

Viedma, 17 de marzo de 2025.

EXPEDIENTE: "MORON, CRISTIAN NELSON C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/SUMARÍSIMO - DAÑOS Y PERJUICIOS" - EXPTE. N° VI-00213-C-2022.

ANTECEDENTES:

1.- En fecha 05/07/2022 se presenta Cristian Nelson Morón por medio de apoderado y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Patagonia SA por la suma de \$ 1.300.000 con el objeto de que se declare la nulidad del mutuo electrónico y se condene a la demandada a la restitución de las cosas al estado anterior al hecho, por daño moral y daño punitivo. Asimismo, peticiona el beneficio de gratuidad conforme lo establecido en el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Relata que en enero de 2020 publicó a la venta en la red social Facebook ("Marketplace), una camioneta Chevrolet C10 año 1972 de su propiedad.

Expresa que el día 11/01/2020 recibió un llamado del número 0299583031, quien dijo llamarse Hugo Andrés Herrera DNI 31.095.565, con interés de comprar el vehículo. Esta persona solicitó a Morón los datos de un CBU a fin de transferirle una suma de dinero en concepto de seña de \$100.000 y que el día 13/01/2020 entregaría el dinero restante contra la entrega de la camioneta. Por tal razón accedió a brindarle los datos de su cuenta bancaria.

Señala que pasados unos minutos Herrera le dijo que había surgido un inconveniente con AFIP, que debía retractar la operación y resuelta la observación de AFIP, repetiría la operación. Para ello Morón debía devolverle el dinero por lo que realizó la transferencia de \$ 99.000 al CBU 0170336640000031796736 que le informaron.

Indica que, posteriormente, ingresó a su Homebanking para verificar sus movimientos y observó que le habían generado un préstamo personal por \$100.000. Ante tal circunstancia, concurrió a la sucursal de calle Tucumán del Banco Patagonia y trató de comunicarse por medio del teléfono que se encuentra al lado de los cajeros sin que fuera atendido por nadie. Agrega que llamó a los números de la tarjeta de débito, pero no fue atendido lo que se tradujo en angustia y desesperación ya que habían generado un préstamo sin su consentimiento y debía esperar hasta el lunes 13/01/2020 para comentar en el Banco lo sucedido.

Aclara que el día 11/01/2020 a las 15 h efectuó la denuncia penal en la Comisaría N° 30 del Barrio Guido. Asimismo, el día 13/01/2020 se presentó en el Banco Patagonia, para poner en conocimiento lo sucedido donde fue atendido por el empleado Matías Orellano, quien le dijo que no podía hacer nada y lo único que podían hacer era

ofrecerle cancelar el préstamo en forma anticipada.

Agrega que ante tal circunstancia y frente a las pocas posibilidades que le ofrecía, el día 31/01/2020 procedió a retirar la suma de \$ 110.000 que tenía ahorrados en una caja de ahorro del Banco Nación y luego de una ardua negociación con la demandada consiguió en fecha 6/02/2020, la posibilidad de cancelar anticipadamente el préstamo, generado sin su conocimiento y consentimiento, abonado la suma de \$110.000.

Refiere que, flexibilizadas las medidas adoptadas con motivo de la pandemia, las noticias referentes a estafas bancarias, el 09/09/2020 la Carta Documento 37203673 procedió a remitir al Banco Patagonia SA peticionando la anulación del préstamo y la devolución del dinero más sus intereses. Dicha misiva fue respondida por la demandada el día 08/10/2020 mediante Carta Documento O0076134-9, donde rechazó los argumentos de la actora e intimó a que se abstuviera a formular reclamos infundados. Manifiesta que se celebró una audiencia de mediación, en noviembre del 2020, la cual se cerró sin acuerdo.

Esboza un acápite referente al contexto socio cultural del momento del hecho. Indica que tenía usuario de Homebanking, sabía ingresar, revisar su cuenta y efectuar transferencias como así también conocimientos del deber de custodia de su clave. No obstante, destaca la obligación del Banco en esos momentos de informar de forma fehaciente en qué consistía la clave token. Asimismo, si bien reconoce que generó dicha clave y la suministró, no tenía conocimiento en ese momento de la existencia de los préstamos online y la flexibilidad con que era otorgado. Refiere que resultó ser víctima de vishing, una de las técnicas de engaño a usuarios bancaria, la cual describe en detalle.

Enumera la estructura normativa de protección del usuario financiero, el diálogo de fuentes que se produce entre el deber de seguridad, los lineamientos de ciber seguridad establecidos por el BCRA, la información y educación para el consumo, la participación de la víctima en el hecho. Destaca el deber de seguridad de la entidad bancaria involucrada en estos autos.

Manifiesta la ineficacia del contrato de mutuo que se otorgó a la víctima y peticiona la nulidad de este.

Efectúa la liquidación de los rubros pretendidos, funda en derecho, ofrece prueba y concreta su petitorio.

2.- Conforme providencia de fecha 06/07/2022 se le asigna al trámite el proceso sumarísimo, se tuvo presente el beneficio de gratuidad y se ordena el traslado de la

demanda y la vista al Ministerio Público Fiscal, la cual fue evacuada en fecha 08/07/2022.

3.- En fecha 29/07/2022 se presenta el Banco Patagonia SA mediante apoderados, contesta la demanda incoada en su contra y solicita su rechazo.

Niega todos y cada uno de los hechos afirmados que no sean objeto de expreso reconocimiento en el escrito de contestación. Impugna la liquidación practicada y desconoce toda la documental acompañada por la actora.

Efectúa precisiones fácticas entre las que destaca desconocer la existencia del hecho ilícito denunciado por el actor por no constarle. Agrega a ello la carencia de soporte documental respecto del vehículo publicitado por Morón y el desconocimiento del avance de la causa penal.

Sostiene la validez de las operaciones bancarias efectuadas en las que informa que el préstamo fue otorgado en forma electrónica válida, por lo que niega que el actor no haya pretendido obtenerlo. Agrega que frente al reclamo por el actor en septiembre de 2020 el banco efectuó la correspondiente revisión de las operaciones y de acuerdo con los registros se determinó que el día 11/01/2020 a las 13:25 obtuvo un préstamo a través de la plataforma electrónica Mobile Banking por la suma de \$ 100.000 y que luego de la retención de impuestos se acreditó en su cuenta bancaria la suma de \$ 99.250. La operación aparece en el resumen de cuenta con fecha 13/01/2020 ya que los días 11 y 12 eran sábado y domingo.

Explica que, para la obtención del préstamo bancario a través de una plataforma electrónica, el cliente debe ingresar con su clave de Homebanking que se obtiene en cajero automático con la tarjeta de débito y la clave PIN de seguridad ambos del titular de la cuenta bancaria y de carácter intransferible. Asimismo, la solicitud del mutuo solo se pudo efectivizar por Homebanking mediante la utilización de esa clave. De modo que la concesión y acreditación del préstamo no podría haberse realizado sin la clave de Homebanking, que es personal del cliente y que el actor declaró conocer.

Sostiene que el actor afirma que la persona que efectuó el llamado obtuvo un préstamo bancario online y que luego él efectuó la transferencia. Afirma que, en caso de haber sucedido tal como indica Morón, él debió haber suministrado al tercero la clave de Homebanking cuyas características el actor refirió conocer y afirma que sabe que debe resguardarla.

