

Viedma, 7 de septiembre de 2022.-

**VISTOS:** Los presentes autos caratulados "ELORZA FERNANDEZ MARIA ROMINA c/BANCO PATAGONIA s/DAÑOS Y PERJUICIOS (SURAMÍSIMO)" Receptoría B-1VI-511-C2020 y conforme Sisema PUMA VI-30808-C-0000, traídos a despacho para resolver; y

**RESULTA:**

1.- Que en fecha 07 de octubre de 2020 se presenta la Sra. María Romina Elorza Fernández mediante patrocinio letrado y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Patagonia S.A., por la suma de \$ 1.440.000, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir con más sus respectivos intereses, daños punitivos, daño directo conforme a la prueba a producirse y la devolución de la totalidad de lo erróneamente debitado con más sus intereses.

Relata que con motivo de la publicación a la venta en la red social Facebook de su vehículo Chevrolet Corsa 2006, recibió el 30-01-2020 un WhatsApp de una persona que se identificó como "Facundo", quien se manifestó por comprar el vehículo. Al no estar en Viedma le dijo que realizaría una transferencia bancaria por la suma de \$ 100.000 en concepto de seña. Por ello facilitó su CBU e indica que habiendo transcurrido una hora le envió una foto por WhatsApp que decía que su tarjeta estaba suspendida para operar por lo que se contactaría con Banco Nación, entidad por la cual había realizado el giro, le solicitó su número de teléfono y expresó que un agente comercial del Banco se comunicaría para solucionar la dificultad con la transferencia.

Refiere que sobre las 15.40 hs recibió un llamado de "Sergio", en nombre del Banco Nación del teléfono 011-6030826, el cual le informó que la transferencia no podía efectuarse porque la suma era muy elevada. Por ello el dinero se encontraba suspendido, lo cual podía resolver si activaba su cuenta con un código con el cual podrían ingresar el dinero. A tal fin debía acudir a un cajero y seguir sus instrucciones.

Siguiendo estas instrucciones, se acercó al cajero y "Sergio", quien le indicó los pasos a seguir, le depositó la suma de \$ 198.000. Ante ello se le manifestó que la suma era superior a la seña convenida por lo que "Sergio" señaló que era un error y que le indicaría los pasos a seguir para devolver el dinero excedente al comprador.

Señala que efectuó dos transferencias; la primera al CBU 020030211100020759944 por \$98.000 y la segunda al CBU 0070138530004091987106, las cuales tenía como destino cuentas de diferentes bancos. Al consultar por qué eran diferentes cuentas, le respondió

que era para unificar las mismas y que cuando enviara los comprobantes de transferencia, le depositaría la seña de \$ 100.000 de “Facundo”.

Ante la falta de respuesta de su parte para enviarle las fotos de los comprobantes, sospechó que había sido engañada lo que pudo comprobar cuando recibió un correo electrónico del Banco Patagonia informando que se le había otorgado correctamente un préstamo personal.

Indica que frente a ello efectuó denuncia penal en la Comisaria y que el día 31-01-2020 efectuó la denuncia penal en la Fiscalía.

Agrega que se acercó al Banco Patagonia S.A. a poner en conocimiento de dicha entidad lo sucedido, acompañó la denuncia penal y solicitó la reversión del préstamo. Sin embargo, le informaron que no podían ayudarla y que el gerente no se encontraba allí. Por ello más tarde regresó y ante su insistencia de que se le tomara el reclamo, procedió la entidad a actuar en tal sentido.

Explica que ante la falta de respuesta de la demandada inició el 03-02-2020 un reclamo ante la Agencia de Recaudación Tributaria identificado como “Fernández Elorza María Romina c/Banco Patagonia” Expte. N° 23379-20. En el mismo se fijó audiencia de conciliación el día 11-02-2020, mediante el cual el Banco se eximió de responsabilidad alegando que era culpa de la actora, y ofreció como buena conducta comercial la posibilidad de cancelarlo en forma anticipada.

Señala que no arribó a ningún acuerdo y que sufrió humillaciones por parte del banco y el representante del organismo los cuales le dijeron que ella era la responsable de lo que le había pasado ya que ella había brindado la información.

Se retiró sin firmar el acta, sintiéndose humillada, sin herramientas para reparar el daño sufrido. Posteriormente, al consultar al Banco si podía cancelar de forma anticipada el crédito, le indicaron que no era pre-cancelable por lo que debería abonar una multa de \$ 8000.

Indica que explicó su situación, solicitó que no le descontaran más el dinero a lo que solo se limitaron a informarle que iban a hacer todo lo posible.

Manifiesta que canceló el préstamo y a los pocos días le debitaron de su cuenta la multa de \$ 8000.

Refiere que en fecha 21-08-2020 remitió CD N° 072913912 al Banco Patagonia S.A. en la cual reclamó la situación vivida, relatando haber sido víctima de un ciber delito conocido como vishing y solicitó que se anule el préstamo y se le reintegren \$ 208.000 correspondientes a dicho préstamo más la multa aplicada por pre-cancelación, todo bajo

apercibimiento de iniciar acciones legales.

Como respuesta, el Banco Patagonia rechaza la misiva cursada y le indica que lo sucedido excedía a dicha entidad, que el compromiso personal asumido por ella con el Banco era una cuestión personal que nada afectaba la validez jurídica y rechazó la pretensión de la actora de anulación del préstamo.

Efectúa un detalle de la normativa correspondiente al derecho bancario, señala la aplicación de diversas circulares del Banco Central, el diálogo de fuentes del Derecho del Consumidor, incumplimiento del deber de información, deficiente prestación del servicio bancario.

Esboza una síntesis de la responsabilidad objetiva que le corresponde al Banco, su concreta petición de nulidad del contrato que fue efectuado sin manifestación de la voluntad de su parte y la devolución de la totalidad de lo abonado.

Efectúa detalle y liquidación por daño moral en la suma de \$150.000, daño punitivo en la suma de \$1.000.000, devolución de lo abonado en concepto de préstamo más la multa en la suma de \$ 208.000, con más sus intereses hasta el efectivo pago. Todo lo cual asciende a la suma de \$ 1.358.000.-

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio. -

2.- Que en fecha 13-10-2020 se da inicio a las presentes actuaciones, asignándoles el trámite de proceso sumarísimo y en fecha 02-11-2020 toma intervención la Sra. Agente Fiscal.

3.- Que en fecha 27-10-2020 se presenta el Banco Patagonia S.A., mediante apoderado, contesta la demanda incoada en su contra y solicita el rechazo de la misma con costas a la actora. Niega todos y cada uno de los hechos afirmados por la actora, que no sean objeto de expreso reconocimiento en el escrito de contestación.

Efectúa una negativa detallada y especialmente que la actora haya sido víctima de un engaño, y que la clave generada en la cuenta bancaria de la actora, el préstamo bancario obtenido el día 30 de enero en forma electrónica y las transferencias efectuadas ese día hayan sido producto de la supuesta maniobra de engaño perpetrada por la persona en cuestión a través del llamado telefónico que se denuncia en la demanda. Niega que dicho delito sea vishing o phishing.

