cuenta bancaria de la actora.

Acompaña un cuadro con el log de transacciones.xlsx, efectuadas en la cuenta de la actora que se registraron el día 13/10/2022. Detalló cada una de las transacciones (transferencias bancarias) con detalles de importes desde la cuenta de la actora a diversas personas (ver pág. 7/10). Indicó que no se detectaron errores o inconsistencias en las operaciones de transferencias listadas. Explicó las medidas de seguridad para operar a través de la banca electrónica destacando que las mismas llevan un doble factor de autenticación. Tal forma de autenticación aclara, cumple con lo establecido en la Comunicación A “6017” del BCRA. Cabe destacar que el perito refirió que no se observaron errores en las operaciones y no se registró un cambio de clave el día 13/10/2022, además de que cada transferencia fue validada con el Token correspondiente.

Respecto a las transferencias que se pueden realizar desde la entidad bancaria, aclara que de acuerdo con el manual de Token y Manual Patagonia E-Bank Personas, el cual anexó, la forma de efectuar transferencias a través de las aplicaciones del Banco es con usuario, clave y clave token. No puede efectuarse sin esas claves. Este sistema es

similar a la de otras entidades bancarias alcanzadas por la Comunicación A 6017.

Refiere, al contestar el punto "Informe si el día 13/10/2022 se generó clave Token de la actora, cuáles fueron los datos requeridos para poder generarla y a qué número de teléfono móvil al cual fue vinculado y fue enviado el mensaje SMS de confirmación y si esta operación presentó alguna irregularidad", que "del análisis del log de transacciones se puede determinar que el día 13/10/2022 se generó clave token, solicitando como dato adicional, además del usuario y contraseña el número de tarjeta de débito, en este caso: 4517570054534326,<operationId>4517570054534326</operationId>; se envió un sms al celular de la titular de la cuenta y el código de actualización del token Patagonia. El perito respondió que el celular que recibió el sms resulta ser el registrado por la actora ante Banco Patagonia SA (dentro de sus datos filiatorios).

En lo relativo a las transferencias bancarias, el perito explica que "Del análisis del log de transacciones se puede determinar que todas las transferencias fueron informadas al correo anasilva14@gmail.com el cual se encontraba informado en el banco, vigente hasta el 18/10/2022.

Explica la forma de hacer cambio de claves y destaca la información obrante en la página del banco a fin de evitar fraudes. Agrega que la actora es usuaria de las plataformas de homebanking y mobile banking, se registran operaciones de la cuenta. El alta del homebanking es el día 12/04/2018.

Telefónica Móviles Argentina SA Movistar: Explica que la línea control móvil 2920629648, se encontraba a nombre de Ana Ines Silva, DNI N° 12057243, hasta el 20-05-2024 dada de baja por portabilidad, con orden N° 2454636682A (adjunta pantalla T3). Refiere que hubo un cambio de Simcard el día 13/10/2022 con el N° 2008224732A, sistema Simcard Autogestionable con canal de ventas masivo. Una segunda orden N° 2008812651A del 13-10-2022: Suspensión a pedido del cliente, canal de ventas: telefónico y finalmente orden N° 2014431131A del 21-10-2022: Rehabilitación reposición sin protección movistar equipo y sim, titular en Cec (centros de atención de Movistar) por fraude por chip auto gestionable, canal de ventas: Centro de Atención (imei 8954071144802406173). (ver cuadros anexos de pág. 20, 21, 22).

Explica la modalidad de cambio de Sim e indica que esto es posible hacerlo sin trámites adicionales. El perito refiere que no surge que se haya informado a la actora el cambio de Sim (ver informe 23/24). Finalmente refiere que hubo un reclamo ante la Oficina

Municipal de información al Consumidor.

Solicitud de explicaciones de la demandada Banco Patagonia SA -agregado a PUMA en fecha 20/09/2024-: Solicita que, respecto del punto de pericia 4 cumplido sobre el sistema informático de Telefónica, “aclare lo requerido si se ha verificado la identidad de la persona para el cambio de sim card y de qué modo”. Que precise “¿Cuál es la lista de preguntas disponibles para validar la identidad?, ¿Cómo el sistema escoge las preguntas a realizar a cada cliente?, ¿Qué ocurre si alguna de las preguntas es contestada en forma incorrecta?, ¿Existe la posibilidad de que el sistema rechace el cambio de SIM, en que circunstancia?, ¿Qué ocurre cuando una o varias preguntas fueron respondidas en forma incorrecta?, ¿Cuáles fueron las preguntas que se realizaron al cliente para validar su identidad? y ¿Cuáles fueron respondidas en forma incorrecta?”. Solicita se aclare, además, “¿Qué significa T3”. En lo atinente al punto de pericia 2 realizado sobre el sistema informático de Banco Patagonia, peticiona al perito que verifique si ha informado el total de las operaciones de transferencia/debines registrados en esa fecha por cuanto se advierten omitidas dos operaciones.

Contestación del perito informático -agregado a PUMA fecha 04/10/2024-: Agrega las operaciones omitidas en el Punto 2 del sistema informático del Banco Patagonia (ver informe).

Explica el resto de las solicitudes efectuadas y aclara que “T3 es el sistema por el cual se pueden observar todas las operaciones, gestiones y consultas realizadas para un cliente tanto sea de telefonía fija como móvil, en el mismo quedan registradas, por ejemplo: un llamado al *611, un reclamo a un Organismo Público, etc, o que se gestionó una determinada orden, como por ejemplo: de cambio de titularidad, cambio de sim, cambio de equipo, como así también los pagos y estado de cuenta”. Finalmente, sobre las preguntas realizadas para validar la identidad, refiere que “se indican algunas preguntas a modo de ejemplo, las mismas constan en el anexo CASIM autogestion.docx presentado junto con el informe pericial 1075 de fecha 02 de Septiembre de 2024”. Finalmente indicó las preguntas del sistema CEC a modo de ejemplo.