Aclara que la obtención de un préstamo online no requiere clave token de seguridad por cuanto el préstamo se acredita en la cuenta del cliente. En este caso el préstamo se

obtuvo desde una plataforma electrónica previo ingreso con clave de Homebanking válida que es de uso personal e intransferible del cliente y que el actor declara conocer. Por tal razón no se requirió ni era necesaria la clave token que se afirma desconocida por cuanto el dinero se acreditó en la cuenta del actor. Agrega que no se registraron errores ni bloqueos de cuenta.

Afirma que no ha existido una violación de las medidas de seguridad del banco ni el mismo se ha verificado por falta de conocimiento del actor a las medidas de seguridad para operar en plataforma electrónica o cajeros automáticos que expresamente declara conocer.

Enuncia que de haber ocurrido lo que plantea el actor, ello es producto de su conducta negligente, toda vez que sin verificar la identidad de la persona que efectuó el llamado facilitó a éste los datos de su cuenta bancaria y clave Homebanking para operar en plataforma electrónica. Argumenta que Morón llevo a cabo tal conducta pese que es público conocimiento de que los datos de las claves bancarias no deben ser divulgados de ninguna manera ni transmitidos a terceros. Ello es conocido por el actor quien sostuvo que ser usuario de Homebanking, conocer la forma de acceso y operación y conocer el deber de custodia de sus claves.

Resalta que la clave Token (como antes las tarjetas de coordenadas) resultan necesarias para transferir dinero desde la cuenta bancaria en forma electrónica, mas no para la obtención de préstamos online por cuanto el dinero no sale del patrimonio del cliente, sino que se acredita en su cuenta bancaria. Y, agrega, el actor transfirió los datos de su clave de Homebanking cuyo deber de resguardar y función el actor conocía.

Niega que haya omitido adoptar medidas de seguridad y que como consecuencia de ello haya sido la causa del hecho ocurrido al actor, ni se trata de un supuesto de falta de información o advertencia. Estas medidas de seguridad elementales se aplican a toda persona que opera los servicios bancarios conoce y debe respetar.

Enfatiza que no hay violación del sistema de seguridad de operaciones bancarias sino un acto negligente del actor quien actuó sin la más mínima diligencia.

Resalta que los usuarios de los servicios bancarios deben ser quienes deben proteger sus credenciales y datos de seguridad. No obstante, cuando el Banco el recibió el reclamo del actor, el dinero no se encontraba en la cuenta del accionante, sino que había sido transferido por él a la cuenta de un tercero lo que hace imposible reversar el préstamo bancario.

Sostiene que el Banco no es responsable de los hechos denunciados ni estos se han

producido como consecuencia de omisión alguna imputable a su parte. Expresa que surge de los propios dichos del actor su falta de diligencia y que resultó ser él quien violó su deber de no divulgar sus claves.

Expresa que se trató de una situación en la cual la responsabilidad es de la víctima, quien omitió adoptar la actitud diligente que corresponde a un usuario de servicios bancarios. Agrega que no ha habido de su parte una deficiente prestación del servicio bancario ni falta adecuada de atención al cliente.

Destaca la forma que su parte brinda información y señala que en la página web del Banco existe un sector de seguridad donde se explica de manera precisa las medidas de seguridad.

Indica que, al no existir un ilícito, como consecuencia no existe responsabilidad de su parte. Rechaza la pretensión del actor, ya que lo ocurrido no es consecuencia de una conducta incumplidora de su parte.

Funda en derecho, ofrece prueba que hace a su parte y concreta su petitorio.

4.- Corrido el traslado a la actora, en fecha 20/08/2021, la misma reconoce expresamente los resúmenes de cuenta en los que constan detalles de las operaciones, acreditación del préstamo y transferencia desde la página 54 a la 193. Sobre de la solicitud de productos y servicios solamente reconoce la página 32, ya que es la única que aparece firmada por él. Reconoce que la firma inserta en el punto 2 al final corresponde a la suya, pero desconoce el resto del documento que allí se adjunta, por no constarle su autenticidad material ni sinceridad de su contenido. Efectúa el desconocimiento de los resúmenes de cuenta en los que constan detalles de las operaciones desde la página 1 a la 53 dado que corresponden a su madre María Antonia Pérez. Solicita, ante la existencia de hechos controvertidos, la audiencia preliminar.

Atento ello en fecha 23/08/2021, frente la existencia de hechos controvertidos, se fijó audiencia preliminar del artículo 361 del CPCC, (Ley P 4142 vigente al momento de su celebración), de lo que da cuenta el acta de fecha 15/11/2022 y ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de la prueba.

En fecha 28/11/2024 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del término probatorio, se decreta su clausura y se ponen los autos para alegar, por lo que en fecha 17/12/2024 la actora y la demandada presentan sus alegatos.

En fecha 11/02/2025 se llama a autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO:

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

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

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

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.

En orden a esa determinación he de aplicar para resolver el presente caso, 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 las circulares correspondientes del Banco Central.

III.- 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.

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

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

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

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

Ha previsto también el Código Civil y Comercial un capítulo específico que regula a los contratos bancarios, que entre sus disposiciones generales contiene un parágrafo 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 CC y C 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 definida actualmente por el art. 1408 como aquél "El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado".

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

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

consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).

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

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

No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. -conf. art. 356 CPCC titulado apreciación de la prueba-.

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

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

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

V.- Por otro lado, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño.

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

En efecto, la Ley citada, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”; en referencia al prestador del servicio. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. En estos términos, “corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...)”, por el contrario, “(...) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. “Aspectos procesales”, cit. LL 2010-C-1281 y sigtes”. (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2015).

VI.- Efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 356 del CPCC y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 3 del CCyC.

Corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están, surgiendo que están contestes en que la actora resulta ser cliente del Banco Patagonia SA, 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 – presentado en PUMA 05/07/2022-: Carta poder certificada por el Juzgado de Paz; Denuncia Penal; Formulario N° 5 certificado por CIMARC en proceso: Legajo N°00563-VICM-2020 “Morón Cristian Nelson y Banco Patagonia s/Mediación”; CD N° 032106515 remitida al Banco Patagonia; Copia CD N°0076134-9 remitida por el Banco Patagonia; Cuatro Tickets: tres del Banco Nación y uno del Banco Patagonia.

VII.1.2.- Documental acompañada por la demandada -presentado en PUMA 29/07/2022-: Solicitudes de productos y servicios; Resúmenes de cuenta donde constan detalles de las operaciones (acreditación del préstamo, transferencia efectuada). Asimismo, ofrece la página web oficial de la entidad www.bancopatagonia.com.ar.

VII.2.- Informativa:

VII.2.1.-Agencia de Recaudación Tributaria, Departamento de Defensa del Consumidor -agregado a PUMA 07/12/2022-: Informa que existen 23 reclamos contra la firma Banco Patagonia SA y una sanción de \$ 250.000 por motivo de incumplimiento al deber de seguridad e información con la contratación de préstamos relacionados a engaños telefónicos.

VII.2.2.- Ministerio Público Fiscal -agregado a PUMA 14/04/2023-: Detalla el listado de actuaciones de todas las circunscripciones judiciales labradas en virtud de hechos como el debatido en autos.