Niega que la actora haya efectuado la denuncia penal, que no fuera correctamente atendida en el Banco y se sintiera humillada. Señala que el préstamo fue correctamente otorgado por lo que el resultado de lo ocurrido es responsabilidad de la actora. Agrega que el Banco no ha incumplido con su deber de informar, ha cumplido con sus

obligaciones de seguridad. Asimismo, desconoce la veracidad de la documentación acompañada por la parte contraria.

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

Manifiesta que desconoce la existencia del hecho delictivo y que las operaciones bancarias cumplidas por la actora a través de cajero automático y Homebanking el día 30 de enero, esto es: activación de clave bancaria de Homebanking, solicitud de préstamo y transferencias no hayan sido cumplidas por la actora en forma voluntaria y no en función de una maniobra de engaño perpetrada por un tercero mediante una comunicación telefónica.

A su vez sostiene la validez de las operaciones bancarias cumplidas en forma electrónica las que fueron concretadas con las exigencias legales correspondientes. Indica que frente al reclamo de la actora el banco efectuó la correspondiente revisión de las operaciones y de acuerdo a los registros se determinó que la actora es titular de la cuenta N° 299004462.

Refiere que el préstamo bancario solicitado el día 30 de enero de 2020 mediante la banca electrónica o Homebanking se acreditó en la cuenta mencionada. Que previo a la obtención del préstamo bancario, la actora generó la correspondiente clave de Homebanking. Asimismo, de acuerdo a los registros del Banco, la actora ingresó la tarjeta N° 4517570055899363, colocó su clave Pin en forma correcta y generó una clave para operar por Homebanking.

Expresa que la solicitud de préstamo solo se efectiviza por Homebanking mediante la utilización de esa clave, por lo que no es posible obtener un préstamo bancario a través de cajero automático. Es así que tanto la concesión y acreditación del préstamo no podrían haberse realizado sin la participación activa de la titular de la cuenta, generando una clave de Homebanking o suministrando datos a terceros para que éstos la generen.

Señala que las transferencias del dinero obtenido por el préstamo se debieron a que la misma actora facilitó los datos a un tercero y ella efectuó las transferencias. Sin embargo, señala que ello no constituye una violación de las medidas de seguridad bancaria.

Esgrime que no ha omitido adoptar medidas de seguridad ni la falta de previsión de

dichas medidas de seguridad han sido la causa del hecho. Agrega que no se trata de un supuesto de falta de información o advertencia. Indica que ello se encuentra relacionado con las medidas de seguridad elementales que un usuario que opera los servicios bancarios conoce y debe respetar. Por ello, refiere, no hay violación del sistema de seguridad de operaciones bancarias sino un acto negligente de la actora, quien actuó sin la más mínima diligencia.

Argumenta que el Banco, frente al reclamo de la Sra. Elorza Fernández, procedió a dar intervención del sector de investigaciones especiales, formuló la correspondiente alerta a Prisma Medios de Pago para el bloqueo de las claves.

Finaliza diciendo que no existe responsabilidad del Banco por los hechos denunciados ni estos se han producido como consecuencia de omisión alguna imputable a dicha entidad.

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

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio.

4.- Que, corrido el traslado a la actora, en fecha 29-10-2020, la misma no se expide sobre la documental. Solicita, atento la existencia de hechos controvertidos, la fijación de la audiencia correspondiente. -

Que, atento ello en fecha 30-11-2020, ante la existencia de hechos controvertidos, se fijó audiencia preliminar del artículo 361 del CPCC de lo que da cuenta el acta de fecha 30-03-2021 y ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de la prueba.

Que en fecha 24-06-2022 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del termino probatorio, se decreta la clausura y se ponen los autos para alegar.

Que la actora presentó alegatos el 27-07-2022 y lo propio hizo la demandada, Banco Patagonia S.A. en fecha 25-07-2022.

Que en fecha 12-08-22, se llama a autos para sentencia providencia que se encuentra firma y motiva la presente.

#### **CONSIDERANDO:**

I.- Que de acuerdo al modo en que la Litis quedara trabada, la cuestión a resolver radica en determinar si corresponde atribuir responsabilidad al Banco Patagonia S.A. en el marco de la relación que las ha unido en el marco de la Ley de Defensa al Consumidor, y en su caso, determinar la procedencia o no de la nulidad del mutuo bancario con base

en vicio de la voluntad de la Sra. María Romina Elorza Fernández como así también la procedencia de los rubros requeridos y la cuantificación de los mismos.

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

Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CCyC y las enseñanzas de Roubier.

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

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

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

Que, en virtud de ello, siendo que en la presente se están discutiendo los efectos de una relación de consumo que se prolongó en el tiempo, será de aplicación la normativa

regulada por el nuevo CCyC correspondientes al contrato de mutuo bancario y la ley de Defensa del Consumidor vigente (Ley N° 24.240 ref. 26.361), como así también la normartiva correspondiente del Banco Central.

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

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

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

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

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

Asimismo, a partir de la reforma a los códigos de fondo del año 2015 y teniendo en cuenta lo referido al establecer el derecho aplicable en relación al tiempo, los contratos

bancarios de consumo se encuentran sometidos a los principios generales de los contratos de consumo -además de los principios propios a su naturaleza-, integrándose de este modo a un enfoque sistémico pro consummatori. El Código Civil y Comercial recepta expresamente el trato digno que el banco debe dispensar al cliente (art. 1.097), equitativo y no discriminatorio (art. 1.098), suministrar información cierta, detallada, comprensible y gratuita al cliente (art. 1.100), las pautas que regulan el carácter abusivo de las cláusulas (art. 1.117, 1.119 y cc) y su control judicial (art. 1.122).

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

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

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

IV.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso

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

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o, dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, Teoría general de la prueba judicial., Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss.).

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

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

No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la

cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios.

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

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

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

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.; en referencia al prestador del servicio”. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En estos términos, “corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...), por el contrario, (...)” estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud o misiva, 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-2.015).

VI.- Que, 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. 386 del C.P.C.C., art. 3 del CCyC y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial.

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

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

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

#### VII.1.-Documental:

VII.1.1.- Documental acompañada por la actora: Carta Documento 072913912 remitida al Banco Patagonia en fecha 21-08-2020; Carta Documento CDJ 00076132-5 remitida a la actora por el Banco Patagonia en fecha 29-09-2020; 4 tickets de transferencia de cajero automático; constancia de otorgamiento de préstamo por la suma de \$198.500; acta de exposición policial de fecha 30-01-2020; acta de denuncia penal en la UFT5 de fecha 31-01-2020; Copia certificada del expediente de Defensa del Consumidor (fs. 26) con denuncia el día 23-02-2020.

VII.1.2.- Documental acompañada por la demandada: resúmenes correspondientes a la Caja de Ahorro en \$ N° 299-299004462-000 de la actora (en 16 fs.) de los períodos comprendidos entre el día 30-12-2019 al día 28-08-2020.

#### VII.2. Informativa:

VII.2.1.- Prisma Medios de Pago -obrante en SEON en fechas 14-04-2021 y 27-05-2021-: Del mismo surge que respecto de la tarjeta de débito de la actora N°

4517570055899363, no se verificaron transacciones ni autorizaciones de fecha 30/01/2020. Agrega, a la fecha del informe, que la tarjeta débito 4517570055899363 no se encontraba bloqueada y su estado era activo. Asimismo, se acompaña el detalle de los movimientos efectuados con la misma.

