

Viedma, 27 de marzo de 2024.

**VISTOS:** Los presentes autos caratulados "**JUAN RAMON GARCES c/BANCO PATAGONIA s/DAÑOS Y PERJUICIOS (SURAMÍSIMO)**" **Receptoría B-1VI-601-C2021 y conforme Sistema PUMA VI-28708-C-0000**, traídos a despacho para resolver y de los que,

**RESULTA:**

1.- Que en fecha 17/06/2021 se presenta el Sr. Juan Ramón Garcés, mediante apoderados y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Patagonia S.A., por la suma de \$ 2.300.000, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir con más sus respectivos intereses, daños punitivos, daño directo conforme a la prueba a producirse y la devolución de la totalidad de lo erróneamente debitado con más sus intereses. Asimismo solicita el beneficio de litigar sin gastos.

Refiere que el día 02/02/2021 alrededor de las 13.30 Hs. aproximadamente, su esposa Sra. Raquel Cayunao recibió un llamado telefónico cerca del mediodía de una persona que manifestó ser representante de "YPF Petrolera Serviclub" comunicándole que había salido sorteada en un concurso televisado por Crónica TV y ganado el tercer premio de \$150.000 más un Smart TV de 55".

Enuncia que le dijeron que al momento de la recepción del premio, el ganador sería filmado sin mostrar su rostro como medio de publicidad. Para cobrar la suma de dinero debía poseer caja de ahorro y acercarse a un cajero automático para llevar a cabo un "Clearing" que consistía en una serie de pasos muy sencillos que le iría explicando. El interlocutor le repetía una y otra vez que no debía revelar ningún dato confidencial ni clave, ni mucho menos le pedirían suma alguna, toda vez que se trataba de un premio.

Señala que la única caja de ahorro que dispone el grupo familiar es la del Sr. Garcés, por ser dependiente de Tren Patagónico S.A. y la que utiliza su esposa para las compras diarias y por ser la administradora de las finanzas domésticas.

Siguiendo las instrucciones, la Sra. Raquel Cayunao se acercó a un cajero, el interlocutor le instruyó que ingrese la tarjeta al cajero y coloque la clave habitual, una vez allí que vaya a "otras operaciones"/ "gestión de claves"/ "Homebanking banca móvil"/ "Obtener clave", ingresar una serie de números que le dictó / "confirmar". La operación emitió un ticket que debió enviar por imagen. Finalizada la operación, la

interlocutora le comunicó que sólo se habían podido transferir la suma de \$75.000 y que para que pudiera cobrar el premio era necesario que se acredite su totalidad, preguntándole si no disponía de otra cuenta para transferir el resto. Así, la Sra Cayunao le preguntó a su hermana Manuela Cayunao si le prestaba la cuenta para depositar un premio que había recibido, quien prestó conformidad y fueron juntas al Banco Nación, donde posee caja de ahorro sueldo. Allí realizó la misma operatoria que la descripta: coloque la clave habitual, una vez allí vaya a “otras operaciones”/ “gestión de claves”/ “Homebanking banca móvil”/ “Obtener clave”, ingresar el número dictado / “confirmar”. La operación emitió un ticket que debió enviar por imagen. Finalizada esta operación, el interlocutor manifestó que aguardaran unos minutos y no ingresaran a las cuentas a efectos de no trabar la operación.

Señala que mientras las hermanas esperaban la acreditación, la cuñada de nuestro poderdante recibió un mensaje alertando sobre una práctica ilícita en Viedma donde le hacían ir a las personas al cajero automático y lograban así acceder a la caja de ahorro, sacar préstamos y transferir a cuenta de terceros.