VII.2.3.- Banco Central de la República Argentina -agregado a PUMA 31/03/2023-: Informa que la función de la Auditoría Externa de Sistemas consiste en controlar las áreas de tecnología informática y de sistemas de información de entidades financieras, bancos entre otros, a fin de verificar el cumplimiento de las normas que dicta el Banco Central. Controlan los canales electrónicos de los Bancos. En ese contexto refiere que el

Banco Patagonia posee inspecciones ajustadas a los cronogramas anuales de revisión y detalla los efectuados al momento del informe.

Detalle de los reclamos o quejas con temática similar a la de autos, los que se han clasificado conforme: "Régimen Informativo de reclamos" bajo el código 304 "Productos no solicitados" (<https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Textord/t-RI-CR.pdf>). Cabe señalar que esta codificación no es exclusiva préstamos otorgados por banca electrónica, por lo que conviven con otras temáticas y formas de otorgamiento de préstamos. Esa codificación es utilizada por la Gerencia de Atención al Usuario de Servicios Financieros ante los trámites ingresados por los formularios webs descriptos en el punto 4.1. de las normas sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros (<https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Textord/tpusf.pdf>).

Agrega que durante el período correspondiente al 01/01/2019 al 30/11/2022 ingresaron 9 trámites webs contra el Banco Patagonia SA discriminados como Reclamos por Formulario Web, 3 y Quejas 6.

VII.2.4.- Gerencia de Seguridad Informática y Protección de Activos de la Información del Banco Patagonia -agregado a PUMA 25/04/2023-: Refiere que el Banco Patagonia SA ha tomado conocimiento de denuncias por maniobras fraudulentas efectuadas por terceros. Señala que desconoce las razones de los ataques virtuales, circunstancia que debe verificar la justicia a través de investigaciones. Destaca que el sistema del Banco Patagonia SA es seguro y responde a las normas ISO 27001 vigente y la normativa establecida por el BCRA Comunicación "A" 4609, y sus modificatorias. Manifiesta que se hacen las auditorías correspondientes, campañas de concientización para identificar amenazas. Detalla las medidas de seguridad y agrega que, de conformidad a la normativa del Banco Central de la República Argentina vigente, la entidad está facultada para que ante una operación sospechosa, puede frenar los fondos por un período determinado a fin de analizar la operación. Indica que el banco tomó conocimiento del reclamo del actor el 10/09/2020.

VII.2.5.- Prisma Medios de Pago SA -agregado a PUMA 29/05/2023, 12/09/2023, 19/12/2023, 26/04/2024, 27/05/2024 y 11/09/2024-: Informa que de sus registros surge localizado un movimiento con la tarjeta del actor en el Cajero del Banco Patagonia SA de Calle Tucumán 49 de Viedma (S1GSD252 CONGRESO DE TUCUMAN 49 VIEDMA RNG).

Asimismo, del informe incorporado en fecha 12/09/2023 surge el movimiento de transferencia bancaria por la suma de \$99.000 a la cuenta denunciada por Morón a las

13.42 hs.

Cabe destacar que en fecha 11/09/2024 la requerida aclara que NewPay SAU (empresa fusionada que absorbió a Prisma Medios de Pago) "es ajena a la concreción efectiva o no de las operaciones, como así de los eventos irregulares que puedan derivarse de las mismas y/o de la utilización de los cajeros automáticos, los que son atendidos y están a cargo exclusivo de las entidades financieras que los tercerizan y que los tienen en sus establecimientos o en otros lugares siempre bajo la guarda jurídica y material de tales entidades (Comunicación "A" 2241 , Capítulo II, Sección 9 del BCRA)". En el informe correspondiente al 16/08/2023 indicó que todas las operaciones del día 11/01/2020 se encuentran aprobadas. No se verificó ninguna operación rechazada, ni bloqueos. Aclaró que solo hay generación de clave Homebanking ese día. Se adjuntó un Excel con el detalle.

VII.3.- Informativa Subsidiaria:

VII.3.1.- Correo Argentino -agregado a PUMA 27/02/2023-: Certifica la copia de la Carta Documento 032.106.515AR. Fue impuesta el día 09/09/2020 y entregada en destino el día 10/09/2020 a las 9.45 por una persona de apellido Maldonado.

VII.3.2.- Comisaría N° 30 Barrio Guido Viedma -agregado a PUMA 04/04/2023, 24/07/2023, 15/09/2023 y 19/10/2023-: Informa que en el Libro de la Comisaría no consta registrada la denuncia. No obstante, observa, en el informe remitido en fecha 19/10/2023, que fue derivada por razones de jurisdicción a la Comisaría Primera de Viedma. Asimismo, surge informe del preventivo correspondiente. Este último se encuentra informado específicamente en el Preventivo N° 22 "DG3-P" (12-01-20) - Parte Elevatorio Ns 18 "DG3 PE" (13-01-20), que fueron elevadas al Ministerio Público Fiscal.

VII.3.3.- Banco Nación Argentina -agregado a PUMA 10/04/2023-: Remite copia certificada de los comprobantes de retiro de fondos de la cuenta perteneciente a Cristian Nelson Morón.

VII.3.4.- Organización Coordinadora Argentina SRL (OCA) -agregado a PUMA 01/02/2024-: Refiere que la copia de la Carta Documento OCA CDJ00761349 concuerda con el ejemplar que obra en sus registros. Fue impuesta el día 05/10/2020 y entregada en destino el día 19/10/2020.

VII.4.- Informe Pericial Informático -agregado a PUMA 16/05/2023-: Elaborado por el Lic. Gastón Semprini, del Cuerpo de Investigación Forense de este Poder Judicial.

Puntos de pericia solicitados por la parte actora:

Detalla las operaciones bancarias en la cuenta de titularidad de Morón del día 11/01/2020.

Con relación al Punto 1) consistente en detallar las operaciones registradas en la cuenta de titularidad del accionante el día 11/01/2020 desde la terminal del cajero automático y a través de la banca móvil indicando hora de cada operación contestó que "...se observó que en los movimientos existieron operaciones bancarias registradas en el día 11/01/2020. En dicha fecha se observa un error en la operación de envío de correo electrónico cuando se realiza cambio de clave Banelco. Se observa que los canales de las operaciones en el día 11/01/2020 fueron mediante el Home Banking (EB), Banca Móvil (BM) y Canal Telefónico (IVR). Existen movimientos por Número de Documento, CUIL, ID del dispositivo móvil y IP de conexión. Se exportaron a formato PDF para poder ser visualizados" (ver carpeta adjunta Entrega/actora/Punto 1).

Respecto del Punto 2) referido a la determinación del modo de contratación, canal, hora y condiciones del préstamo bancario de fecha 11/01/2020 contestó que "... El modo y canal por el cual se realizó la contratación del préstamo fue la "Banca Móvil" MB realizándose el alta a las 13:25 hs del día 11/01/2020. (Ver carpeta Entrega/actora/Punto2/Morón_Detalle de Transacciones.pdf. Alta de Préstamo). En relación a las condiciones y detalles del préstamo se puede observar en los detalles del mensaje que el importe solicitado fue \$100.000, a una tasa del 83% (ver detalle de capturas de pantallas)".