Solicita aclaraciones de la demandada Banco Patagonia SA -agregado a PUMA en fecha 22/10/2024-: Formula solicitud de aclaraciones respecto a “la razón por la cual no es posible determinar las preguntas y respuestas efectivamente realizadas a la cliente y, en caso que no sea posible, indique de qué modo se garantiza que el software está

funcionando correctamente. Asimismo, solicita que precise cuántas respuestas correctas se requieren para activar el SIM y que aclare si en el caso se activó el SIM y en cuántos reintentos”.

Contestación del perito informático -agregado a PUMA fecha 30/10/2024-:

Respondió que, tal como se explicó en la reunión de 04/07/2024, “el sistema no almacena un registro de las preguntas y respuestas hechas a los clientes en el proceso de validación de identidad. Esta limitación es propia del diseño del software, por lo que esa información no está disponible en los registros”. Agrega que no es posible analizar si el software funciona correctamente porque excede el alcance de la pericia. Finalmente señala que, respecto de cuántas preguntas correctas se requiere para activar el Sim, “No se especifica explícitamente, en el ejemplo del anexo CASIM Autogestión se indican 5 preguntas de trivia. Se requiere contestar todas las preguntas bien para activar la SIM ya que al incorporar 1 (UN) dato incorrecto se recibe el siguiente mensaje (ver cuadro adjunto) correspondiente a mensaje de reintento. Finalmente señala que “No se especificó en la reunión del día 4 de julio de 2024 la cantidad de intentos realizados y se desconoce si el sistema almacena dicha información. Según lo indicado en el anexo CASIM Autogestión se pueden realizar un máximo de 3 intentos en el día y 10 en total”. Ello responde a un mensaje de bloqueo.

Resolución de impugnaciones respecto de informes periciales contable e informático:

En orden a resolver los planteos impugnatorios se ha dicho que "(...) La impugnación debe constituir una "contrapericia" y, por ende, contener también como aquella una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se la funde y no una mera alegación de pareceres subjetivos o simples generalizaciones, sin sustento en otros elementos de juicio ciertos y serios arrimados al proceso" CN Civ, Sala B, 15/12/05, "Mazzera, Ricardo H. c/Peralta, Fernando G. s/ daños y perjuicios".

Por otro lado "(...) la sana crítica aconseja seguir el dictamen pericial (conf. Cám. Nac. Civ., Sala K en autos “Cenicola, Ana Amelia c/ Snaidas, Lázaro y otros s/Daños y Perjuicios” sent. del 13.07.11), asumo que esa sugerencia lo es bajo la condición de que éste goce de una exposición razonable y no se opongan al mismo argumentos científicos y técnicos, legalmente fundados. A este fin no se trata de exigir el ejercicio de un despliegue impugnatorio necesariamente exacto o preciso, solo quizás alcanzable a

través del apoyo de un consultor técnico, sino de poner de manifiesto qué circunstancia de hecho o fáctica haría variar la apreciación técnica expuesta". Conf. "Aman Joana c/ Dagfal Mario Osvaldo y Otra s/Ordinario. (Expte N° 1175/10/J1), en trámite por Expte. N° 7838/2014 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

He de destacar aquí que, considerando que la actividad desplegada tanto por el perito contable como por el perito informático resultan ser un medio conducente relacionado con cuestiones controvertidas entre las partes respecto a la existencia de reclamos por parte de la actora.

Por ello la tarea que se le encomendó a los expertos cobra relevancia fundamental para resolver el conflicto de autos. Es así como, toda vez que se trata de profesionales calificados para emitir sus dictámenes sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad, entiendo conducente otorgar a sus opiniones expertas valor probatorio conforme art. 356 y 424 del CPCC, sin perjuicio de la interpretación que se haga en el marco de hechos discutidos en estas actuaciones, en el marco de aplicación de la ley consumeril.

VI.4.- Instrumental:

Legajo caratulado "Silva Ana Inés c/NN s/ Estafa" LEG. MPFVI-03577-2022 de la Unidad Fiscal N° 3 -reservado en Oticca en fecha 14/03/2024-: Denuncia penal efectuada en fecha 14/10/2022. Expte. N° 22/2100/OITEL investigación con información donde obra acreditado que el 13/10/2022 la línea (2920) 629648 conforme a Informe del Fiscal (fs. 12/13) surge el egreso del dinero a distintas cuentas y billeteras virtuales.

Aclara que la línea telefónica de la actora utilizaba los aparatos con IMEI 352435110738970 y 355482069663200. (ver fs. 12). La línea de la actora hasta las 10.30 hs realiza un llamado y se conecta con la celda de calle Urquiza N° 290 de Viedma con el aparato IMEI 35243511073897, se presume que con servicio normal. Posteriormente se registró un llamado que impactó en una celda de Neuquén Capital alrededor de las 12.04, Movistar recibe un llamado con IMEI no disponible y efectúa llamados a otros números. A las 12:20 hs al *611 de la ciudad de Neuquén, que impacta en la celda de Santiago del Estero 452452, Belgrano y Elordi de Neuquén Capital. Allí una persona que no era Silva utilizó la línea a nombre de ésta en la ciudad de Neuquén y

a partir de allí obtuvo acceso por aplicación a la cuenta bancaria en el Banco Patagonia de titularidad de Silva, ingresaron a su cuenta y transfirieron sumas de dinero a diversas cuentas con CVU y CBU.

En fecha 30/03/2023 el fiscal José Chirinos concluyó que la Sra. Silva no efectuó las operaciones realizadas, sino que mediante la maniobra de sim swapping se produjo el hackeo a su cuenta bancaria. Agrega que no puede individualizar a los autores de la maniobra por lo que se procedió al archivo de las actuaciones hasta tanto existan elementos que permitan continuar la investigación.