Explica que inmediatamente la cuñada ingresó a la cuenta para verificar su estado pero no fue posible por tener el acceso denegado. El interlocutor se comunicó con ellas y les preguntó si habían ingresado a la última cuenta, que eso había generado una demora en la acreditación. Seguidamente, éste le comunicó a la esposa del actor que faltaba muy poco para tener acreditado la totalidad del premio, pero sólo se había podido transferir a la cuenta de su hermana la suma de \$75.000 y necesitaban otra cuenta para acreditar el resto, insistiéndole en que faltaba muy poco para disfrutar el premio. La Sra. Cayunao manifestó que no tenía más cuentas, cortó la comunicación y no volvió a contestar los incesantes llamados subsiguientes.

Relata que llegada la noche sin que el dinero del supuesto premio se acredite en la cuenta, el Sr. Garcés y su esposa se acercaron al cajero a verificar el estado de los movimientos y visualizaron que habían generado un préstamo de \$244.700 y dos transferencias de \$122.000 y \$120.000 respectivamente, a destinatarios desconocidos.

Frente a tal circunstancia comparecieron a la Comisaría N° 1 de Viedma para radicar una denuncia penal. Asimismo, el día lunes 03/02/2021 el Sr Garcés se presentó al Banco a efectos de presentar la denuncia penal, explicar lo sucedido y presentar una nota que fue recibida por la entidad financiera donde se limitaron a comunicarle que el

caso ingresaría al área de investigación de fraudes y le informarían el resultado de la investigación. Describe la nota presentada, la cual refiere que fue contestada por el Banco Patagonia S.A. con la salvedad de que enviaba su reclamo al Banco Central en fecha 23/02/2021 con el número BCRA 2164028105.

Señala que en fecha 01/03/2021 envió al Banco Patagonia S.A. la CD 992139405, la cual fue contestada en fecha 15/03/2021 mediante CDO0029546-7 en términos similares a la nota remitida por el Banco en fecha 23/02/2021.

Agrega que pese a haber solicitado el stop debit del préstamo, cuando fue a cobrar sus haberes por haber cerrado su cuenta, le extendieron un comprobante de \$ 5300 cuando su salario era de \$20.000. El resto del dinero fue retenido para el pago del préstamo que no había sacado.

Destaca que la conducta de la demandada colisiona con la Comunicación "A" 6909 del BCRA de fecha 20/02/2019 sobre débitos interbancarios que requieren, previo a todo, la conformidad del titular de la cuenta.

Manifiesta que intentó, a fin de resolver la situación, una instancia de mediación la cual no tuvo resultados ya que la demandada se presentó y ratificó su postura. Por tal motivo se solicitó una medida cautelar que prosperó en autos "Garcés Juan Ramón c/Banco Patagonia S.A. S/Medida cautelar (c) (De no innovar)" Expte. N° N-1VI-95-C2021.

Enumera el crecimiento de situaciones de ciberdelito y el otorgamiento de préstamos personales on line sin conocimiento ni consentimiento del usuario financiero, la generación de la clave token. Hace referencia a la responsabilidad de la demandada, la participación de la víctima en este tipo de delitos.

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

Esboza una síntesis de la responsabilidad objetiva que le corresponde al Banco, su concreta petición de nulidad del contrato que fue efectuado sin manifestación de la voluntad de su parte y que vuelva la situación al estado anterior a se declarado nulo.

Efectúa detalle y liquidación por daño moral en la suma de \$300.000 y daño punitivo en la suma de \$2.000.000.

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su peticorio.

2.- Que en fecha 28/06/2021 se da inicio a las presentes actuaciones, asignándoles el trámite de proceso sumarísimo y en fecha 01/07/2021 toma intervención la Sra. Agente Fiscal.

3.- Que en fecha 07/07/2021 se presenta el Banco Patagonia S.A., mediante apoderado, contesta la demanda incoada en su contra y solicita el rechazo de la misma con costas a la actora. Niega todos y cada uno de los hechos afirmados por la actora, que no sean objeto de expreso reconocimiento en el escrito de contestación.