Conforme al Punto 3) consistente en determinar las transferencias cumplidas en fecha 11/01/2020 con la tarjeta de débito de titularidad del actor, especificar cuenta de origen y destino y terminal desde la cual se efectuaron la transferencia señaló "... la transferencia cumplida el 11 de enero de 2020 se observa en el documento "Causa Morón Extractos Bancarios.pdf" aportado. En la página 55 se observa la transferencia registrada con fecha 13/01/2020". Aclara que si bien en el extracto bancario figura registrado el día 13/01/2020, de las operaciones proporcionadas por el banco se constata que la operación fue realizada el día 11/01/2020. agrega que el banco no cuenta con información por sistema sobre la transferencia cumplida ya que esa información debe recabarse en Prisma.

Con referencia al Punto 4) consistente en determinar las medidas de seguridad (tarjeta, clave de ingreso, PIN, usuario y contraseña) que exige el sistema para operar desde una terminal de cajero automático y a través de la banca electrónica -Homebanking- para el alta de un préstamo on line, el perito manifestó que "el Banco contaba con distintas

medidas de seguridad para efectuar las operaciones bancarias por terminales electrónicas, para ello se utilizan distintos “factores de autenticación” que tienen diversos factores: “algo que sabe” tales como contraseña o datos personales; “algo que tiene (tarjeta TC/TD, token) y “algo que es” (característica biométrica). Aclara que algunas operaciones conllevan doble factor de autenticación con la tarjeta de coordenadas. Explica en detalle los factores señalados. Acompaña instructivo sobre la forma de operar en los cajeros automáticos. Indica que las medidas de seguridad para operar con cajero automático es tarjeta + PIN, para operar con el Homebanking (EB) y/o Mobile Banking se utiliza usuario y contraseña.

Explica en detalle el alta de un préstamo. Aclara que ello solo puede hacerse a través del Homebanking con usuario y contraseña, realizar los procedimientos indicados en la secuencia de solicitud de preaprobados (ver manual Patagonia E-bank personas 043). Adjunta la circular 6017 del Banco Central de la República Argentina. Asimismo, acompaña manual Patagonia E-bank Personas, versión 49.

Respecto del Punto 5) consistente en determinar qué cantidad de operaciones se registraron por cajero automático o Homebanking de la cuenta del accionante durante los años 2019 y 2020, contestó que el banco no cuenta dicha información toda vez que debe ser recabada a través de Banelco (Prisma) Asimismo expresó que “la cantidad de operaciones realizadas por el Homebanking de Morón en 2019 fueron 1393 y en 2020 1496. (ver carpeta actora/punto 5/operaciones 2019 y 2020)”.

En lo que respecta al Punto 6) relativo a que determine de qué dirección IP realiza habitualmente el accionante sus operaciones, el perito señaló que “adjunta los IP de conexión y dispositivo habituales y aclara que “los IP de conexión son asignadas por un proveedor de internet, si bien cada usuario / cliente cuenta con un IP único e irrepetible, los mismos van variando aleatoriamente en un periodo de horas (proveedores de internet de telecomunicaciones como ser Movistar, Personal, Claro, Tuenti) y con un periodo de 12, 24, 48 hs o con el apagado y prendido del router de proveedor. Por lo tanto, el banco no puede identificar el usuario del proveedor de internet, lo que si puede establecer con que IP de conexión realizó una operación específica. Se adjunta el listado de IP de conexión y dispositivo con el cual se realizaron las operaciones desde el 4/01/2020 al 22/07/2022”. (Ver actora/punto6/operaciones 2020-2022 IP de conexión y dispositivo.pdf).

En lo atinente al Punto 7) consistente en determinar desde qué dirección IP se realizó el alta del préstamo del día y la dirección de IP de destino de estos indica que “El préstamo

fue dado de alta desde un dispositivo móvil con el IMEI 00000000000000006b25bc5685f2a262. (ver actora/punto7/altas préstamos IP_Dispositivo.pdf).

Con relación al Punto 8) consistente en determinar el detalle y qué tipo de operación se registró el día 06/02/2020 y todo otro dato de interés respondió que “el día 06/02/2020 se observó, en la página 59 los extractos bancarios, dos operaciones: 6/02/20 DEPOSITO EN EFECTIVO P/CAJA 110.000,00 y 6/02/20 AMORT.S/PRESTAMO OTORG. 108.753,18”.

Puntos de pericia solicitados por la parte demandada.

Punto 1) contestado en el punto 1 de solicitud de la actora.

Punto 2) contestado en el punto 2 de solicitud de la actora.

Punto 3) contestado en el punto 3 de solicitud de la actora.

Punto 4) contestado en el punto 4 de solicitud de la actora.

En lo que respecta al Punto 5) contestado en el punto 5 de solicitud de la actora el perito aclara que “En lo que respecta al alta de un préstamo, solo puede realizarse por el Homebanking, ingresando con “usuario y contraseña”. Dentro del Homebanking el cliente podrá acceder a la opción de PRESTAMO y realizar los procedimientos indicados en la secuencia de solicitud de préstamos pre-aprobados...”.

En lo que respecta al Punto 6) en el cual se indica que informe si se registran errores en las operaciones anteriores y si en la fecha 11/01/2020 se registran bloqueos de cuenta o blanqueos de PIN contesta que no queda claro a qué se hace referencia con errores en las operaciones anteriores. Por ello informó los errores registrados el día 11/01/2020 y si los mismos fueron anteriores o posteriores al otorgamiento del préstamo. Refiere que se registran errores posteriores a la asignación del préstamo. El código 500053 corresponde a que los datos ingresados son incorrectos y el error 500062 que la clave se encuentra bloqueada. (ver demandada/Punto6 errores de bloqueo y datos erróneos.pdf).

En lo atinente al Punto 7) por el cual se le solicita que determine si en la página web del Banco Patagonia SA y al utilizar cajeros automáticos y Homebanking existe información sobre medidas de seguridad, prevención de fraudes, indicación de no divulgar datos de cuenta, contraseña, PIN, usuario y/o clave de acceso informa que "Las siguientes páginas indican las medidas de seguridad informadas por el Banco Patagonia www.bancopatagonia.com.ar: a) Seguridad online <https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/online.php>; b) Seguridad en cajeros automáticos

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

1. c) Seguridad Patagonia Móvil: <https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/patagonia-movil.php>; d) Seguridad por teléfono: <https://www.bancopatagonia.com.ar/ebank/personas/seguridad/telefono.php>

En lo que respecta al Punto 8) relativo a determinar si se registran operaciones por cajero automático o Homebanking de la cuenta de la accionante y desde que fechas señala que ha sido contestado en el punto 5 de solicitud de la actora. Destaca que se registran operaciones por Homebanking

Finalmente enuncia el Punto 9) referente a todo otro dato de interés respecto de las operaciones electrónicas referidas se encuentra sin responder.

Solicitud de explicaciones por parte del Banco Patagonia SA en fecha 30/05/2023:

En tal sentido solicitó explicaciones respecto de lo siguientes puntos: “Actora 1) Si el error detectado influye en la operación del préstamo realizada por el canal. Actora 4) si el banco cumple con las RCA014 y RCA015 en lo que respecta a longitudes mínimas según canal. Actora 4) Si los fondos fueron acreditados en la cuenta del cliente y si existe otra manera de hacerse de los fondos (...)”

Contestación del perito informático en fecha 08/10/2024: Explicó respecto del Punto 1) que "el error detectado solo indica que no fue enviado el correo electrónico de la transacción realizada, no debiendo influir en la operación del préstamo realizada por el canal".