VII.2.2.- Dirección de Comercio -obrante en SEON en fecha 28-05-2021-: Del mismo surge que no se aplicaron -a la fecha informe- multas administrativas por las razones motivo del requerimiento judicial correspondientes a situaciones de clientes del Banco Patagonia y engaños telefónicos. -

VII.2.3.- Fiscalía General -obrante en SEON en fecha 29-09-2021-: Del mismo surge informado el listado de actuaciones de todas las circunscripciones judiciales labradas en virtud de hechos como el debatido en autos.

Asimismo desde la UFT N° 3 -obrante en SEON en fecha 11-04-2022- se informó que en el legajo "ELORZA FERNANDEZ MARIA ROMINA C/NN S/ ESTAFA", legajo N° MPF-VI-00163-2020" que tramitó ante la IRA CJ - FISCALIA N° 4 a cargo del Dr. Guillermo Carlos Ortiz, en fecha 24/06/2021 el Dr. Juan Pedro Puntel, Juez de garantías de la ciudad de Viedma declaró la incompetencia territorial en las actuaciones, remitiéndolas en fecha 07/07/2021 al Poder Judicial de la provincia de Córdoba, para continuar con la investigación.

VII.2.4.- Comisaría Primera de Viedma -obrante en SEON en fecha 07-05-2021-: surge que la documentación acompañada por la actora en su escrito postulatorio, consistente en acta de exposición y tickets de cajero automático resultan ser copia fiel de lo presentado por ella ante dicho organismo.

VII.2.5.- Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial, de Familia y Minería de Viedma -obrante en SEON en fecha 18-11-2021-: Se informa que no cuenta con antecedentes de condenas al Banco Patagonia S.A., por incumplimientos al deber de seguridad e información por reclamaciones relacionadas con la contratación de préstamos con el Banco y relacionadas a engaños telefónicos -desde la fecha del informe y hasta tres años hacia atrás-. Señala que sí se encuentran en trámite recursivo dos causas de similar planteo ("LEON RODOLFO HIGINIO C/ BANCO MACRO S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" Receptoría A-1VI-532-C2016- y AGENCIA DE RECAUDACION TRIBUTARIA -DPTO.DEFENSA DEL CONSUMIDOR- PROV.DE RIO NEGRO EN AUTOS: CARDOZO RODY MIKE C/ BANCO PATAGONIA - EXPTE N° 2020-00076302-GDERNE-MEVDC#ART S/ APELACION (c). Expte. n° 0017/2021 CAV. R-1VI-51-CC-2021. A la fecha del

informe no tenían sentencia firme. -

VII.2.6.- Gerencia de Seguridad Informática y Protección de Activos de la Información del Banco Patagonia -obrante en SEON en fecha 21-09-2021-: Del mismo surge que el banco ha tomado conocimiento de las estafas, pero desconoce los motivos de los ataques que sufren los clientes.

Asimismo, indica que el banco cuenta con un sistema informático seguro, tiene una certificación internacional ISO 27001 de Sistema de Gestión de Seguridad de la información, sumado al cumplimiento estricto de las normativas asociadas a la seguridad de los sistemas informáticos, canales electrónicos y sistemas de información establecidos por el BCRA, Comunicación “A” 4609, y sus modificatorias.

Señala que la entidad se encuentra enmarcada dentro de la ley de Hábeas Data N° 25.326. A su vez, cuenta con más de 5 tipos de auditorías y controles internos anuales sumados a los diversos test de intrusión y pruebas de seguridad de los distintos ambientes informáticos y de información. Ha efectuado campañas de concientización al cliente por distintos medios sobre la identificación de amenazas y correcto uso de los medios transaccionales a fin de evitar actos que puedan perjudicarlos. Finalmente aclara la información que se brinda a los clientes respecto de la aplicación de la Ley Nacional de Datos Personales.

VII.3.- Instrumental -obrante en SEON en fecha 15-12-2021- UFT 4º: Del mismo surge que se efectuó una investigación donde se logró constatar qué fue lo que sucedió con el dinero que la actora remitió a las cuentas bancarias denunciadas.

Asimismo, si bien se señala que no se puede indicar dónde se inició el delito, lo cierto es que se ha constatado en dicho legajo que es en la provincia de Córdoba donde se encontraban las cuentas a las que se transfirió el dinero y que el mismo fue percibido para luego ser retirado desde cajeros o a través de Mercado Pago.

Finalmente, y atento que los presuntos imputados disponen del dinero en Córdoba, el Sr. Juez de Garantías determinó la incompetencia de la justicia de la provincia de Río Negro y ordenó la remisión de las actuaciones a la Provincia de Córdoba a fin de continúe ante el Juez y Fiscalía competentes de conformidad su distribución funcional.

VII.4.- Prueba Testimonial.

Declaración testimonial de la Sra. María Lujan Carunchio Paloma en audiencia videograbada del día 17-06-2021: Refiere que es de profesión Contadora y reviste como empleada del Banco Patagonia S.A. como jefa de investigaciones especiales. A su cargo se encuentra la tarea de investigar situaciones de fraude, o intento de fraude, tanto

interno como externo. Agrega que su intervención se puede deber, entre otros, a un desconocimiento de extracción, adulteración de cheques, usurpación de identidad, etc.

Indica que analiza los reclamos de clientes por diversas situaciones tales como lo ocurrido a la actora y manifiesta que tomó conocimiento de la denuncia de fraude y reclamo efectuado por la actora los primeros días de febrero. Señala que ello ocurrió frente al desconocimiento de la Sra. Elorza Fernández de haber tomado un préstamo y haberse efectuado transferencias.

Manifiesta que frente a ello se le pidió a la actora una nota escrita en la cual relatara lo sucedido y la denuncia policial respectiva por el desconocimiento de las operaciones. Esto se hace para dar entidad y marco formal al reclamo. Agrega la testigo que se solicitan las cámaras del recinto bancario y se analizan todas las pruebas disponibles a fin de evaluar la situación.

Refiere que en el caso particular, la actora desconoció tomar un préstamo y las dos transferencias por \$ 98.000 y \$ 99.000. Asimismo refiere que en la denuncia, la actora informó sobre la venta de un vehículo.

Refiere respecto de la actora, que con las claves generan un token y acceden al Homebanking, toman un préstamo por \$200.000 y con la clave mencionada hacen las transferencias.

La investigación arrojó que no hay un hecho puntual que denote una irregularidad en la operación. La misma consistió en una operación con clave y usuario correctos y la clave token que es para evitar la transferencia de dinero. Dicha clave fue efectuada por el usuario y ello se genera por el cajero.

Cabe mencionar que la acción de la actora no generó las alertas para considerar que quien operaba fuera alguien distinto a ella. Asimismo, refiere que el sistema de seguridad del banco Patagonia no se violentó. Vale decir que no hubo intrusiones.