VI.5.- Declaración Testimonial -audiencia celebrada en fecha 09/05/2024-:

María Luján Carunchio Paloma: Refiere que es contadora, empleada del Banco Patagonia como jefa de investigaciones especiales, dependiente de la Gerencia de la Auditoria interna. El reclamo de la actora ingresó 14/10/2022 por desconocimiento de transferencias y debines (8 movimientos). Explica a qué tipo de cuentas se envió el dinero. Aclara que no se anexó denuncia policial al reclamo en ese momento, la intervención fue sin formalizar la denuncia. El día 14 de octubre se bloquearon el ingreso a las cuentas. Se analizó el log de las operaciones y las operaciones fueron validadas con clave token y no había errores en el usuario de clave y usuario de ingreso. Las operaciones eran en el dispositivo habitual de la clienta por lo que se rechazó el reclamo.

Explicó cómo se acreditan los fondos del plazo fijo de la actora a su cuenta. Indica que debines es a billeteras virtuales y transferencias es para cuando se remiten a un banco. Manifiesta que todas las operaciones se hicieron a través del Mobile Banking y se hizo a través del doble factor de autenticación (Token), las operaciones se hicieron desde el dispositivo habitual y se validaron con el token embebido en el teléfono. El token se puede validar en el Cajero Automático, y a través del Mobile Banking. Destaca que el clave token es el doble factor de seguridad que exige el Banco Central.

Destaca que el día 13/10/2022 el sistema del banco funcionó de manera correcta. En el caso de la actora no recuerda si ya utilizaba el Token o si se generó en ese momento. Aclara que no hubo uso incorrecto del Token ese día. No hubo interrupción del uso del sistema o cambio de clave. Entiende que el día 13 se generó un cambio de mail (según manifestó Silva) pero en el sistema no hubo cambio de mail. No hubo inconsistencias u error en las operaciones, se hicieron en el dispositivo del cliente con doble factor de

autenticación. Eso se hizo en el marco de lo permitido por el BCRA. No fue algo identificado como sospechoso. Es habitual que se pueda disponer de los fondos. No hay límites para operar por parte del BCRA sin lugar a retención de los fondos, ya que por normativa de dicha entidad los fondos deben estar disponibles 7 por 24. Por ello se denominan transferencias inmediatas.

Señala que el rechazo a la solicitud de la actora se debió a que las operaciones se hicieron a través del dispositivo habitual de ella. Al ser consultada sobre si era usual que hiciera esas operaciones indica que no recuerda.

Explica que cada vez que se hace una transferencia se hace un token. Es un token por operación. Refiere que no es una operación sospechosa, por lo que considera que el error se plantea antes, con el cambio de chip. Señala que el Banco tiene monitoreo transaccional y no se detectó ninguna anomalía. En lo que respecta al monitoreo transaccional indica que ello debería consultarse con ese sector, no obstante, explica que el monitoreo consiste en determinar si una operación está siendo realizada dentro de los parámetros normales por ejemplo cuando el cliente se conecta de un dispositivo que es el normal y habitual.

Explica que conoce otros casos como el de Silva, que se informó en las reuniones con otros bancos. Agrega que no pudieron hacer nada en el caso de Silva porque el dispositivo usado (teléfono) es el registrado por la actora en el Banco. A su entender el problema es el cambio de chip.

Aclara que si se realiza la operación desde el dispositivo habitual, con token, con mensaje OTP, al celular del cliente y el cliente valida el mensaje, no hay error en la operación. Insiste que las operaciones de transferencia inmediata no se pueden frenar.

Las operaciones fueron efectuadas por el sistema del Mobile Banking que es una plataforma autorizada por el BCRA.

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. 403 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.

VII.- 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, un informe pericial contable como así también se han agregado actuaciones producidas en el fuero penal con intervención de la OITEL conforme autos "Silva Ana Inés c/NN s/ Estafa" LEG. MPFVI-03577-2022 de trámite ante la 1ra CJ-Fiscalía N° 3 y las constancias remitidas por Departamento de Defensa del Consumidor. "Silva Ana Inés c/Movistar -Banco Patagonia" EX-2022-00473117-GDERNE-MEVDC#ART.

Ha quedado acreditado que Ana Inés Silva es titular de la línea N° (02920) 629648 correspondiente a la empresa Telefónica Móviles Argentina SA Movistar.

Conforme a los hechos probados pueden establecerse las siguientes secuencias:

- 1.- Surge como antecedente probado en autos que hasta las 10,30 h del día 13/10/2022 la línea referida tenía un funcionamiento bajo la disponibilidad de uso de la actora en tanto surge registrado que se conectó desde la celda de calle Urquiza N° 290 de Viedma
- 2.- En la misma fecha a las 12.04 Telefónica Móviles Argentina SA Movistar registras llamados que impactan en la una celda de la ciudad de Neuquén con el objeto de activar una Simcard mediante el sistema de autogestión del Telefónica Móviles Argentina SA, con resultado exitoso.
- 3.- A partir de ese momento la titular de la cuenta pierde el control de su línea.
- 4.- Como consecuencia de ello se ingresó a su home banking del Banco Patagonia SA y se efectuaron movimientos consistentes en:

DEBIN (N°110116) por la suma de \$298.500 12:41:44 a Gabriel Godoy;

DEBIN (N°27030) por la suma de \$383.500 12:47:10 Fernando Aguilera;

DEBIN (N°113525) por la suma de \$285.000 12:50:09 Cristina Salvatierra;

DEBIN (N°480667) por la suma de \$333.000 12:52:11 Fernando Aguilera;

DEBIN (N° 402016) por la suma de \$421.500 12:54:02 Cristina Salvatierra;

DEBIN (N°586899) por la suma de \$471.000 12:57:00 a Fernando Aguilera;

TRANSFERENCIA entre cuentas EXP 2095958311 por la suma de \$325.000 13:15:40;

Octavo TRANSFERENCIA entre cuentas EXP 2095958311 por la suma de \$441.500 13:17:57.