Respecto del punto consistente en si el banco cumple con las RCA014 y RCA015 en lo que respecta a longitudes mínimas según cana informa que se desconoce debido a que dicha pregunta no se encontraba dentro de los puntos de pericia solicitados, tanto de la parte ACTORA como de la 2 parte DEMANDADA, entendiéndose que no debería darse contestación a dicho punto.

Explica lo relativo al Punto “4) Determine las medidas de seguridad (tarjeta, clave de ingreso, PIN, usuario y contraseña) que exige el sistema para operar desde una terminar de cajero automático y a través de la banca electrónica – Homebanking. Contestada en el punto 4 de los puntos de pericia de la parte ACTORA.”

Por último aclara el Punto 3) e indica que respecto al "Punto 7 de la demandada y habiendo dado contestación parcial, se informa que en la página del Banco Patagonia existe información de medidas de seguridad indicando que nunca se solicitaran datos

como por ejemplo: “Nunca te vamos a solicitar tus claves, ni tu Token Patagonia para operar por teléfono”, “No compartas ni anotes tu clave de Patagonia en Línea”, “Confidencial: nadie en Banco Patagonia te solicitará tu clave de acceso a Patagonia eBank por ningún medio y bajo ningún concepto. No respondas e-mails ni llamados si te solicitan información”. Finalmente detalla las páginas de seguridad informadas por la entidad demandada.

Ampliación de pedido de explicaciones el Banco Patagonia SA en fecha 22/10/2024:

Refirió que el perito "no se ha expedido sobre los requisitos de seguridad que exigía el sistema al momento del hecho para solicitar y otorgar préstamos y si el banco cumplió". Asimismo, solicita que informe "si los fondos fueron acreditados en la cuenta del cliente y si existe otra manera de hacerse de los fondos".

Contestación del perito informático en fecha 30/10/2024: Responde "Que lo solicitado no corresponde realmente a lo solicitado en algún punto de pericia de la contesta demanda. Concretamente el punto de pericia era: 5) Indique las medidas de seguridad necesarias para obtener un préstamo on line y cuenta en la que el importe del préstamo se acredita. Dando como contestación en la pericia entregada con fecha 30/03/2023". Ello fue contestado en el punto 4 de los puntos de pericia de la parte ACTORA.

En tanto el perito considera que la respuesta no ha sido refiere que "5) Indique las medidas de seguridad necesarias para obtener un préstamo on line y cuenta en la que el importe del préstamo se acredita. En lo que respecta al alta de un préstamo, solo puede realizarse por el Homebanking, para operar con Homebanking (EB) y/o Mobile Banking se utiliza usuario y contraseña. Según lo especificado en MANUAL PATAGONIA EBANK PERSONAS 043 (V.49).pdf. Dentro del Homebanking el cliente podrá acceder a la opción de PRESTAMO y realizar los procedimientos indicados en la Secuencia de solicitud de préstamos preaprobados." (efectúa el detalle de los pasos a seguir). Y explica que ello se puede ver en el Punto 4) respuesta al actor, donde describe el manual de E-bank personas.

En lo atinente a si el banco cumplió, el perito destaca que si bien dicha inquietud no se encuentra dentro de los puntos de pericia peticionados, entiende que la respuesta surge de “los requisitos de seguridad que exigía el sistema al momento de solicitar y otorgar préstamos, era “ingresar con usuario y contraseña, realizando los procedimientos anteriormente detallados y explicados en el (MANUAL PATAGONIA E-BANK PERSONAS 043 (V.49).pdf), y “si el banco cumplió”, entendiendo en dicha afirmación

si el banco cumplió en depositar el importe en la cuenta que solicito el préstamo. En lo que “si existe otra manera de hacerse de los fondos”, lo mismo que en el punto anterior, si bien dicha afirmación no se encontraba dentro de los puntos de pericia solicitados, si surge de información proporcionada en los puntos de pericia contestados en informe pericial oportunamente remitido, haciéndose énfasis en que el prestamos solicitado por Homebanking se acredita en la cuenta del solicitante, en este caso en particular se acredito en la cuenta de “MORON CRISTIAN N, LA PAMPA 385 - 08500 VIEDMA C.U.I.L. 20244375848 MORON, CRISTIAN NELSON, cliente 730051761.”

Resolución de la impugnación:

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

Por otro lado "(...) la sana crítica aconseja seguir el dictamen pericial (conf. Cám. Nac. Civ., Sala K en autos “Cenicola, Ana Amelia c/ Snaidas, Lázaro y otros s/Daños y Perjuicios” sent. del 13.07.11), asumo que esa sugerencia lo es bajo la condición de que éste goce de una exposición razonable y no se opongan al mismo argumentos científicos y técnicos, legalmente fundados. A este fin no se trata de exigir el ejercicio de un despliegue impugnatorio necesariamente exacto o preciso, solo quizás alcanzable a través del apoyo de un consultor técnico, sino de poner de manifiesto qué circunstancia de hecho o fáctica haría variar la apreciación técnica expuesta". Conf. “Aman Joana c/ Dagfal Mario Osvaldo y Otra s/Ordinario. (Expte N° 1175/10/J1), en trámite por Expte. N° 7838/2014 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

He de destacar aquí que, considerando que la actividad desplegada por el perito informático resulta ser un medio conducente relacionado con cuestiones de hecho controvertidas respecto de los extremos relacionados con el uso de las plataformas que ofrece el banco para brindar sus servicios encontrando suficiencia en sus respuestas ante el pedido de explicaciones de la demandada, es que corresponde sujetarme a lo dictaminado en todas sus intervenciones.

Es así que, toda vez que se trata de un profesional calificado para emitir su dictamen sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad, entiendo conducente

otorgar a su opinión experta valor probatorio conforme art. 356 y 424 del CPCC, sin perjuicio de los análisis que oportunamente se hagan en el marco de la relación jurídica que ha unido a las partes.

VII.5.- Declaración Testimonial -audiencia celebrada en fecha 30/05/2023-:

María Luján Carunchio Paloma: Refiere que es de profesión contadora y reviste como empleada del Banco Patagonia SA. Explica que es jefa de investigaciones especiales en dicha entidad. A su cargo se encuentra la tarea de investigar situaciones de fraude, o intento de fraude, tanto interno como externo.

Señala que tiene conocimiento del hecho denunciado por el actor con motivo de un reclamo que ingresó a su sector en el mes de septiembre de 2020 relacionado con un préstamo otorgado en el mes de enero del mismo año. El cliente manifestó que había sido engañado para transferir un monto de \$100.000 que se encontraba acreditado en su cuenta a los efectos de devolver los fondos a quien le había querido comprar su auto. No se dio cuenta que los fondos eran producto de un préstamo.

Describe los movimientos de la cuenta. Indica que hubo un ingreso de dinero en el mes de febrero para cancelar el préstamo. Asimismo, se efectuó una investigación de la transferencia, y al detectar que dicha transferencia fue hecha por el actor se rechazó el reclamo.

Explica, conforme su conocimiento, que en la propia denuncia el cliente indica que fue engañado. Se comunicaron con él respecto del interés del bien que vendía. Producto de un ardid el actor transfirió los fondos que habían sido acreditados en su cuenta. La persona que le había transferido le indicó al actor que tenía una dificultad con la AFIP por lo que le solicitó los fondos de regreso. Agrega que es el propio actor quien va a un cajero automático, introduce su tarjeta y clave pin y transfiere los fondos a un CBU que le brindaron.