Efectúa una negativa detallada y especialmente niega que la actora haya sido víctima de un engaño, y que la clave generada en la cuenta bancaria de la actora, el préstamo bancario obtenido el día 02 de febrero en forma electrónica y las transferencias efectuadas ese día hayan sido producto de la supuesta maniobra de engaño perpetrada por la persona en cuestión a través del llamado telefónico que se denuncia en la demanda. Niega que dicho delito sea vishing o phishing.

Rechaza que el banco haya inobservado requerimiento alguno del accionante con relación a los débitos registrados en su cuenta, efectuado un desapoderamiento compulsivo de su dinero, que el hecho denunciado por el accionante forme parte de una modalidad delictiva habitual. Niega que Banco Patagonia haya tratado indignamente al actor, haya omitido brindar información al actor sobre la clave token y que el sistema bancario sea vulnerable. Niega, de igual modo que la supuesta falta de información o vulnerabilidad del sistema permitan la perpetración de acciones ilícitas y que la existencia de créditos pre aprobados sea riesgoso o inseguro.

Niega que haya desatendido los reclamos efectuados por el Sr. Garcés y que haya omitido adoptar las acciones, medidas dirigidas a combatir las prácticas delictivas y que las mismas generen beneficio alguno a la entidad bancaria.

Especialmente niega que el Banco Patagonia S.A. haya incumplido el deber de seguridad por no contar o implementar sistemas de seguridad suficientemente eficaces que impidan o reduzcan la probabilidad de que terceros puedan vulnerar el sistema informático y perpetrar delitos.

Efectúa precisiones fácticas en las cuales señala el desconocimiento de la existencia del hecho ilícito denunciado por no constarle a la demandada que el mismo haya ocurrido o

que haya ocurrido del modo que relata la actora. Señala que no se han aportado datos ni documentos que permitan suponer que el hecho haya ocurrido efectivamente y se desconoce el avance y estado de la denuncia penal.

Manifiesta que desconoce la existencia del hecho delictivo y que las operaciones bancarias cumplidas por el accionante a través de cajero automático y plataforma Mobile el día 2 de febrero de 2021, esto es: generación de clave de home banking, generación de clave token de seguridad, solicitud de préstamo y transferencias no hayan sido cumplidas por el actor en forma voluntaria sino por su esposa a partir de una maniobra de engaño perpetrada por un tercero mediante una comunicación telefónica y por un tercero desconocido.

A su vez, sostiene la validez de las operaciones bancarias cumplidas en forma electrónica, las que fueron concretadas con absoluta normalidad y en cumplimiento de las exigencias legales y de seguridad correspondientes. Agrega que el Banco compulsó las operaciones y de acuerdo a sus registros se determinó que el Sr. Juan Ramón Garcés es titular de la cuenta caja de ahorro en pesos N° 250-122022399. De acuerdo a los registros del Banco el cliente ingresó la tarjeta banelco, colocó su clave PIN en forma correcta y generó una clave para operar por Home Banking y el Token de seguridad.

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

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

Esgrime que el Banco Patagonia no ha omitido adoptar medidas de seguridad y que ello no ha sido la causa del hecho. Agrega que no se trata de un supuesto de falta de información o advertencia sino que se encuentra relacionado con las medidas de seguridad elementales que un usuario que opera los servicios bancarios conoce y debe respetar. Por ello, refiere, no hay violación del sistema de seguridad de operaciones bancarias sino un acto negligente de la esposa del actor, quien actuó sin la más mínima

diligencia de compartir su tarjeta banelco y clave PIN con su esposa y ésta las claves de seguridad con un tercero.

Destaca que cuando el actor formuló la denuncia ante el banco se dispuso la intervención del sector de investigaciones especiales, se requirió el bloqueo de fondos y recupero de los mismos. La falta de fondos en la cuenta destinatario impide reversar la operación una vez cumplida. Asimismo, se requirió a Prisma Medios de Pago el bloqueo de las claves de home banking y mobile banking.

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

Señala la culpa de la víctima en lo acaecido, refiere el cumplimiento del deber de información, niega que corresponda resarcimiento alguno toda vez que, a su criterio, lo ocurrido se debe al obrar negligente de la esposa del actor. Rechaza la pretensión de la actora e indica su responsabilidad en lo que le aconteció,

Ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio.