5.- A las 19:49 se produjo la suspensión de la línea a solicitud de la actora y fue reactivada en fecha 21/10/2022 de manera personal, Centro de Atención (imei 8954071144802406173).

Como consecuencia de la reconstrucción del hecho, a continuación, analizaré la responsabilidad civil que la actora endilga a las demandadas.

III.- La responsabilidad Civil:

Corresponderá establecer ahora si en base a la valoración jurídica que se haga de la reconstrucción del hecho y sus secuencias, implica ello la responsabilidad de todas las codemandadas respecto de la actora o solo de alguna de ellas.

Debe recordarse que el art. 40 de la Ley 24.240 prevé que “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).

Asimismo, 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).

La responsabilidad de Telefónica Móviles Argentina SA Movistar:

Conforme a la prueba producida en autos a la luz del factor imputativo objetivo de responsabilidad que rige el caso entre proveedores de servicios y sus consumidores o usuarios, corresponderá determinar ahora si en la secuencia de blanqueo autogestionado de la tarjeta Simcard correspondiente a la actora, Telefónica Móviles Argentina SA aportó o no la condición con categoría de causa para que el hecho se produzca.

La respuesta a ese interrogante comenzará a dar solución jurídica al caso.

Se ha dicho al respecto 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 y358.

Aplicadas esas definiciones al caso, se observa que en el marco de cambio de Simcard Autogestionable como parte del servicio que brinda Telefónica Móviles Argentina SA, sin perjuicio de que esta firma argumenta al contestar demandada, que actuó y reaccionó inmediatamente ante el hecho sucedido, lo cierto es que la cuestión debe focalizarse, no en la reacción posterior sino en por qué, de todos modos el hecho se produjo, pues ello implica indagar en la calidad de la protección de los datos y seguridad que brinda respecto de sus clientes la firma proveedora del servicio puesto en crisis.

Es en esa senda de análisis donde surge un dato que la proveedora no pudo procesar debidamente y con suficiencia para interrumpir en favor de la seguridad de la actora el curso de la autogestión y sus consecuencias dañosas.

Ese extremo pone de manifiesto una debilidad en su sistema de seguridad que no puede ser sino atribuido a ella exclusivamente y que ha consistido en la falta de detección del hecho consistente en que hasta las 10,30 h del día 13/10/2022 la línea telefónica de la Sra. Silva tenía un funcionamiento normal y bajo su disponibilidad conectada desde una celda de la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro mientras que aproximadamente una hora y media después, a las 12,04 h ya impactaba en una celda de la ciudad de Neuquén a 555 km de distancia.

Esa sola circunstancia, no detectada por la proveedora en el marco de prestación del servicio, además de la debilidad del sistema de seguridad consistente en preguntas que

con éxito fue sorteado por persona o personas distintas a la verdadera titular, se constituye como condición con entidad y aptitud necesaria y de este modo se eleva a la categoría de causa jurídica por ser adecuada para la producción del hecho aquí debatido.

Vale decir "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.

Pero aún de no haberse dado esa inconsistencia evidente por la aglutinación en un corto lapso de actos importantes en el servicio del usuario a grandes distancias físicas - Viedma- Neuquén en una hora y media de diferencia-, lo cierto es que también surge bajo la calificación de vulnerable el sistema de seguridad a los fines de efectuar autogestiones como la que nos ocupa y conforme a lo que puede interpretarse de los informes periciales producidos en autos.

Asimismo, lo expuesto no es una situación novedosa que pudiera encontrar desprevenida por su inminencia u originalidad a la prestadora del servicio telefónico, dado que del Informe de Ministerio Público Fiscal se informaron 41 casos de sustitución chip con la consecuente detracción de fondos de cuentas bancarias.

Entonces, conforme a la interpretación del hecho en base a la teoría de la causalidad - condición- adecuada prescripta el CCyC en su art. 1.726, resulta exclusiva la contribución de la firma Telefónica Móviles Argentina SA Movistar en el marco de gestión de servicios para sus usuarios, en el caso la Sra. Silva, sin que se observe elementos para tener en cuenta que la eximan de su responsabilidad civil.

La responsabilidad de Banco Patagonia SA:

Tengo presente que expresamente, durante el desarrollo del Punto III de contestación de demanda de Banco Patagonia SA, esta introduce el argumento consistente en que para el caso de que el hecho hubiera ocurrido, en todo caso se debió por la negligencia de un

tercero por quien no debe responder.

Al respecto debo recordar que el art. 40 de la Ley 24.240 prevé en su parte pertinente que “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 (...)”.

Tengo presente que la Cámara de Apelaciones de esta Circunscripción Judicial ha determinado que “La solidaridad sellada por el art. 40 de ese cuerpo normativo a modo de indicar cómo han de responder los involucrados en la cadena de venta frente a terceros (...) importa reconocer que la exigencia de las obligaciones instituidas por la ley a partir de una causa única y surgente del mismo título constitutivo (...), nace en forma individual y autónoma para todos los envueltos en el proceso de comercialización del producto, en la medida en que cada uno de ellos responde en el cumplimiento de la normativa citada”. (CACivil de Viedma, en la causa. Dirección de Comercio Interior e Industrias/ Rochas Nicolás c/ Cooperativa Obrera LTDA. s/ apelación -cc-, 13/02/19).