Manifiesta que ante una posible situación de vulneración se bloquea todo. Señala que como consecuencia del hecho, se bloqueó todo el sistema y se pusieron en contacto con Prisma y se da alerta a los bancos receptores de los fondos a fin de que se bloqueen y se efectúe la devolución del dinero. Sin embargo, los fondos no estaban en las cuentas receptoras, estima que eran Itau y Galicia. Y esas cuentas se ingresaron al sistema para de "lista negra" para evitar futuras transferencias.

Explica la testigo que el préstamo se otorga forma personal a través de la banca móvil o Homebanking. Enfatiza que la salida del dinero solo se hace una vez que el dinero está acreditado. No existe la posibilidad de que el dinero egrese sin la previa doble

autenticación la cual consiste en los dígitos de tarjeta de coordenadas o clave token. Aclara que para solicitar un préstamo no es necesaria la clave token.

Refiere que, respecto a la información que se brinda al cliente, no se puede hablar por teléfono dentro del Banco cuando se opera con el Cajero Automático, y en la página web del Banco Patagonia S.A. hay un capítulo de seguridad y que hay mensajes de seguridad en todas las redes sociales.

Respecto de quién puede recibir la denuncia de estafa explica que debe ser recepcionada por un empleado del banco al cual se le asigna un reclamo, se ingresa a la base QYR por la cual el cliente debe hacer el seguimiento. El plazo para resolverlo es de 10 días hábiles que varían de acuerdo a la complejidad del caso.

Explica que se requiere información de la denuncia penal a fin de facilitarle la información al otro banco, en caso de generar bloqueo de fondos, y para de evitar que pudiera haber algún inconveniente que podría perjudicar a los clientes de los otros bancos.

Señala que el préstamo puede ser solicitado en cualquier horario, lo mismo que para transferir fondos. Indica respecto del producto del préstamo on line que el cliente calificado tiene la posibilidad de acceder a un préstamo. Es una línea crediticia disponible.

Al ser consultada si existe la posibilidad de que el cliente pueda manifestar si puede expresamente decirle al banco que no quiere contar con un préstamo pre aprobado, la testigo manifestó que no tiene conocimiento, porque no ha sucedido que un cliente se acerque al Banco y solicite no contar con un préstamo pre aprobado.

En lo que respecta a la actora, expresa que la Sra. Elorza activó la clave el día de la operación en el Cajero Automático en que solicitó el préstamo. Se ve en los movimientos de la tarjeta Banelco: generación de clave homebanking y la clave token. Agrega que desconoce desde cuando la actora es cliente.

Consultada sobre las denuncias similares a las de la actora, expresa que tiene conocimiento e indica que hay distintas modalidades, algunas se efectúan desde el mismo cajero, y ha salido en los medios. Manifiesta que se han implementado distintas acciones para evitar mayores delitos.

Relata que se ha implementado un nuevo sistema de seguridad pero que no es factible de explicar por razones de seguridad. Ello fue efectuado con motivo del análisis de la casuística que se venía presentando. Para evitar inconvenientes como el de la actora se ha implementado que para poder tomar un préstamo primero se remite un correo con un

código al actor que deberá ser ingresado antes se liquidar el préstamo. Agrega que se han implementado distintas medidas y aún así se han generado esos préstamos pese a esta medida de seguridad.

Manifiesta que respecto de las formas de denunciar una situación como las relatadas por la actora, el cliente se puede comunicar con el 0800 del Banco, puede enviar un correo electrónico a atención al cliente, las redes sociales. Explica que hay 4 canales de comunicación.

Agrega que, receptada la denuncia, si ocurre un viernes a las 20 hs no hay forma de que se recepte un reclamo por posible fraude, siendo el horario bancario de 9.45 hs a las 17.15 hs.

Expresa respecto de la actora el reclamo llegó a su sector los primeros días de febrero. La testigo expresa que en el Banco el reclamo ingresó el día 30-01-2020, aclarando que en su sector ingresó el día 03-02-2020. Es allí que se activan los protocolos que se llevan a cabo.

Indica que si se toma conocimiento por teléfono el mismo día se pueden tomar medidas. Ello si se pone en contacto con el sector a la brevedad, se toman medidas. El congelamiento de los fondos se efectúa en día hábil, no inhábil.

Al ser consultada por las bases de datos y/o registros de cuentas sospechosas, indica que el Banco tiene un registro del CBU, pero no de IP. Vale decir que se hace una lista de CBU que es sospechosa. No se permite la transferencia por ser desconocimiento del CBU lo que implica la inhabilitación del CBU.

Agrega que Prisma, empresa que tienen contratada, tiene un listado de IP sospechosas. Expresa que las operaciones inusuales se pueden dar por montos e IP, pero ante una sospecha se genera un bloqueo a fin de evitar inconvenientes.

Refiere que en el caso de la actora no se detectó algo inusual en su situación. Asimismo, precisa que ante una situación irregular se puede llamar a 0800, esto es sometido a una análisis por lo que se cerciora que sea correcto y fundado.

Asimismo, indica que las transferencias deben estar disponibles los canales siete días por 24 hs. Explicita que una cosa es la existencia de canales de comunicación 7x24Hs. Distinto es la situación de las personas humanas. El Banco no cuenta con atención las 24 hs.

Relata la testigo que ha sido la propia actora quien se ha puesto en situación de vulnerabilidad debido a que ha compartido sus claves.

Finalmente, en lo que respecta a las políticas de bloqueos de cuentas de terceros bancos,

corresponde a la entidad. Ello depende de cada Banco en particular; por ejemplo para hacerlo necesita la denuncia penal por estafa. Se formaliza porque puede suceder que se trata de una cuestión entre particulares.

Concluye que el banco ha hecho lo posible para evitar las estafas, como así también son sensibles los datos de las tarjetas a fin de garantizar la seguridad de los canales electrónicos.

Reseñadas la declaración testimonial 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. Pág512.-

Debo decir también que la valoración que haré de la declaración testimonial de la deponente se enmarca respecto de lo que han 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 testimoniales antes reseñadas, en tanto considero a la testigo idónea, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C-sin perjuicio de la valoración que oportunamente se haga en el marco del derecho consumeril que rige el caso aquí tratado.

VII.5.- Informe pericial informático -obrante en SEON en fecha 08-02-2022-: Confeccionado por el perito Mario Daniel Coan, perito informático, en la ciudad autónoma de Buenos Aires. En dicho informe se detallan las operaciones bancarias registradas en la cuenta de titularidad de la actora el día 30-01-2020 a través de los diversos medios con los que cuenta el Banco Patagonia.

De allí surge que, desde la cuenta con titularidad de la actora, a través, de los canales bancarios EB (e-bank), MB (Mobile Bank) e IVR (Telefonía) con el usuario 27316975297 y por cajero automático de la red BANELCO con la tarjeta de débito 4517570055899363.