4.- Que, corrido el traslado a la actora, en fecha 20/08/2021, la misma reconoce expresamente la documental presentada y detallada en el capítulo IX. Punto 1 y punto 3. Asimismo reconoce que en el punto 2, la firma inserta al final corresponde a la suya, no así el resto del documento que allí se adjunta, toda vez que no le consta su autenticidad material ni sinceridad de su contenido. Asimismo manifiesta que desconoce el punto 5 dado que no sabe navegar en la red ni mucho menos acceder a páginas web. Asimismo, destaca que las publicidades agregadas datarían de fechas posteriores al hecho que aquí se ventila y por ende desconocidas por inexistentes. Finalmente solicita, atento la existencia de hechos controvertidos, la fijación de la audiencia correspondiente

Que, atento ello en fecha 23/08/2021, ante la existencia de hechos controvertidos, se fijó audiencia preliminar del artículo 361 del CPCC de lo que da cuenta el acta de fecha 21/10/2021 y ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de la prueba.

Que en fecha 11/12/2023 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del termino probatorio, se decreta la clausura y se ponen los autos para alegar.

Que la actora presentó alegatos el 01/02/2024 y lo propio hizo la demandada, Banco Patagonia S.A. en fecha 29/12/2023.

Que en fecha 01/03/2024 , providencia que se encuentra firma y motiva la presente.

**CONSIDERANDO:**

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

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

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

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

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

La misma jurista explica respecto de esta norma que "parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida (refiriéndose en relación a los contratos en curso de ejecución donde deben regirse por la vieja ley supletoria que forma parte de ellos) en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata". Pero luego aclara "en mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley, sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no solo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que

impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público". Explicando para concluir que "la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley; si es más favorable al consumidor". (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Rubinzal Culzoni, 1era edición. Santa Fe. 2015. Pág. 60/61 y 63).

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

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

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

raigambre constitucional". (CSJN, Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Bank Boston NA s/ sumarísimo, Fallos: 340:172, 14/03/17).

El máximo Tribunal Nacional también expresó en dicho fallo que "(...) esta tutela especial se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante (...) En este ámbito particular, el principio protectorio quedó plasmado en la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central (ley 26.739) y su reglamentación sobre 'Protección de los usuarios de servicios financieros' y en el art. 36 de la ley 24.240 (texto modificado por las leyes 26.361 y 26.993) sobre las operaciones financieras para consumo (...) en suma, esta tutela se intensifica si se trata, como en el caso, de un contrato donde la entidad bancaria asume como obligación la protección del ahorro. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que 'El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales, salvo que se constate alguna ilicitud. Esta regla es la base de la tranquilidad que todos tenemos que gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado dentro de instituciones estables' (Fallos: 329:5913; 330:5345 y 331:1890)". (CSJN, Fallos: 340:172).

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

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

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

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

Ha dicho reconocida doctrina que "El contrato bancario es, en general, celebrado por adhesión a cláusulas generales. Es en virtud de la masividad de los vínculos que es necesario recurrir a una redacción unilateral, rígida y dirigida a un público indeterminado. En la mayoría de los casos estas cláusulas generales están elaboradas como una invitación a ofertar, la que, luego de llenada y firmada por el adherente constituyéndose en oferta, es analizada por el banco y aceptada. Se aplica el régimen de interpretación contra 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 al tiempo, los contratos bancarios de consumo se encuentran sometidos a los principios generales de los contratos de consumo -además de los principios propios a su naturaleza-, integrándose de este modo a un enfoque sistémico pro consummatori. El Código Civil y Comercial recepta expresamente el trato digno que el banco debe dispensar al cliente (art. 1.097), equitativo y no discriminatorio (art. 1.098), suministrar información cierta, detallada, comprensible y gratuita al cliente (art. 1.100), las pautas que regulan el carácter abusivo de las cláusulas (art. 1.117, 1.119 y cc) y su control judicial (art. 1.122).