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia dijo que “(...) se ha sostenido en doctrina que el objetivo de la ley es responsabilizar a todos los que hayan formado parte de la cadena de comercialización y distribución del producto; y que en materia de los daños resultantes de la prestación del servicio responderán todos aquellos sujetos que intervinieron en el proceso que va desde la concepción y creación del servicio hasta la concreta prestación del mismo al consumidor, siendo en todos los casos la responsabilidad solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe- Javier H. Wajtraub, Ley de Defensa del Consumidor, págs. 234/235). - STJRNS1 Se. 26/15 “Sartor”-.

De este modo, y en lo que aquí interesa el art. 40 LDC prevé expresamente que “La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Determinado los contornos de aplicación del concepto de responsabilidad objetiva y solidaria de quienes integran la cadena de comercialización observo que en el caso que nos ocupa de las propias constancias probatorias surgidas de autos en base al aspecto defensivo invocado en ese orden por la codemandada Banco Patagonia SA que emergen elementos que revisten seriedad para eximirla de responsabilidad.

El primero de ellos es que no surge que las codemandadas en los términos del art. 40 de la LDC integren la cadena de comercialización de un mismo producto, siendo que no encuentro relación, respecto del caso que nos ocupa entre la prestación de servicios financieros y el servicio de telecomunicaciones, sin perjuicio de las interacciones que se pueden dar, para que por medio del servicio de una se acceda al de otra.

Por otro lado, y aún de forzar al máximo y desnaturalizar el concepto de integración de la cadena de comercialización no observo que el hecho se haya producido, como así ha sido tratado en otros casos traídos a examen, por una deficiencia de seguridad en el sistema de la entidad bancaria sino en todo caso en el sistema de la codemandada Telefónica Móviles Argentina SA Movistar como ya se ha explicado en el punto anterior.

Observo interrumpido así el nexo causal, y como antes ya he referido el aporte en el marco de la responsabilidad objetiva que rige el caso lo brinda exclusivamente Telefónica Móviles Argentina SA.

Conclusión: Corresponde eximir de responsabilidad conforme art. 40 de la LDC de acuerdo con las probanzas producidas en autos a Banco Patagonia SA y declararla exclusivamente en cabeza Telefónica Móviles Argentina SA Movistar con causa en una defectuosa prestación del servicio, todo ello valorado en relación con el 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 Punto subsiguiente.

IX.- El daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.

Corresponde ahora dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado, y en caso de corresponder, la cuantificación de ellos 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 R.C., 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 daño material consistente en la devolución de \$2.959.000 con más intereses correspondientes por depósito a plazo fijo de 30 días, la suma de \$1.000.000 en concepto de daño moral y la suma de \$ 5.000.000 en concepto de daño punitivo.

IX.1.- Daño material: La actora solicitó el daño material consistente en la devolución de \$2.959.000 con más intereses correspondientes por depósito a plazo fijo de 30 días, conforme Punto VIII.1 de demanda, lo cual califico como daño emergente y pérdida de chance.

Sabido es que el daño emergente consiste en la disminución que experimenta el patrimonio del damnificado al ser privado de un “valor” que en él existía antes del hecho dañoso que motiva el pleito. En este sentido, el resarcimiento debe extenderse a todos los gastos, y precios abonados, necesarios para restaurar el equilibrio patrimonial, quedando en claro que la determinación del daño emergente es materia de hecho, prueba y derecho común.

Por otro lado, se dice que “la `pérdida de chance´ se ubica en una zona intermedia entre el daño efectivo y el puramente conjetural, pues la certeza radica en la oportunidad cierta de un beneficio, malograda por un hecho lesivo; la `chance´ misma es sólo una probabilidad, pero para que su frustración sea indemnizable, tal probabilidad debe ser cierta e inequívoca (Cfr. SCBA C 101.593 S. 14-4-2010, “Díaz, Claudia y otros c/ Massalin Particulares S.A. s/ Daños y perjuicios”). (Conf. CACivil de Mar del Plata, Sala 2da, en autos caratulados “González Elisa Samanta c/ Chevrolet S.A. de ahorro

para fines determinados y otros/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual”). Se ha dicho también que “En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino de la oportunidad perdida (...), (...) por lo que para poder determinar la cuantificación del perjuicio habrá de determinarse cuál era el monto de esa ganancia, y sobre ese resultado, calcular la probabilidad de que ese resultado se produjera”. (Conf. STJRNS1 Se. 87/15 “Oyarzun Rainqueo”).

En este sentido, la pérdida de chance comprende aquellas situaciones en las que un hecho ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de tal modo que no es posible saber si el afectado habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida. La “chance” a un daño futuro, sólo será resarcible en la medida en que esa probabilidad de certeza exista en grado suficiente (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, TOMO III, pág. 324), evaluada de manera objetiva a criterio del juzgador. Consecuentemente, el resarcimiento no será procedente si la posibilidad de ayuda aparece sólo como una hipótesis conjetural, como una mera posibilidad”. (Conf. STJRNS1 27/14 “Oyarzun Rainqueo”).-

Asimismo, como antecedentes de esta cuestión no puede soslayarse que oportunamente en autos "SILVA, ANA INES C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMAS) - MEDIDA CAUTELAR (VI-01797-C-2022) se resolvió en fecha 2/12/2022 “ I. - Hacer lugar parcialmente, a la medida cautelar solicitada por la Sra. Ana Inés Silva con la reformulación precedentemente dispuesta y en consecuencia, ordenar al Banco Patagonia S.A. la constitución de un plazo fijo en pesos a nombre de la Sra. Ana Inés Silva, DNI: 12.057.243 por el monto de \$2.959.000, con renovación automática mes a mes y hasta tanto se resuelva en la sentencia definitiva del proceso principal a iniciarse. Oficiarse al Banco Patagonia a tales efectos. Exímese al presentante de la contracautela en función del Beneficio de Litigar sin Gastos otorgado de pleno derecho conforme art. 53 LDC a la luz de las previsiones del art. 200 inc. 2 del CPCC.- II.- Hacer saber a la peticionante que deberá dar cumplimiento con las previsiones del artículo 207 del CPCC en tanto se producirá la caducidad de pleno derecho de la medida cautelar ordenada y hecha efectiva antes del proceso, dentro de los 10 días siguientes a su traba.- III.- Sin costas atento la naturaleza de la cuestión (art. 68 del CPCC).- IV.-Notifíquese conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 36/2022.-”