Manifiesta que los fondos del préstamo se acreditan en cuenta de Morón a las 13.26 y 25 minutos más tarde realiza la transferencia a las 13.44. Si el actor ingresó con tarjeta y clave podría haber chequeado los datos para no haber realizado esa transferencia. Lo hizo luego de acreditado el dinero en cuenta.

A ser consultada cómo se solicitó el préstamo y cómo ha sido posible que se hubiera tomado un préstamo sin el consentimiento del actor, responde que en enero de 2020 aún no estaba vigente la normativa del BCRA que ordenaba el diferimiento de los préstamos por 48 horas. Informa que entró en vigor en 2021. Expresa que en este caso el préstamo se saca por mobile con usuario y clave correcta, por lo cual infiere que en algún

momento el cliente (Morón) ingresó a una página falsa vulnerando su usuario y clave. Agrega que puede suceder que terceros ajenos a la cuenta tomen el préstamo. No obstante, indica que el préstamo se acredita en cuenta por lo que de la única manera que sale de ella con excepción de que se conozca el token, la tarjeta de coordenadas o que la otra persona tenga los mismos. Es decir que estos terceros que podrían haber tomado el préstamo carecían del último factor de autenticación. Tal circunstancia no se da por lo que Morón va al cajero y realiza la transferencia. El segundo factor de autenticación los terceros no lo tenían. Los fondos del préstamo se acreditaron en la cuenta del actor y solo se extraen por caja, cajero automático o transferencia. Describe toda la secuencia. Señala que se ingresó al usuario y clave correcta. Se tomó el préstamo de manera correcta. Refiere que de alguna manera las claves del actor fueron vulneradas.

Señala que a partir de 2021 el Banco fue ajustando parámetros del sistema para evitar fraudes conforme indicó el BCRA. Se solicita a los clientes denuncia de los hechos de fraude. En caso de que se hubiera vulnerado las claves de los clientes se toman medidas preventivas, se bloquean claves y se bloquea todo aquello para evitar que se quite mayor cantidad de dinero al cliente. Se genera un dato de CBU sospechosas. Expresa que no hubo hackeo o perforación del sistema del banco.

Al ser consultada como se otorgan los préstamos. Describe que se otorgan tanto en forma presencial como a través de la página si está preaprobado.

Para transferir se efectúa a través del cajero con clave y pin. Explica todo el procedimiento para poder transferir paso a paso. En este caso los préstamos preaprobados se encuentran establecidos así por Banco Patagonia (los precalifican), es su decisión. Desconoce si ello es normativa del BCRA.

La actora consultó sobre los reclamos. Explica que hay diferentes reclamos. De acuerdo con el caso va un sector primario. Desconocimiento de préstamo, extracción por caja, usurpación de identidad física de la persona, entre otros va al área de fraudes que se encuentra a su cargo.

Expresa que el reclamo del actor es rechazado por ser extemporáneo sobre un préstamo cancelado por lo que se rechazó. El préstamo fue tomado el 11/01/202 y se canceló el día 06/02/2020. En septiembre presentó el reclamo de desconocimiento. Señala que no hay ingreso de gestiones por parte del actor. No hay gestión de colaboradores del equipo o de la sucursal. Destaca que cuando se toma un reclamo el cliente se presenta en el banco y el oficial debe registrarlo con el DNI del cliente. La testigo explica que no ve gestiones a través del sistema que ellos llevan.

Respecto del reclamo, indica que no se hicieron algún análisis. Expresa que el análisis es para todos los casos, como se logueó el cliente (en esa fecha se hacían los préstamos automáticamente en cuenta). Explica cómo se efectuaron los movimientos en la cuenta del actor, el otorgamiento del préstamo entre otras cuestiones. No hubo blanqueos previos de la clave pin.

Señala que al momento de lo ocurrido al actor ya habían tenido otras denuncias y reclamos de similar modalidad. Refiere que la operación fue limpia.

El préstamo lo puede obtener en 24 horas los 7 días de la semana (en enero de 2020). A partir de julio de 2021 el BCRA se dispuso que los préstamos tomados por canales electrónicos tenían un diferimiento de 48 horas hábiles.

Los canales de comunicación inmediata: botón de arrepentimiento de préstamo dentro de los 10 días. El canal telefónico de lunes a viernes hasta las 20 hs., correo de atención de quejas y reclamos y la sucursal. El reclamo si se hace un viernes se levanta el lunes.

Explica que tomó conocimiento mediante la carta documento. Señala que la denuncia penal no está referenciada. Asimismo, no hay ningún reclamo del cliente con DNI por parte del cliente. Destaca que el actor canceló el préstamo. Solo revisó si había gestiones previas al reclamo de septiembre. No contó la cantidad de gestiones en la sucursal. Agrega que la denuncia penal si no es remitida a su sector, no tiene forma de constatarla.

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

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

Es así que he de otorgarle valor probatorio a la testimonial antes reseñada, en tanto considero al testigo idóneo, encontrando veraz el tenor de su declaración -art. 403 del CPCC-, no obstante, la valoración que de ello se haga en el marco sistémico de un caso que atañe a cuestiones relacionadas con el derecho de consumidores.

VIII.- Reconstrucción del Hecho:

En función de las pruebas reseñadas, corresponde establecer el modo en como

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 denuncia del actor ante Comisaría 30 del Barrio Guido de fecha 11/01/2020 a las 15 h. Este último se encuentra informado específicamente en el Preventivo N° 22 “DG3-P” (12-01-20) - Parte Elevatorio N° 18 “DG3 PE” (13-01-20), –conforme informe remitido por la Policía de Río Negro, obrante en Puma en fecha 04/04/2023, 24/07/2023, 15/09/2023 y 19/10/2023--.

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 con aquella 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. CAC y Com. 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 de la siguiente manera y en varias secuencias:

Secuencia 1: El día 11/01/2020 al actor le extraen información específica para operar en su cuenta lo cual ha quedado descripto en el detalle de sesiones informadas por el perito informático. Secuencia 2: Interferido el acceso a la cuenta de Morón por una tercera persona, se efectúa cambio de clave Banelco a las 13:23 h., respecto de lo cual surge un error en el intento de notificación por correo electrónico. Secuencia 3: Inmediatamente y advertido por los terceros de la posibilidad de acceder a un préstamo preaprobado se produce la contratación por un capital de \$ 100.000 a las 13:25 h. Secuencia 4: El mismo día se transfirió por parte del actor la suma de \$ 99.000 mediante operación 730051761 a la cuenta nombre 20310955656, CBU 01703366-40000031796736. Secuencia 5: El actor ingresó posteriormente al Homebanking y verificó que fue víctima

de una maniobra que tuvo como consecuencia una disposición patrimonial de su parte y denuncia ello en la Comisaría N° 30 de la ciudad de Viedma y en la entidad bancaria el día 11/01/2020 en forma personal a las 15 h. Secuencia 6: El día 13/01/2020 comunica la situación a la entidad bancaria. Secuencia 7: El 6/02/2020 luego de un depósito en efectivo de \$ 110.000 se tiene por amortizado el préstamo en la suma de \$ 108.753,18. Secuencia 8: En fecha 09/09/2020 el actor remite carta documento CD N° 37203673 a la entidad bancaria.