Ha previsto también el Código Civil y Comercial un capítulo específico que regula a los contratos bancarios, que entre sus disposiciones generales contiene un 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 CCyC exige la forma escrita para los contratos bancarios y reconoce el derecho del cliente a que se le entregue un ejemplar, mientras que el art. 1381 se refiere

al contenido del contrato, resguardando fundamentalmente la claridad en las condiciones económicas a cargo del cliente y una tasa de interés subsidiariamente aplicable en el caso de que las partes guarden silencio al respecto. En el art. 1384 específicamente se prevé la aplicación a los contratos bancarios de las disposiciones relativas a los contratos de consumo.

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

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

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

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en

relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal. (CSJN in re “Baiadera, Víctor F.”, LL, 1.996 E, 679).

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

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

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

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

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

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba,

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

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

Corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están, surgiendo que están contestes en que la actora resulta ser cliente del Banco Patagonia S.A., y en el marco de esa relación consumeril la demandada otorgó un préstamo a 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 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 -presentada en SEON, presentaciones en fecha 17/06/2021-:** Poder especial; certificación de denuncia penal formulada ante la Comisaría Primera en fecha 03/02/2021; nota del Sr. Garcés en manuscrita a demandada de fecha 03/02/2021; nota del Banco Patagonia S.A. al Sr. Garcés de fecha 23/2/2021; CD N°992139405 enviada por el Sr. Garcés al Banco Patagonia de fecha 01/03/2021; CD N° 29546-7 enviada por el Banco Patagonia al Sr. Garcés de fecha 15/03/2021; Legajo “Garcés Juan Ramón y Banco Patagonia S.A. S/Mediación”, N° 195-VICM-2021; detalle de movimientos realizados en la cuenta CA \$250-122022399-000; dos tickets de retiro por caja de fecha 08/04/2021 y 06/05/2021; recibos de sueldo del Sr. Garcés correspondientes a los meses de marzo y abril de 2021.

**VII.1.2.- Documental acompañada por la demandada -agregada a SEON presentaciones en fecha 07/07/2021-:** Resúmenes correspondientes a la Caja de Ahorro N° 250-122022399 en los que constan detalles de las operaciones, acreditación del préstamo y transferencias; solicitud de productos y servicios suscripta por el actor; constancia de entrega de la tarjeta banelco; página de internet oficial de del Banco Patagonia, [www.bancopatagonia.com.ar](http://www.bancopatagonia.com.ar); las publicaciones en página web, correo electrónico y envío de mensajes a los clientes sobre campaña de advertencia y prevención de fraudes.

### **VII.2. Informativa:**

**VII.2.1.- Prisma Medios de Pago -obrante en SEON documentos digitales en fecha 11/11/2021-:** Informó que la tarjeta se encontraba a nombre de Juan Ramon Garcés. Asimismo envía en adjunto los movimientos del 02 febrero del 2021 con la tarjeta 4517570044062255. Informa que no se visualizan intento de generación de claves erróneos (se envían los movimientos en cajeros, Homebanking y MB). Se visualiza el día 02/02/2021 Generación clave Homebanking , la misma se encuentra aprobada. El día 03/02/2021, vuelve a generar la clave y también se realiza con éxito. El día 03/02/2021 09:25 hs el Banco Patagonia requirió el bloqueo de las claves de Home

Banking /Mobile/Pago Mis Cuentas del cliente Garcés Juan, DNI 17344956, el bloqueo se realizó a las 09:29 hs del mismo día.

**VII.2.2.- Dirección de Comercio Informe -obrante en SEON en fecha 04/03/2022-:**

Informó que la cantidad de reclamos a la fecha son 9, habiéndose aplicado dos sanciones a la entidad bancaria por los motivos por el que se requiere informe, en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor. El monto máximo impuesto de sanción de multa, ha sido por la suma de \$ 250.000.