Asimismo, en estas actuaciones principales en fecha 18/09/2023 se resolvió” I.- Receptar las solicitudes de ampliación de la medida cautelar dictada en los autos caratulados "SILVA, ANA INES C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMAS) - MEDIDA CAUTELAR (VI-01797- C-2022), aunque no en el modo o con el grado peticionado por la actora y, en consecuencia ORDENAR al BANCO PATAGONIA S.A que a partir de la notificación de la presente 1) ENTREGUE A la Sra. Ana Inés Silva, DNI: 12.057.243, a su sola presentación por ventanilla, de la suma de \$500.000, 2) CONSTITUYA un plazo fijo en pesos a su nombre por la suma \$2.459.000, con renovación automática mes a mes, hasta tanto se dicte sentencia definitiva. y 3) SE ABSTENGA de continuar debitándole suma alguna por el concepto “mantenimiento de cuenta” durante la tramitación de los presentes obrados. Oficiése al Banco Patagonia a tales efectos pertinente. II.- Hacer saber a las partes que lo aquí resuelto, no implica en modo alguno adelantar opinión sobre las cuestiones planteadas en definitiva y se mantiene mientras pervivan las circunstancias que la motivaran conforme decisión que eventualmente se adopte al efecto. III.- Eximir a la parte actora de contracautela por su condición de consumidor y el beneficio de justicia gratuita que le acuerda la ley (art. 53 LDC). IV.- En consecuencia de la ampliación y ajustes a la medida cautelar dictada en fecha 02/12/2022 en autos caratulados "SILVA, ANA INES C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMAS) - MEDIDA CAUTELAR (VI-01797-C-2022), déjese en ellas constancia de lo aquí resuelto debiendo quedar en claro que la constitución de plazo fijo lo es por la suma aquí decretada. V.- Notifíquese por el ministerio de ley conforme art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 36/2022.”

Asimismo, surge que el Banco Patagonia SA con causa en la medida cautelar antes dispuesta transfirió a la cuenta de la actora la suma de \$ 500.000 conforme escrito de fecha 27/12/2023 y comprobante de igual fecha que lo acredita. Esa suma actualizada a la presente arroja la cantidad de **\$ 1.279.511,50**.

Este monto corresponde que oportunamente sea devuelto por la actora al Banco Patagonia SA en tanto no ha sido condenado en estas actuaciones.

Por otro lado, y en orden a determinar la procedencia de estos rubros – daño emergente y pérdida de chance- conforme a la recalificación efectuada, observo que ambos están relacionados y son consecuencia directa del daño causado a la actora por el reemplazo de la simcard. Observo además que existía con claridad la probabilidad cierta que ella

constituyera nuevamente un plazo fijo como inversión dentro de las posibilidades financieras que el Banco Patagonia SA le ofrecía.

Asimismo, para cuantificar el monto por este rubro se observa de los movimientos de cuenta bancaria 299023237 y que diera nacimiento a la acción aquí tratada que el día 12/10/2022 se acreditó el monto de \$2.907.089,04 – capital e intereses- por cancelación de plazo fijo a 30 días constituido electrónicamente en fecha 12/09/2022 por la suma de \$ 2.750.000.

Con posterioridad y como consecuencia de la maniobra de reemplazo de Simcard mediante autogestión y con la sustitución de la identidad de la actora se ingresó a la cuenta bancaria 299023237 y se efectuaron el día 13/10/2022 la cantidad de 8 transferencias por la suma de \$ 298.500, \$383.500, \$ 285.000, \$ 333.000, \$ 421.500, \$ 471.000, \$ 325.000 y \$ 441.500 lo cual arroja un total de \$ 2.959.000, suma que actualizada desde el 13/10/2022 a la fecha de la presente arroja

Asimismo, también he tenido como procedente la indemnización por el interés que hubiera generado el monto puesto a plazo fijo, lo cual entiendo como posible de renovación desde el 13/10/2022 al 13/11/2022. Para ello tengo en cuenta que el interés que estaba otorgando el Banco Patagonia SA en ese entonces conforme a lo que surge de autos -plazo fijo anterior- era aproximadamente un 7,55 % mensual, por lo que aplicado ese interés al monto de \$ 2.959.000 hubiera otorgado un rendimiento de \$ 223.404,50, suma que actualizada desde el 13/11/2022, fecha a partir de la cual la actora hubiera contado con ese dinero asciende a la fecha a **\$ 908.105,12**.

Como conclusión corresponde que la actora efectúe la devolución al Banco Patagonia SA de la suma de **\$ 1.275.135,50** como consecuencia de lo dispuesto cautelarmente.

Asimismo, se determina el monto total por este rubro a cargo de la demandada Telefónica Móviles Argentina SA Movistar por Daño Material desagregado como Daño Emergente en **\$ 12.262.066,42** y por Pérdida de Chance en **\$ 908.105,12** actualizadas a la fecha de la presente, las que deberán ser abonadas en el plazo de 10 días de que la presente quede firme, suma que sin solución de continuidad devengará intereses hasta su efectivo pago conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que el STJ en lo sucesivo fije.

IX.2.- Daño Moral: Por este rubro la actora solicita en el Punto VIII.2 el monto de

\$1.000.000.

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).