Se detallan cada uno de los movimientos, entre los que destaco lo indicado por el perito: "se informan las transacciones completas que incluyen además las realizadas por el sistema del banco identificadas como MW que son las respuestas a las transacciones realizadas desde EB, MB e IVR.

i. sesión 178CE264502A8AD341F5F44D2BDDAA38.ebank08, comienza 12:46:32 y

finaliza 12:46:47 por el canal EB con el usuario 2731697597 desde la IP Usuario 181.9.124.206 provisto por ISP (Internet Service Provided) Telecom S.A. Se cursaron dos transacciones: Consulta de Fondos, Obtener Alias desde CBU.

ii. sesión 221C0D33E1814341508B57CCF296D842.ebank06 comienza 14:18:46 y finaliza 14:20:18 por el canal EB con el usuario 2731697597 desde la IP Usuario 170.81.229.215 provisto por ISP FIVERNEXT S.R.L. Se cursaron 9 transacciones: Consulta de Fondos, Consulta de Saldos y Disponibles (6), Consulta de Tarjetas Coordinadas, Simulación de Transferencia.

iii. sesión DBC6120AEA3042C685A815B6DC4D67BA.ebank05 comienza 15:27:56 y finaliza 15:27:57 por el canal EB con el usuario 2731697597 desde la IP Usuario 170.81.229.215 provisto por ISP FIVERNEXT S.R.L. Se cursó 1 transacción de Consulta de Fondos.

iv. sesión 227C261034B0B1588F0227A731A41056.mobile2 comienza 16:18:44 y finalizo 16:18:44 por el canal MB con el usuario 2731697597 desde un teléfono celular identificado en la transacción como 0000000000000000e34c1e50d69cf76, que debería responder al IMEI del mismo. Se cursó una transacción, Cambiar Clave BANELCO. En el caso de esta transacción además de las respuestas habituales de MW se incluye una transacción de envió de correo electrónico. (respecto de IMEI ver Apéndice B de dicho informe).

v. sesión F53DF7A5B932E3318B203AF6F977CCFF.mobile2 comienza 16:19:18 y finaliza 16:22:28 por el canal MB con el usuario 2731697597 desde un teléfono celular identificado en la transacción como 0000000000000000e34c1e50d69cf76. Se cursaron 18 transacciones en la siguiente secuencia: Obtener Deuda e Identificador, Consultar Fondos, Consulta Bonos y Acciones, Consulta Cotización Moneda Extranjera, Consultar Montos de Prestamos, Consulta de Opciones de Prestamos Preemitidos, Consultar Opciones de Destino de Fondos, Consultar Opciones de Destino de Fondos, Alta de Prestamos Preemitidos, Consultar Opciones de Destino de Fondos, Consultar Opciones de Destino de Fondos, Confirmación de Préstamo Preemitido (\*), Consultar Opciones de Destino de Fondos, Consulta de Posición Consolidada, Obtener Deudas e Identificaciones, Consulta Fondos, Consulta Bonos y Acciones, Consulta Cotización de Moneda Extranjera. (\*) En el caso de la transacción “Confirmación de Préstamo Preemitido” el sistema MW incluye una transacción de envió de correo electrónico.

vi. sesión {17356A60-7FA6-48D8-9A72-31AD0C21AF96} comienza 18:19:59 y finaliza 18:19:59 por el canal IVR con el usuario 2731697597 IP Usuario 172.12.42.7

de un ISP de US. Se cursó una transacción, Consulta Tipo Clientes SC.”

Asimismo, el perito señala que el préstamo fue contratado mediante sesión MB (Mobile Bank), aclarando que éste no puede ser contratado por Cajero Automático.

Señala el perito que las operaciones efectuadas el día 30-01-2020 con la tarjeta de débito N° 4517570055899363 de propiedad de la actora consistieron en dos transferencias e indica que “De acuerdo a la información provista por el banco se realizaron 2 (dos) transferencias a las 16:45 del día 30 de enero 2020 por medio del cajero automático de la red BANELCO ubicado en la sucursal de Banco Patagonia Sudameris de la ciudad de Viedma Nro S1CSD114. La primera al CBU “0070138530004091987106 \$99.000– Banco Galicia” la siguiente al CBU “0200302111000020759944 \$98.000 – Banco de Córdoba”. Agrega que en ambos casos se trata de información provista por la red de cajeros automáticos BANELCO contenido en un informe de auditoría realizada por el banco a raíz de la denuncia recibida por María Romina Elorza Fernández”. Asimismo, señala que para obtener la totalidad de las transacciones es menester un oficio a la red BANELCO.

El perito Lic. Coan señala, en cuanto a las medidas de seguridad que “en el caso de un cajero automático se requiere de una contraseña seleccionada por el usuario y en el caso de Homebanking se requiere de un usuario y contraseña y para ciertas operaciones de un segundo factor de seguridad como ser Tarjeta Coordinadas o Token”.

En lo que respecta a errores en el Cajero, informa que ese día se efectuaron numerosas transacciones y se informa el total de las mismas, más no por usuario. Destaca que se disponibiliza la información del día 30-01-2020. Agrega que El 30-01-2020 no se registraron bloqueos de cuenta, pero si cambio de clave BANELCO tal como se indica en el punto 1) a) iv) desde la aplicación MB.

Efectúa un detalle de las medidas de seguridad dispuestas por el Banco y la información que brinda al respecto a sus usuarios.

En lo que respecta a la solicitud de movimientos de la cuenta, indica que la información es de gran volumen y no se discrimina por usuario.

Finalmente, respecto del punto 8 de pericia explica que “a. El préstamo no puede ser solicitado desde un cajero automático. b. En ninguno de los casos la advertencia forma parte de la navegación. En el caso de Homebanking la mismas es accesible fácilmente mediante un link de “+info” en la parte inferior de la pantalla.

Solicitud de explicaciones por parte del Banco Patagonia S.A.: dicha parte requirió que el perito aclarara en el punto 4, respecto de la tarjeta de débito que “si al operar cajero

automático además de la contraseña seleccionada por el usuario es necesario disponer de una tarjeta de débito y en su caso qué características tiene esa tarjeta de débito y que aclare el modo de obtener el usuario y contraseña para operar en Homebanking”.

Ante ello el perito respondió que para operar en la red de cajeros automáticos sobre las cuentas del Banco Patagonia se requiere una tarjeta de débito emitida por el banco a nombre del titular de la cuenta que está asociada a dicha cuenta. A la misma se adjuntan instrucciones para el uso de esta, e instrucciones para generar la clave. Destaca que tanto la clave como la tarjeta son intransferible y responsabilidad del titular de esta. Agrega que la generación del usuario y clave para operar por Homebanking se realiza a través de un “Código de Seguridad” que se obtiene por medio de cajeros automáticos de la red Banelco. Se ingresa igual que para cualquier transacción usando la tarjeta de débito y clave, se accede al menú para generación de claves para Homebanking y con la guía de la transacción se ingresa el tipo y número de documento con el que está registrada la cuenta y el cajero emite un comprobante con el “Código de Seguridad” que será requerido en Homebanking al momento de crear el usuario y clave para acceder a este servicio”.

Sobre el punto de pericia 6, la demandada solicitó que “el perito complete la respuesta e informe si al utilizar cajeros automáticos existe información sobre medidas de seguridad, prevención de fraudes, indicación de no divulgar datos de la cuenta, contraseña, PIN, usuario y/o clave de ingreso. Explique en su caso si la advertencia aparece en el cajero o en el sitio donde se ubica”.