**VII.2.3.- Ministerio Público Fiscalía General: -obrante en SEON presentaciones en fecha 30/11/2021-:**

Informe General de la Fiscalía que da cuenta de denuncias efectuadas en la Provincia de Río Negro sobre estafas.

**Informe MPF -obrante en SEON documentos digitales en fecha 10/03/2022-:** En el legajo "Garcés, Juan Ramon C/Nn S/ Estafa", legajo N° MPF-VI-00475- 2021" que tramitó ante la IRA CJ - Fiscalia N° 4 a cargo del Dr. Guillermo Carlos Ortiz.

Asimismo – información obrante en SEON 10/03/2022, documentos digitales- se informó que el legajo solicitado se remitió en fecha 25/06/2021 a la Fiscalía Córdoba Palacio de Tribunales II, a la dirección Fructuoso Rivera 720 Barrio Observatorio-Córdoba -Córdoba (X5000 BOP), en virtud de resolución de declaración de incompetencia por el Foro de Jueces Penales de esta Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

**VII.2.4.- Comisaría Primera de Viedma: Informe -obrante en SEON en fecha 13/12/2021-:** Informa y acompaña denuncia penal con preventivo policial realizado.

**VII.3.- Información en poder de la demandada -agregado a SEON, presentaciones en fecha 19/11/2021-:** Informa que ha tomado conocimiento de denuncias de estafas.

No obstante, los motivos de los ataques virtuales son desconocidos por el Banco. Destaca que es la justicia penal quien investiga y determina la existencia o no de un delito y los motivos del mismo. Aclara que las operaciones bancarias son reguladas por el BCRA. No corresponde al banco efectuar un control de las operaciones que son realizadas de acuerdo a la regulación vigente.

Señala que el banco cuenta con un sistema informático seguro y con una certificación internacional ISO 27001 de Sistema de Gestión de Seguridad de la información, sumado

al cumplimiento estricto de las normativas asociadas a la seguridad de los sistemas informáticos, canales electrónicos y sistemas de información establecidos por el BCRA, Comunicación “A” 4609, y sus modificatorias.

Agrega que cumple con las disposiciones de la ley de Hábeas Data 25.326 relativas a las medidas de seguridad de la información y protección de datos y que cuenta con más de 5 tipos de auditorías y controles internos anuales sumados a los diversos test de intrusión y pruebas de seguridad de los distintos ambientes informáticos y de información.

Asimismo, informa que efectúan campañas de concientización al cliente por distintos medios sobre la identificación de amenazas y correcto uso de los medios transaccionales a fin de evitar actos que puedan perjudicarlos tales como redes sociales (instagram/facebook), envío de placas informativas vía mail, banners en el sitio web Banco Patagonia, mensajes automáticos de concientización previos a la atención telefónica, incluido el resumen de cuenta.

Destaca que no se efectúan bloqueos preventivos. Agrega que el día 03/02/2021 el Sr. Garcés presentó una denuncia ante el banco desconociendo operaciones de préstamo y debin de fecha 2 de febrero de 2021 y manifestó haber sido víctima de un engaño. Banco Patagonia, a través del sector de investigaciones especiales, efectuó un análisis del reclamo. La investigación interna incluyó la revisión del Log de las operaciones y se verificó que los movimientos cuestionados fueron efectuados a través de la plataforma Mobile, accediendo a la misma con usuario y clave de manera correcta. Adicionalmente al operar el sistema se requirió el uso de clave Token para cursar la operación cuestionada, clave que fue generada el día 02/02/21 a las 14:35hs., en un ATM de Banco Patagonia con la Tarjeta Banelco N° 4517570044062255 de titularidad del Sr. Garcés. No se detectaron anomalías ni irregularidades en las operaciones, sino que fueron efectuadas con normalidad sin rechazos ni inconsistencias. Frente a la denuncia se realizó el bloqueo de las claves y se dio alerta a Prisma medios de pago a los fines del bloqueo de las claves de Homebanking y mobile banking. Se requirió el bloqueo de fondos y recupero de los mismos. La falta de fondos en la cuenta destinatario impidió reversar la operación una vez cumplida.