Al respecto, observo que la conducta desplegada por la demandada Telefónica Móviles Argentina SA no se condice con el carácter profesional y el grado de especialización que revisten en la materia contractual de esta especie, lo que debido a su “(...) superioridad técnica y una mejor posición para acceder a las herramientas que permitan el normal desenvolvimiento de la relación contractual; ello, debe traducirse en un mayor grado de colaboración para con el cliente. Consecuentemente, debe asumir los riesgos provenientes de esa actividad, y por ende, los daños generados por su propia negligencia en caso de haberlos producido. La actitud esperable del accionado era que le informe a su cliente (...)”. (CNAC y CFed, Sala 2, en autos “Hereñu Elbio Augusto c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, causa 4.249/10, Voto de los

Dres. Ricardo Víctor Guarinoni - Silverio Gusman, 29/12/16).

Asimismo, el capítulo de daño moral en el marco del derecho del consumidor y aplicado al caso está relacionado directamente con el causado por el déficit del cumplimiento del deber de seguridad respecto de la actora y cumplimiento estricto del contrato que como obligación que pesa en cabeza de la demandada Telefónica Móviles Argentina SA Movistar, todo lo cual ha sido desarrollado en Punto VII y VIII.

En ese sentido, se ha dicho que para estos casos y en base al principio de reparación plena que “(...) entendiendo a la reparación plena como reparación integral, se puede anexar el daño moral derivado de la frustración de la confianza depositada por el consumidor, daño que es autónomo y producto de las expectativas objetivas del consumidor generadas por la empresa y que se ven frustradas, cuando comprueba, que el producto adquirido o el servicio contratado no posee la calidad o característica esperada, como consecuencia de una información engañosa o deficiente”. (Conf. Weingarten, Celia y Gherzi Carlos A, Tratados de Daños Reparables, Código Civil y Comercial de la Nación, 2da. Edición actualizada y ampliada, Ed. Thomson Reuters- La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016. Tomo II, pág. 26).

Ese quiebre de expectativas en base a la falta de seguridad en el sistema de la demandada Telefónica Móviles de Argentina SA, se traduce en un daño moral que debe ser reparado.

Debo decir que a los fines de su determinación y con base en el art. 147 del CPCC Ley 5777 he de apartarme al monto propuesto por la actora, el cual fijo prudencialmente por la gravedad del hecho en el marco de la génesis de la contratación en la suma de \$ 2.500.000

Asimismo, para la suma determinadas precedentemente se adita una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 % mensual o 0,022% diario- desde el día que fueron detraídos los fondos de su caja de ahorros, en fecha 13/10/2022, es decir 2 años, 7 meses y 6 días o 949 días lo cual totaliza un 20,87 % lo que hace, en consecuencia, que la suma para el actor ascienda a **\$ 3.021.750** 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, suma que 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

IX.3.- Daño punitivo: La actora solicita en el Punto IX por este rubro la suma de \$ 5.000.000, con fundamento en las violaciones legales de atención, trato digno y equitativo en la prestación del servicio.

Tengo presente que el Artículo 52 bis de la Ley 24.240 dispone que “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 Superior Tribunal de Justicia a la fecha ha elaborado su doctrina legal al respecto, la que surge de autos “Cofre” (STJRNS1 - Se. 09/21)”, “Bartorelli” (STJRNS1 Se. 133/2023), “Campos” (STJRNS1 - Se. 49/24), y recientemente de “Fabi” (STJRNS1 - Se. 63/24). De esa doctrina se extrae que la aplicación de una sanción pecuniaria disuasiva es excepcional y para que proceda se debe constatar una grave indiferencia hacia los derechos del consumidor la que debe calificarse de intencional a suficiente negligencia -dolo o culpa grave- o por enriquecimiento indebidos derivados del ilícito.

Asimismo, se ha dicho que “La conducta reprochada es la del proveedor que, al realizar un cálculo previo, sabe que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño y, aun descontando las indemnizaciones, tendrá un beneficio que redundará en ganancia. En definitiva, se trata de supuestos en los que los proveedores adoptan esa política habitualmente y como una forma de financiarse a través de sus consumidores. Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (cf. Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", LL DJ 19/10/2011; STJRNS1 - Se. 09/21 "Cofré")” Citado en “Fabi” (STJRNS1 - Se. 63/24).

Así, en “Fabi” el Superior Tribunal de Justicia reafirma que el daño punitivo es de carácter excepcional, solo para casos que revistan suficiente gravedad en los que el proveedor del bien o servicio actúe con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia- sin que alcance como lo refiere la literalidad de la norma, el mero

incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales. Por último, debe haber un cálculo del proveedor que implique que la conducta reprochada le reporte una ganancia. Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder en base a la vulneración del sistema de seguridad de la empresa Telefónica Móviles Argentina SA, lo cual implica un déficit en la calidad de trato digno que los proveedores están obligados a otorgar a los consumidores en el marco de ofrecimiento de sus productos.

Se observa en el caso una gravedad superlativa en la conducta de la codemandada respecto del cuidado de la seguridad de la parte actora, en tanto era totalmente posible que esta detectara una anomalía consistente en cambio de simcard en una celda distinta correspondiente a la ciudad de Neuquén a la que habitualmente venía operando la actora en la ciudad de Viedma con una hora y media de diferencia.

Entonces, atento a la gravedad del incumplimiento y en especial conforme al precedente “Bartorelli” del STJ -Sent. Def. N° 133 del 17/10/2023- se determina que el monto razonable por este concepto conforme a constancias de autos será igual al 50% valor determinado como daño emergente y pérdida de chance, esto es la suma de \$ **6.585.085,77** a la fecha de la presente, suma que 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.