Respecto de ésta consulta, el perito explicó que en donde están instalados los cajeros automáticos hay carteles explicativos respecto de que los datos relacionados con la cuenta y la indicación de que las claves son personales, no deben divulgarse y tampoco pueden introducirla para ser usada por terceras personas.

Respecto del punto de pericia 7 “solicitó que el perito conteste el requerimiento respecto de la existencia de operaciones efectuadas por la actora en cajero automático y homebanking no sólo el día 30-01-2020, solicitando para ello la información necesaria”.

En lo atinente a ésta petición, el perito señaló que “La demandada informó además de los movimientos del día 30-01-2020 incluidos en el informe de Pericia Informática del 03-11-2021, un reporte con información sumaria de los movimientos de 18 meses (abril 2019 a octubre 2020) realizados por la actora de 18 meses a través de los distintos canales del banco y cajero automático (atm). El informe enviado por el Banco Patagonia muestra actividad de la parte actora sobre sus cuentas durante todo el periodo

comprendido en este”. Asimismo, adjuntó un cuadro aclaratorio (ver aclaración del punto 3 obrante en SEON de fecha 05-05-2022)

Finalmente, sobre el punto de pericia 8 b solicitó aclaraciones y peticionó que “explique si al operar cajeros automáticos existe advertencia respecto del carácter personal de la tarjeta de débito y la obligación de no suministrar datos a terceras personas, no sólo en la navegación sino en forma externa. Esto es, en los sitios donde se ubican los cajeros automáticos”.

En lo que a esta aclaración respecta, señaló el perito que dicha indicación no sólo se encuentra en la cartelera, sino que también se puede visualizar cuando se navega de forma externa.

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

### **VIII.- Reconstrucción del Hecho.**

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

A la hora de valorar y fijar los hechos probados, se advierte que se ha producido un informe pericial informático como así también se han agregado actuaciones en el fuero penal con intervención de la OITEL conforme autos “Elorza Fernandez María Romina C NN S Estafa” Legajo N° MPF-VI.00163-2020 de trámite ante la 1ra CJ-Fiscalía N° 4. En ese sentido es que “ (...) a través de la opinión o dictamen de quienes tienen adquiridos conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, aun cuando el juez personalmente los posea. Se caracteriza por ser un medio de prueba indirecto, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través del perito, e histórico, desde que se configura como representativo en relación a aquel materia. (MORELLO, SOSA, BERIZONCE, Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación, Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág.331/332). (Conf. CACyCom. de La Matanza, Sala I, en los autos caratulados Credenti, Alberto y otros c/ Romero, Víctor y otros s/ daños y perjuicios (Causa N° 3510/1), 19/11/14).

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

De este modo, luego de analizada la prueba producida, tengo por reconstruido el hecho del siguiente modo y en varias secuencias. Secuencia 1: El día 30 de enero de 2020 se producen conversaciones en whatsapp entre el teléfono celular de la actora 2920-636196 y un teléfono celular identificado como 011-60308268 autoatribuido a un operador del Banco Nación. Como consecuencia de esa comunicación a la Sra. Elorza le extraen información específica para operar en su cuenta lo cual ha quedado descripto en el detalle de sesiones iniciadas e informadas por el perito informático. Secuencia 2: Interferido el acceso a la cuenta de la Sra. Elorza por tercera persona se efectúa cambio de clave Banelco. Secuencia 3: Advertido por los terceros de la posibilidad de acceder a un préstamo preaprobado se produce la contratación por un capital de \$ 200.000. Secuencia 4: Mediante la tarjeta de débito 4517570055899363 titularidad de la actora y en el Cajero Automático al que esta concurrió, como consecuencia de la maniobra se producen dos transferencias, una al CBU 0070138530004091987106 por la suma de \$ 99.000 al Banco Galicia a una cuenta titularidad de Cassandra Edith Sánchez, y otra al CBU 0200302111000020759944 por la suma de \$ 98.00 a una cuenta titularidad de Alejandro David Molina. Secuencia 5: La actora al perder comunicación con su interlocutor – supuesto agente del Banco Nación- comprende que ha sido víctima de una maniobra que tiene como consecuencia una disposición patrimonial de su parte y denuncia ello en Comisaría Primera de Viedma y en la entidad bancaria el mismo día 30/01/2020 conforme a lo dicho por la testigo Carunchio- o al día siguiente conforme a lo postulado por la propia actora. Secuencia. 6: El día 3/02/2021 el área de investigaciones especiales a cargo de la testigo Sra. Carunchio interviene en el reclamo – conforme a lo dicho por la propia testigo ya referida-.

A continuación trataré específicamente la cuestión de prejudicialidad, las definiciones del caso sobre la pretensión de nulidad del contrato de mutuo pre-probado en cuestión, es decir si es válido o no y a posteriori, en caso de corresponder, la responsabilidad civil que pueda caber conforme a la reconstrucción del hecho efectuada y el marco legal aplicable.

#### **IX.- Prejudicialidad.**

Primeramente, corresponderá analizar si en el caso existe prejudicialidad.

Ello así en base a que surge de la prueba producida en autos que se han labrado actuaciones penales identificadas como “Elorza Fernandez María Romina C/NN S Estafa” Legajo MPF-VI-00163-2020, la que oportunamente tramitó en Fiscalía N° 4 de esta Circunscripción Judicial – Seon presentaciones digitales de fecha 11/04/22-.

En dichas actuaciones, el Juez de Garantías interviniente declaró la incompetencia en razón del territorio por lo que las actuaciones se remitieron en fecha 7/07/21 al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

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

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

#### **X.- Validez y eficacia del Contrato de Mutuo.**

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

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

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

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

Sin embargo el Código Civil y Comercial suprimió las categorías de actos nulos y

anulables y prescribe que la falta de eficacia de un acto jurídico puede ser en razón de su nulidad o inoponibilidad (Art. 382 CC y C).

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

Con relación a ello, en base a la nueva clasificación legal, y en tanto el nuevo código abandonó la caracterización de actos nulos y anulables la doctrina nos recuerda que "En ese sentido -fuera de opiniones aisladas- se podía afirmar, en una primera aproximación general, que existía coincidencia generalizada en que el factor inspirador de la distinción debía centrarse en el "modo" en que se presentaba el vicio. Desde ese aspecto la pauta había sido unificada en su visibilidad o subrepción: si éste resultaba patente, ostensible, manifiesto, se estaría en presencia de un acto nulo; si por el contrario se encontraba oculto, larvado y requería una investigación de hecho para exteriorizarlo, el acto sería anulable. Sin que esa opinión se la considerara desacertada, se le habían incorporado precisiones que en realidad apuntaban más a la rigidez del vicio que a su visibilidad: así, se había afirmado que en el acto nulo la falta era rígida, determinada, invariable, e idéntica en todos los actos de la mismas especie; en el anulable, en cambio, el vicio se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial" Alterini Jorge H. Director General. Código Civil y Comercial Comentado. Thomson Reuters. La Ley. Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016. T. II. Pág. 106.

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

De ello da especial cuenta lo informado por la Fiscalía General respecto del listado de casos similares consistentes en denuncias por maniobras al tomar préstamos, lo cual se encuentra agregado en el SEON -documentos digitales en fecha 29-09-2021-.