**VII.4.- Instrumental -obrante en PUMA en fecha 05/12/2023-:** Legajo Penal enviado por Fiscalía Distrito 1 turno 1 de la ciudad de Córdoba. Remite copia de las actuaciones

elevadas desde la Ciudad de Viedma y adjunta los archivos correspondientes.

Actuaciones del legajo "Garcés Juan Ramón C/Nn S/ Estafa", legajo N° MPF-VI-00475- 2021" que tramitó ante la IRA CJ - Fiscalía N° 4 a cargo del Dr. Guillermo Carlos Ortiz.

**Archivo Fiscalía DOC 1:** Solicitud de incompetencia conforme artículo 16 del CPP, de fecha 22/06/2021 (fs. 02/04 del documento digital)

El Fiscal interviniente describe el inicio de las actuaciones con motivo de la denuncia penal radicada del Sr. Juan Ramón Garcés en fecha 03 de febrero de 2021 y 01 de marzo de 2021. Señala "PRIMER HECHO: Que en fecha 02 de febrero de 2021 siendo aproximadamente las 13;30 hs. JUAN RAMON GARCES habría recepcionado un llamado desde el nro. 351 2762099 de una persona que dijo ser empleado de YPF Petrolera Serviclub informándole que había obtenido un premio de \$150.000 más un Smartv. Motivo por el cual lo motiva a dirigirse a los cajeros automáticos del Banco Patagonia de calle Tucumán de esta ciudad, donde el denunciante cuenta con su caja de ahorro nro. 250 122022399; CBU NRO. 0340250608122022399004. Una vez en el cajero quien se contacta con la víctima le da instrucciones para proceder en el cajero con el fin de acreditarle el "premio", indicándole una serie de acciones que el denunciante realizó y al terminar, le solicita habilite por la misma vía otra cuenta de otra persona, por lo que el denunciante llama a su cuñada Manuela Angélica Cayunao. Que habiendo retomado Garcés al banco a las 21.00 hs. solicita los últimos movimientos observando que de las acciones realizadas horas antes en el cajero automático, el banco Patagonia le habría otorgado un préstamo por la suma de \$242.620 de la cual se habrían realizado dos transferencias por las sumas de \$122.000 y \$120.000 respectivamente, desconociendo sus destinatarios". Describe un "SEGUNDO HECHO: "En igual fecha siendo aproximadamente las 15,20 hs. Manuela Angélica Cayunao se dirige a pedido de su cuñado Garcés al Banco de la Nación Argentina, donde posee su caja de ahorro cuenta nro. 2460245641 y le es indicado por la misma vía telefónica y la misma persona (351 2762099); movimientos a seguir y en determinado momento su tarjeta se bloquea. Al apersonarse al día siguiente a la entidad bancaria, le informan que con las acciones del día anterior el banco de la Nación Argentina le habría otorgado un préstamo por la suma de \$500.000 y de acuerdo al ticket extraído en el cajero automático una vez habilitada su tarjeta extrae últimos movimientos en el cual observa que el día 02 de febrero de 2021, realizó las siguientes transferencias: 100.000\$ a PONCE CUFRE

(CUIL 20-33270105-4); \$100.000 a JAIME ANGEL (CUIL 20-34838248-3; \$ 100.000 a BUSTAMANTE S. (CUIL 27-39305941-4); \$100.000 a JOSE FLORES (CUIL 20-40400694-1); \$100.000 a GOROSITO CES (CUIL 20-32346281-0)".