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

IX.- Validez y eficacia del Contrato de Mutuo:

Determinada, conforme a reconstrucción del hecho, la existencia de contratación de un mutuo predisposto 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 Cristian Nelson Morón fue voluntario y en su caso se debió a su falta de cuidado en el uso de datos personales por lo que el préstamo tomado está dotado de total validez.

En tanto se pretende la declaración de nulidad de un acto jurídico y 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 debido a 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, más aún si se tiene en cuenta que conforme a prueba informativa adquirida en autos, no se trata de un hecho aislado sino de ardides defraudatorios que como ingeniería social 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 sistema PUMA -en fecha 14/04/2023-. Agrego a ello que el Departamento de Defensa del Consumidor ha señalado que existen 23 reclamos contra la firma Banco Patagonia SA y una sanción de \$ 250.000 por motivo de incumplimiento al deber de seguridad e información con la contratación de préstamos relacionados a engaños telefónicos -informe agregado al sistema PUMA en fecha 07/12/2022-.

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 del actor. Y ello así pues, ha existido un cambio de clave e inmediatamente se ha tomado un préstamo.

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 Cristian Nelson Morón para tomar el préstamo que se operativizó en su nombre a través de su cuenta.

Es por ello por lo que en este estado de análisis del caso traído a examen el contrato debe ser declarado nulo total y consecuentemente ineficaz respecto del actor toda vez que su voluntad se vio viciada por la interferencia de un tercero en el marco de un ardid que se desplegó para que efectúe una disposición patrimonial, todo ello conforme art. 382 y 389 del CcyC.

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.

X.- 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).

Asimismo 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).

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 Cristian Nelson Morón resulta ser cliente del Banco Patagonia SA, y que al momento del hecho contaba con una cuenta sueldo identificada como CA\$ 299- 730051761. Cabe mencionar que el actor, en tanto cliente del Banco Patagonia SA y en el marco de la relación de consumo que lo 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 en cuanto a la validez de su contratación.

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

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, Cristian Nelson Morón no ha actuado voluntariamente, pues precisamente toma conocimiento y noción de lo que ha ocurrido con posterioridad a la concreción de la constitución del mutuo en la suma de \$ 100.000 y la consecuente transferencia que dispone del monto obtenido mediante dicho préstamo desde su cuenta CA\$ 299- 730051761.

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

Si bien en autos no surge una actuación o 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 Fiscalía General -PUMA de fecha 14/04/2023-, 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 Cristian Nelson Morón, pues argumenta que 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 del actor como la plantea la demandada y si su obrar categoriza como causa para su producción. Es decir, si la conducta del Sr. Morón 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 de ingeniería social exitosa por parte de terceros, la defensa de la demandada no puede reducirse simplemente a interpretar que el Sr. Morón 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 Cristian Nelson Morón fuera interferido 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 Morón- ha favorecido el comienzo de la maniobra, la causa de la disposición patrimonial no es esa. Ese es el punto que corresponde distinguir.

El actor 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.

Asimismo, he de recordar que mediante su voto el Dr. Ricardo Aparian en trámite de similitud estructural al que ahora nos ocupa refirió que "Conforme a ello, la facilitación de los datos por la actora mediante engaño, si bien fue una condición del hecho, no tiene la entidad que el recurrente pretende otorgarle en cuanto afirma que fue su causa. La causa radica en la falta de cumplimiento de la entidad bancaria en la implementación de los mecanismos de seguridad del sistema que debieron ser puestos a disposición de la

actora y que se derivan de la obligación de seguridad que a su vez exige "... a la entidad arbitrar todos los medios para evitar que el riesgo inherente al sistema se concrete en un daño para sus clientes (cf. Arias, María P. Müller, Germán E., "La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing", en JA2021-111). En el contexto de lo que se ha valorado hasta aquí, la conducta que la demandada atribuye a la actora, no la exime de responsabilidad, en tanto no se trata de un hecho exterior ajeno a los riesgos intrínsecos de la actividad; tampoco imprevisible e inevitable, según la Circular A 6017/16 (cf. arts. 1726, 1730, 1731 y 1733 inc. "e" del CCyC). Menos aún si se considera que por configurar el supuesto de autos una modalidad de ingeniería social forma parte de los riesgos asegurables (Cám. Apel. Civ. y Com. de Necochea, "González, Verónica c. Banco de la Provincia de Bs. As. s/Nulidad de Contrato", 09-08-22, Microjuris, cita on line MJ-JU-M-138632-AR|MJJ138632|MJJ138632). De allí que, incumplida la obligación de seguridad en atención a las consideraciones realizadas, y no habiéndose acreditado la existencia de eximentes, el agravio respecto a la responsabilidad que le fue atribuida a la entidad demandada en la sentencia de grado debe ser desestimado, confirmándose lo decidido en este aspecto." Expte. VI-31306-C-0000 - Bartorelli Emma Graciela C/ Banco Patagonia S.A. S/ Daños y Perjuicios (Sumarísimo) – Casación" Sentencia N° 133 de fecha 17/10/2023 Sec. Civil N° 1 STJ.

Llegados a este punto debo recordar que surge de autos que el actor realizó la denuncia el mismo día del hecho -11/01/2020- conforme surge de Acta labrada ante Comisaría 30 de Viedma -agregado a PUMA 04/04/2023, 24/07/2023, 15/09/2023 y 19/10/2023--.

Por otro lado, de la declaración testimonial de la testigo Carunchio puede deducirse 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.

Corresponde recordar que los hechos aquí debatidos ocurrieron un sábado o traducido, un día sin atención inmediata por parte de la demandada en el aspecto debatido.

Asimismo, la testigo refirió que para el sistema de seguridad de la entidad bancaria no hubo una alerta de intrusión u otro tipo de constancias que den cuenta de la irrupción de un extraño en la cuenta del actor, cuando es evidente que conforme a la complejidad de la maniobra se usó al propio usuario 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 y 2 de informe

pericial surge que en la cuenta de la actora hubo diversos movimientos en un breve lapso de tiempo el día 11/01/2020 consistentes, especialmente a los fines de lograr con éxito la maniobra en Cambio de Clave Banelco, Alta de Préstamo Preemitido.

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 Cristian Nelson Morón con el correspondiente diferimiento, no solo de la acreditación de fondos con causa en el mutuo preaprobado sino también en la efectivización de las transferencias a cuentas de terceros.

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

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

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

Entonces, a tenor de los elementos probatorios ya reseñados y valorados en autos, surge como consecuencia que el Banco Patagonia SA ha incumplido 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 Cristian Nelson Morón 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 Cristian Nelson Morón, se encuentra el deber de informarle y advertirle, lo que por otro lado para la entidad bancaria consistía, no solo en informarle a la actora sino en constatar que efectivamente ella hubiera tomado un préstamo preaprobado incumpliendo así las obligaciones establecidas en los artículos 4 y cc de la Ley de Defensa del Consumidor.

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

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

Conclusión: Por todo lo expuesto hasta aquí concluyo entonces que el aporte causal para la ocurrencia del hecho y conforme a lo antes expuesto corresponde en el marco de derecho de consumidor que nos ocupa, exclusivamente a la entidad bancaria demandada por una defectuosa prestación del servicio, lo que la torna responsable del hecho aquí

debatido -art. 40 y cc de la LDC-, todo ello valorado en relación al marco protectorio al consumidor de orden público y de génesis constitucional de nuestro ordenamiento jurídico; y sin perjuicio del elemento daño que se tratará en Punto siguiente.