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

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

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

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

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

#### **XI.- La responsabilidad Civil.**

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

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

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

Asímismo se dijo “esta norma abandona el régimen de la responsabilidad basada en la culpa, ya que éste resulta inadecuado y desprotege a la víctima al recaer sobre ella la carga de la prueba, siguiendo de este modo los postulados del nuevo derecho en materia de daños que, con una concepción más solidarista, centra la atención en el daño injustamente sufrido por sobre la conducta del dañador (cfr. esta CNCom., esta Sala A., 30.06.10 in re “Novoa Claudia Marcela c/ Taraborelli Aumobiles S.A y otro s.

ordinario). (Conf. Cám. Nac. de Apel. en lo Com., “Monti Eduardo Jorge y otro c/ Maynar AG S.A. y otro s/ sumarísimo”, 2012, Cita online: MJ-JU-M-71863-AR | MJJ71863 | MJJ71863).

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

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

Para ello tengo presente que la Sra. María Romina Elorza Fernández resulta ser cliente del Banco Patagonia S.A., y que al momento del hecho contaba con una cuenta sueldo identificada como CA\$ 299-299004462-000.

Cabe mencionar que la actora, en tanto cliente del Banco Patagonia S.A. y en el marco de la relación de consumo que la une a dicha entidad financiera, cuenta con acceso al paquete de productos que esta entidad ofrece. Dentro de este paquete de productos se encontraba disponible el préstamo preaprobado que resulta ser hoy objeto de controversia.

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

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

Por otro lado, he tenido en cuenta a los fines de tener por reconstruido el hecho que la Sra. Elorza no ha actuado voluntariamente, pues precisamente toma conocimiento y noción de lo que ha ocurrido con posterioridad a la concreción de la constitución del mutuo en la suma de \$ 200.000 y las consecuentes transferencias que disponen de los montos obtenidos mediante dicho préstamo desde su cuenta CA\$ 299-299004462-000 al CBU 0070138530004091987106 por la suma de \$99.000 correspondiente al Banco Galicia y al CBU 0200302111000020759944 por la suma de \$98.000 correspondiente al Banco de Córdoba.

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

Si bien en autos no surge una decisión jurisdiccional del fuero penal, cierto es que la maniobra de la cual la actora fue víctima, no es única y aislada exclusivamente respecto de ella sino que inscribe en una metodología defraudatoria que ha tenido éxito respecto de una cantidad importante de consumidores tal como surge de lo informado por el Ministerio Público -Seon Documentos Digitales de fecha 29/09/21-, limitado exclusivamente a la provincia de Río Negro. No obstante, es de público y notorio que este tipo de maniobras también se desarrollaron en otras provincias de la República Argentina.

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

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

Se ha dicho que "La causalidad adecuada está estrechamente ligada a la idea de regularidad, al curso normal y habitual de las cosas según la experiencia de la vida a lo que normalmente acostumbra a suceder. De allí que no haya causalidad del caso singular. Se parte de la idea de que, "entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes, sino que son de eficacia distinta", y de que "solo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario, de los acontecimientos. Según este punto de vista, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce" (Zannoni, Causación de daños (una visión panorámica) en Revista de Derecho de Daños, n.2003-2. p.8). El juicio de probabilidad se realiza a posteriori, ex post facto, y en abstracto, esto es prescindiendo de lo que efectivamente ha ocurrido en el caso concreto y computado únicamente aquello que sucede conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Para indagar si existe vinculación de causa efecto entre dos

sucesos es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, en abstracto, orientado a determinar si la acción u omisión que se juzga era apta o adecuada, según el curso normal y ordinario de las cosas, para provocar esa consecuencia (prognosis póstuma), si la respuesta es afirmativa, hay causalidad adecuada". Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Tomo I, parte general, primera edición revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 357 y 358.

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

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

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

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

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

Llegados a este punto debo recordar que surge de autos que la actora realizó la denuncia

el mismo día del hecho - 30/01/2020- conforme surge de de Acta labrada ante Comisaría Primera de Viedma -SEON Documentos digitales de fecha 7/05/21-, por otro lado de la declaración testimonial de la Contadora Carunchio Paloma en tanto Jefa de Investigaciones Especiales de la entidad financiera demandada surge que el caso de la actora llega a su dependencia interna el día 3 de febrero de 2020, cuando conforme a sus propios dichos como así también los de la actora, la denuncia fue inmediata ante la entidad bancaria.

No puede soslayarse tampoco lo enunciado por la testigo referida en cuanto a que tanto las transferencias bancarias como las solicitudes de préstamos preaprobados están disponibles las 24 hs. del día, los 7 días de la semana, mientras que la atención por operadores del banco demandado solo se habilita días hábiles y en horario bancario.

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

Por otro lado, de informe pericial informático, en contestación al Punto 1 de pericia surge que en la cuenta de la actora hubo muchos y diversos movimientos en un breve lapso de tiempo el día 30/01/2020 consistentes, en lo que aquí interesa, en Consulta de Fondos, Obtención de Alias desde CBU, Simulación de Transferencia, Cambio de Clave Banelco, Consulta de Monto de Préstamos, Consulta de Opciones de Préstamos Preemitidos, Alta de Préstamo Preemitido, Confirmación de Préstamo preemitido y Transferencias de Fondos obtenidos a través del préstamo a dos cuentas distintas del Banco Galicia y Banco de Córdoba.

Por otro lado, los movimientos consistentes en Cambio de Clave Banelco, Alta de Préstamos y transferencias ocurrieron de acuerdo con lo informado por el perito informático entre las 16:18:44 hs. y 16:45 hs. del día 30/01/20.

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

causa en el mutuo preaprobado sino también en la efectivización de las transferencias a cuentas de terceros.

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

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

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

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

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

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

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

actualización mínima anual, detallando también diversas funciones y tareas relacionadas con los procesos de seguridad para los referidos canales electrónicos; Comunicación A n° 6878 (24/01/20), en la cual se dispone (entre otras medidas) que las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas para el desarrollo de actividades ilícitas, como así también que se deberán adoptar medidas internas a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con la actividad declarada por el cliente, y se destaca la necesidad de implementación de mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones; Comunicación A n° 7319 (1/07/21), que determina (entre varios recaudos a tener en cuenta) que para la autorización de un crédito pre aprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante técnicas de identificación positiva, además de constatar previamente que los puntos de contacto indicados por el usuario del servicio no hayan sido modificados recientemente, y una vez verificada la identidad de la persona usuaria, deberá comunicarle (a través de todos los puntos de contacto disponibles) que el crédito se encuentra aprobado y que de no mediar objeciones el monto será acreditado en la cuenta a partir de las 48 hs hábiles siguientes. -