X.- Conclusión: Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta en fecha 17/08/2023 por Ana Inés Silva, conforme fundamentos dados en el Puntos VII y VIII y condenar exclusivamente a Telefónica Móviles Argentina SA Movistar -art. 40 1° párrafo de la LDC- a abonarle en el plazo de 10 días por Daño Material desagregado en Daño Emergente la suma de \$ **12.262.066,42**, y Pérdida de Chance la suma de \$ **908.105,12**, por Daño Moral la suma de \$ **3.021.750** y por Daño Punitivo la suma de \$ **6.585.085,77** conforme a fundamentos dados en los Punto IX.1, IX.2 y IX.3 respectivamente, siendo que las sumas cuantificadas a la fecha de la presente devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago desde su determinación conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

Eximir de responsabilidad al Banco Patagonia SA conforme fundamentos dados en Puntos VII y VIII, rechazar la demanda interpuesta en su contra y hacer saber a la actora

que deberá efectuar la devolución de la suma de \$ **1.275.135,50** -monto entregado por cautelar actualizado a la fecha de la presente- conforme Punto IX.1.

XI.- Costas y honorarios: Las costas de imponen a la demandada vencida Telefónica Móviles Argentina SA Movistar por la acción que prospera y a la actora con los alcances del art. 53 de la LDC por la acción rechazada contra el Banco Patagonia SA- art. 62 del CPCC-.

Existiendo pautas para proceder a la regulación de honorarios, el monto base regulatorio asciende a \$ **22.777.007,31**.

Las normas de aplicación para la presente regulación de honorarios son los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 24, 34, 40, 48 y 50 y cc de la ley g 2.212.

Honorarios de las letradas de la parte actora: Regulo entonces los honorarios de las Dras. Cecilia Ester Crisol y Natalia Andrea Morón en su carácter de representantes de la parte actora en la suma de \$ 4.783.171,54 -15 % + 40 % de MB-.

Honorarios de las letradas y letrados de las codemandadas: Respecto de la regulación de honorarios de las codemandadas, se observa que no obstante haber conformado un litisconsorcio pasivo solo la demandada Telefónica Móviles Argentina SA Movistar ha resultado condenada mientras que la acción respecto de Banco Patagonia SA ha sido rechazada.

Destaco entonces que seguiré las pautas habituales, solo que en función del resultado aplicaré distintos coeficientes. Así, a la demandada perdidosa Telefónica Móviles Argentina SA le aplicaré un coeficiente del 11% + 40% + 40% mientras que al Banco Patagonia SA un coeficiente del 15 % + 40% + 40%, siendo que las sumas resultantes individualmente serán divididas por dos, pues esa es la medida de participación de cada una -Conf. "Bamonde Shirly Ceferina C/ Policlínico Privado S.A. S/ Daños y Perjuicios Expte. 7637/2013-.

En consecuencia y teniendo en cuenta el carácter de letrados apoderados de los Dres. Alejandro Buckland y Catalina Joelson respecto de Telefónica Móviles Argentina SA Movistar y de los Dres. María Fernanda Rodrigo y Fernando Gustavo Chironi respecto del Banco Patagonia SA, frente a la existencia de un litisconsorcio pasivo, resulta aplicable el art. 12 de la Ley G 2.212.

Ello es así, en la medida en que como he referido precedentemente con un porcentaje

del 11 % y 15 % respectivamente conforme al resultado obtenido y respectivamente fijado conforme del art. 8 de la Ley G 2.212, a lo que se agrega el 40 % por la actuación en el carácter de apoderados de acuerdo con el art. 10 de la ley citada e igual porcentaje del 40% como consecuencia del litis consorcio existente de acuerdo con el art. 12 L.A., corresponde para los representantes del Banco Patagonia SA la suma de \$ 3.348.220,07 – 50% de 15% + 40 % + 40% de MB- y para los representantes de Telefónica Móviles Argentina SA Movistar la suma de \$ 2.455.361,78 – 50 % de 11% + 40 % + 40% de MB-.

Asimismo, para efectuar las regulaciones consideraré las pautas previstas en el art. 6 de la Ley citada meritando en especial el desempeño profesional de los letrados intervinientes en cuanto a la calidad de su actuación, la complejidad y trascendencia del asunto puesto a examen, como así también las etapas debidamente cumplidas.

Honorarios de los peritos Contable e Informático: Regular para Jorge Daniel Wainstein y Gastón Semprini, la suma de \$ 1.138.850,37 para cada uno -coef. 5%- conforme art. 18 de la ley N° 5069-.

RESOLUCIÓN:

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta en fecha 17/08/2023 por Ana Inés Silva, conforme fundamentos dados en el Puntos VII y VIII y condenar exclusivamente a Telefónica Móviles Argentina SA Movistar -art. 40 1° párrafo de la LDC- a abonarle en el plazo de 10 días por Daño Material desagregado en Daño Emergente la suma de \$ **12.262.066,42**, y Pérdida de Chance la suma de \$ **908.105,12**, por Daño Moral la suma de \$ **3.021.750** y por Daño Punitivo la suma de \$ **6.585.085,77** conforme a fundamentos dados en los Punto IX.1, IX.2 y IX.3 respectivamente, siendo que las sumas cuantificadas a la fecha de la presente devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago desde su determinación conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

II.- Eximir de responsabilidad al Banco Patagonia SA conforme fundamentos dados en Puntos VII y VIII, rechazar la demanda interpuesta en su contra y hacer saber a la actora que deberá efectuar la devolución de la suma de \$ **1.275.135,50** -monto entregado por cautelar actualizado a la fecha de la presente- conforme Punto IX.1.

III.- Imponer las costas a la demandada vencida Telefónica Móviles Argentina SA

Movistar por la acción que prospera y a la actora con los alcances del art. 53 de la LDC por la acción rechazada contra el Banco Patagonia SA -art. 62 del CPCC-. y regular honorarios a los profesionales intervinientes conforme a Punto IX. Notificar a la Caja Forense y cumplir con la Ley D 869.

IV.- Notificar conforme art. 120 y 128 del CPCC Ley 5777.

Leandro Javier Oyola

Juez