XI.- El daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.

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

El daño es “...todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)”; “...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala C Com. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)”; ya que “...si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CN Civ., sala B, 28/9/84, E.D.112-233)”. Además, “...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L.1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado 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, el actor identificó como rubros cuya indemnización pretende daño material consistente en la nulidad del mutuo electrónico otorgado el día 11/01/2020 por la suma de \$100.000 y que vuelvan las cosas al mismo estado en que se hallaban; daño moral y daño punitivo.

XI.1.- Devolución de sumas de dinero: El actor, en el marco de pretensión de nulidad del contrato de mutuo otorgado el día 11/01/2020 por la suma de \$100.000 solicita que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallaban, conforme Punto VIII 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 amortización del préstamo en cuestión.

De este modo y conforme a informe pericial surge que en fecha 6/02/2020 el actor amortizó el préstamo en la suma de \$ 108.753,18.

Conforme a liquidación conforme a calculadora del poder judicial surge que la suma actualizada a la fecha de la presente por este concepto a la fecha de la presente asciende a \$ 595.571,90, suma que a partir de la presente y sin solución de continuará devengarán intereses conforme calculadora oficial del Poder Judicial o la que el STJ en lo sucesivo fije.

XI.2.- Daño Moral: Por este rubro la actora solicita el monto de \$ 300.000 conforme Punto X.1. 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 SA S/Sumarísimo", en fecha 18.08.16)".

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

Debo decir que a los fines de su determinación y con base en el art. 147 del CPCC he de apartarme al monto propuesto por el actor, el cual fijo prudencialmente por la gravedad

del hecho en el marco de la génesis de la contratación en la suma de \$ 1.000.000. Asimismo, para la suma determinadas precedentemente se adita una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 % mensual o 0,022% diario- desde el día 11/01/2020 fecha en la cual se produjo el hecho que devino en la declaración de nulidad del mutuo objeto de debate en autos, lo cual guarda relación con la demás documentación incorporada a autos hasta la fecha de sentencia- es decir 5 años, 2 meses y 6 días o 1892 días lo cual totaliza un 41,64 % lo que hace, en consecuencia, que la suma para el actor ascienda a \$ 1.416.400 conforme a parámetros del fallo del STJ "Garrido Paola Cancina c/Provincia de Río Negro s/Ordinario s/Casación" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89, suma que a partir de la fecha del presente decisorio y sin solución de continuidad devengará hasta el momento del efectivo pago interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J. en lo sucesivo fije.

XI.3.- Daño Punitivo: Por este rubro la actora solicita el monto de \$ 1.000.000 conforme Punto XI de demanda.

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

El Superior Tribunal de Justicia a la fecha ha elaborado su doctrina legal al respecto, la que surge de autos “Cofre” (STJRNS1 - Se. 09/21)", “Bartorelli” (STJRNS1 Se. 133/2023), “Campos” (STJRNS1 - Se. 49/24), y recientemente de “Fabi” (STJRNS1 - Se. 63/24).

De esa doctrina se extrae que la aplicación de una sanción pecuniaria disuasiva es excepcional y para que proceda se debe constatar una grave indiferencia hacia los derechos del consumidor la que debe calificarse de intencional a suficiente negligencia - dolo o culpa grave- o por enriquecimiento indebidos derivados del ilícito.

Asimismo, se ha dicho que “La conducta reprochada es la del proveedor que, al realizar un cálculo previo, sabe que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño y, aun descontando las indemnizaciones, tendrá un beneficio que redundará en ganancia.

En definitiva, se trata de supuestos en los que los proveedores adoptan esa política habitualmente y como una forma de financiarse a través de sus consumidores. Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (cf. Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", LL DJ 19/10/2011; STJRNS1 - Se. 09/21 "Cofré") Citado en "Fabi" (STJRNS1 - Se. 63/24).

Así, en "Fabi" el Superior Tribunal de Justicia reafirma que el daño punitivo es de carácter excepcional, solo para casos que revistan suficiente gravedad en los que el proveedor del bien o servicio actúe con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia- sin que alcance como lo refiere la literalidad de la norma, el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales. Por último, debe haber un cálculo del proveedor que implique que la conducta reprochada le reporte una ganancia.

Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder 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 agregó 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 Punto de acuerdo con circunstancias del caso en la suma de \$ 1.500.000 a la fecha de la presente siendo que de ahí en más y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago devengará intereses conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

XII.- Conclusión.

Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por Cristian Nelson Morón en fecha 05/07/2022 y conforme fundamentos dados en Puntos IX y X, declarar la nulidad del contrato de mutuo

debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia SA a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 595.571,90 por devolución de sumas, \$ 1.416.400 por Daño Moral y la suma de \$ 1.500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Puntos XI.1, XI.2 y XI.3 respectivamente, todas las sumas 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.

XIII.- 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. 62 del CPCC-.

Corresponde regular entonces para las letradas que asistieron al actor, Dras. Cecilia Ester Crisol y Natalia Andrea Morón en forma conjunta en la suma de \$ 540.835,36 - Coef 11 % + 40 % de MB \$ 3.511.917,90- y para los letrados de la demanda Dres. María Fernanda Rodrigo y Fernando Chironi en conjunto la suma de \$ 442.501,66 - Coef. 9 % + 40 % de MB \$ 3.511.917,90- (conf. Arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 20, 38 y conc. L.A.).

Asimismo, para efectuar las regulaciones precedentes he considerado las pautas previstas en el art. 6 de la Ley G 2.212 merituando en especial el desempeño profesional de los letrados intervinientes en cuanto a la calidad de su actuación, la complejidad y trascendencia del asunto puesto a examen, como así también las etapas debidamente cumplidas en este proceso.

Por otro lado, se regulan los honorarios profesionales del perito informático Gastón Semprini en la suma de 5 Jus -art. 18 y 19 de la Ley 5069-.

RESOLUCIÓN:

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por Cristian Nelson

Morón en fecha 05/072022 y conforme fundamentos dados en Puntos IX y X, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos y en consecuencia condenar al Banco Patagonia SA a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 595.571,90 por devolución de sumas, \$ 1.416.400 por Daño Moral y la suma de \$ 1.500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Puntos XI.1, XI.2 y XI.3 respectivamente, todas las sumas 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.

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 62 del CPCC).

III.- Regular los honorarios de las letradas que asistieron al actor, Dras. Cecilia Ester Crisol y Natalia Andrea Morón en forma conjunta en la suma de \$ 540.835,36 -Coef 11 % + 40 % de MB \$ 3.511.917,90- y para los letrados de la demandada Dres. Fernanda Rodrigo y Fernando Chironi en conjunto la suma de \$ 442.501,66 -Coef. 9 % + 40 % de MB \$ 3.511.917,90- (conf. Arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 20, 38 y conc. L.A.). Notificar a la Caja Forense y cumplir con la Ley D 869.

IV.- Regular los honorarios profesionales del perito informático Gastón Semprini en la suma de 5 Jus -art. 18 y 19 de la Ley 5069-.

V.- Registrar, protocolizar y notificar conforme art. 120 y 138 del CPCC Ley 5777.

Leandro Javier Oyola

Juez