<http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A6017.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6878.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A7319.pdf>). Por lo expuesto, se advierte el deficiente control ejercido por la entidad financiera para impedir la efectivización de la maniobra delictiva ya señalada, vislumbrándose que las medidas de seguridad utilizadas por la denunciada claramente no han resultado eficaces para evitar aquélla, de la cual cabe excluir la voluntad de su víctima, pues no incide su posible negligencia o inexperiencia en las herramientas informáticas ante el aporte voluntario de datos personales a partir de un engaño que permitiera violentar el sistema bancario, ya que la concurrencia eventual de responsabilidades no puede liberar, sin más, al banco de los deberes de seguridad a su cargo, en tanto es quien debe extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques informáticos (criterio similar asumido en el fallo emitido por el Juzg. N° 22 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad de Bs. As., 12/07/21, en autos "C.R.L. c/Banco Macro Sociedad Anónima s/Relación de Consumo", SAIJ: FA 21370013). Es que se impone la responsabilidad de aquel que pone a disposición en el sistema financiero determinada modalidad de gestión y elige sus medidas de seguridad, en tanto

proveedora en una relación de consumo. De tal manera, si el presupuesto básico del servicio que presta y ofrece una entidad financiera implica que aquéllos sean gestionados y brindados con total seguridad para el cliente usuario, ello tanto cuando se lo haga en forma personal como cuando sea por medios mecánicos o electrónicos, entonces, si el banco invita al usuario a relacionarse comercialmente a partir de una modalidad nueva, debe necesariamente procurar la misma seguridad que si tal operatoria lo fuera realizada en forma personal, otorgando de tal manera al consumidor confianza en el medio empleado”. (Conf. Cam. Civil y Com. Ira Circunscripción “Agencia de Recaudación Tributaria -Dpto. Defensa del consumidor- Prov. Río Negro en autos: Cardozo Rody Mike c/Banco Patagonia -Expte. N° 2020-00076302-GDRNE-MEVDC ART s/APELACION (c)”).

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

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

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

Por otro lado, también se observa que relacionado con la garantización de la seguridad de los fondos de la Sra. Elorza, se encuentra el deber de informarle y advertirle, lo que por otro lado para la entidad bancaria consistía, no solo en informarle a la actora sino en constatar que efectivamente ella hubiera tomado un préstamo preaprobado incumpliendo así las obligaciones establecidas en los artículos 4 y cc de la Ley de Defensa del Consumidor,

Señala la doctrina “El deber de información reconoce ciertas características... El

fundamento del ´deber de información (...) está dado por la desigualdad que presupone que solo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables. La protección en favor del consumidor o profano se sustenta en una suerte de presunción de ignorancia legítima´ (CN Fed. CAdm. Sala II, 06-05-99, Poggi, José M. c/Secretaría de Comercio e Inversiones, J.A. 2000-III-381), lo que justifica la minuciosa regulación legal del deber de informar a cargo del proveedor”. (Conf. Wajntraub Javier H. “Régimen Jurídico del Consumidor” Comentado, 1ed. Revisada 1 reimpresión, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 43).

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

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

## **XII.- El daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.**

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

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

“...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala C Com. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)”;

ya que “...si no hay daño,

directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CN Civ., sala B, 28/9/84, E.D.112-233)”. Además, “...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L.1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas, 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 la devolución de la sumas de dinero, daños moral y punitivo.

**XII.1.- Devolución de sumas dinerarias:** La actora solicita como devolución la suma de \$ 208.000 conforme Punto VI.2 de demanda.

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

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

**XII.2.- Daño Moral:** Por éste rubro la actora solicita el monto de \$ 150.000 conforme Punto VI.3 de demanda.

En el ámbito contractual se ha dicho que “el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o

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

Asimismo, conforme ha puesto de manifiesto en la sentencia dictada por CAV en autos "Melivilos Belisle Nélica C/Sindicato De Trabajadores Viales Provincia De Río Negro S/ Ordinario", Expte. N° 8278/2017 (10-10-2018 voto del Dr. Ariel Alberto Gallinger): "en materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual solo puede existir en la hipótesis de incumplimiento intencional, (cfr. Llambias, J.J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, p. 353, n° 270 bis); por el contrario, la referencia del C Civ: 522 ) "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral", Buenos Aires, 1985, t. IV, ps. 118/119, n° 45; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 730, N° 1; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p.

229; Pizarro, R., y Vallespinos, C., ", ("Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana Cristina y otros. Ordinario CN Com Sala D; 30-04-2009; RC J 16807/09..." (conf. "Ponce Tomas Omar C/ Dietz Fernando Ángel S/ Ordinario. Expte. N° 8090/2016-CAV (voto la Dra. María Luján Ignazi), cabe tener presente que "...para que un incumplimiento contractual conlleve un daño de esta índole, es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios (conf. Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D \"Valentinuzzi Roberto Mac/ Centro Milano SaS/Sumarísimo\", en fecha 18.08.16)".

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

En ese sentido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$ 200.000 a la fecha de la presente siendo que de ahí en más y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago devengará intereses conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

**XII.3.- Daño Punitivo:** Por éste rubro la actora solicita el monto de \$1.000.000 conforme Punto VI.4 de demanda.

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

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

También se ha dicho que “el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva” (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. "Reformas a la ley del consumidor". LA LEY 16-03-2009. La ley 2009-B, 949). (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados “Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro-abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...”, Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01-07-14).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el

lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en \"Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván - Abreviado- Exp. N° 1745342/36\", Sentencia N°: 181, Fecha: 27-10-2011, Semanario Jurídico: n°: 1846, del 1/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321). Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder frente al incumplimiento de la obligación de seguridad y debida custodia de los fondos que se presumían tomados por la usuaria de servicios financieros, a lo que agrego que una vez adquirido el conocimiento de los acontecidos por la entidad financiera el trato dispensado a la actora no puede ser calificado de digno conforme a los estándares previsto por la LDC, extremos que ha de considerarse de suficiente gravedad en el caso aquí tratado, todo lo cual me lleva a la convicción de tener por comprobada la violación del art. 8 bis de la LDC interpretado en función de las previsiones del art. 52 bis de la LDC.

De este modo, en orden a ello he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa a la fecha de la sentencia fijándola conforme a parámetros del art. 47 citado en el art. 52 bis de la LDC y fundamentos dados en el presente Considerando de acuerdo con circunstancias del caso en la suma de \$ 500.000 a la fecha de la presente siendo que de ahí en más y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago devengará intereses conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

### **XIII.- Conclusión.**

Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por la Sra. María Romina Elorza Fernández en fecha 7/10/2020 y conforme fundamentos dados en Considerando X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia S.A. a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 200.000 por Daño Moral y la suma de \$ 500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando XII.2 y XII.3 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J., y diferir la cuantificación del rubro devolución sumas de dinero conforme a

pautas dadas en Considerando XII.1.

**XIV.- Costas y honorarios.**

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

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

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

Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello en tanto aún resta cuantificar el rubro devolución de sumas de dinero conforme Considerando XII.1.

Por los fundamentos expuestos;

**RESUELVO:**

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por la Sra. María Romina Elorza Fernández en fecha 7/10/2020 y conforme fundamentos dados en Considerando X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia S.A. a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 200.000 por Daño Moral y la suma de \$ 500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando XII.2 y XII.3 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J., y diferir la cuantificación del rubro devolución de sumas de dinero conforme a pautas dadas en Considerando XII.1.

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

III.- Regístrese, protocolícese y notifíquese conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 9/2022.

Leandro Javier Oyola

Juez