Refiere “Que del informe de Oitel remitido con Nota N° 1623/21 surge que la línea telefónica N° 351 2762099 se desconoce su titular atento a que resulta ser una línea prepaga, que no posee facturación mensual, por ende, o bien no presenta datos de registro, o presenta datos genéricos o datos de titularidad que no es posible corroborar por la empresa prestadora de telefonía; adjunta planilla de llamadas salientes y entrantes de la línea citada, donde surge claramente las llamadas realizadas el día 02 de febrero de 2021 que se inician a las 13,58 hs. y hasta las 17,04 hs. que se concreta el ardid económico”. Agrega “Con informe de Oitel con Nota N° 1622/21, el Banco Patagonia hace saber que JUAN RAMON GARCES (DNI 17344956) efectivamente resulta ser cliente de dicha entidad; y que en fecha 02 de febrero de 2021, habría solicitado un préstamo por la suma de 244.700\$ y en forma posterior dos operaciones debin por la suma de 242.000\$. Siendo la operación Debin 1 por la suma de 120.000\$ fue realizada el día 02 de febrero de 2021 a las 14,50 hs. al CBU 000000790020338112876 corresponde a UALA, dicho psp, opera con el Banco Industrial, y pertenece a ARIEL MOLINA LOPEZ (Cuil 2033811287). En tanto que la operación Debin 2 por la suma de 120.000\$ fue realizada el día 02 de febrero de 2021 a las 14,52 hs. al CBU 00000079002032346228101 corresponde a UALA, dicho psp, opera con el Banco Industrial, y pertenece a CESAR ANDRES GOROSITO (Cuil 20323462810)”. Por último refiere “Que la Oitel mediante nota nro. 2302/21, se toma conocimiento que ARIEL MOLINA LOPEZ (Cuil 2033811287), fue dado de alta en fecha 23/10/20 siendo su dirección Almirante Brown 1670 de Córdoba. Y CESAR ANDRES GOROSITO (Cuil 20323462810) fué dado de alta en fecha 19/01/21 siendo su domicilio en calle Arroyo nro. 5292 de Córdoba. Aporta copias de los DNI de los requeridos. Y por último remite planilla de transacciones de ARIEL MOLINA LOPEZ y de CESAR ANDRES GOROSITO, donde surge Carees en fecha 02 de febrero de 2021 a las 14,50 hs. y 14,52 hs. Respectivamente”.

Por tal motivo, y conforme a lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional, solicitó la remisión de las actuaciones ante la Fiscalía Penal con competencia en la jurisdicción de la ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, por ser el lugar desde en el cual se efectuaron los actos de ejecución y disposición patrimonial que originó la

presente causa. Ello así a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio de los imputados.

Que (fs. 06/11 del documento digital) en fecha 24/06/2021 el Sr. Juez de Garantía decretó la incompetencia del Fuero de Jueces de la ciudad de Viedma y ordenó la remisión de las actuaciones a la Fiscalía Penal en turno de la ciudad de Córdoba (fs. 12 del documento digital obrante en PUMA)

**Archivo Fiscalía DOC 2:** Inicio de actuación Penal con preventivo policial, denuncia efectuada por el Sr. Juan Ramón Garcés (fs. 05/07 del documento digital), croquis (fs. 09 documento digital); preventivo (fs. 11/13 del documento digital); elevación de las actuaciones (fs. 15/17 del documento digital);

**Archivo Fiscalía DOC 3:** Informe del Banco Patagonia con detalle de debin efectuados en la cuenta del Sr. Juan Ramón Garcés (fs. 03/09 del documento digital) desde la cuenta del actor a la de los denunciados. El Banco informó que el cliente habría compartido sus claves. Informe de la Oficina de telecomunicaciones del Ministerio Público Fiscal que da cuenta que la línea investigada es prepaga (fs. 11/13 del documento digital). Informe de Telefónica de Argentina (fs. 15/20 del documento digital).

**Archivo Fiscalía DOC 4:** Ampliación de denuncia de la Sra. Manuela Angélica Cayunao quien prestó su cuenta a su cuñado, Sr. Garcés con tickets del Banco Nación y resumen de cuenta (fs. 02/08 del documento digital). Remisión de información recabada a la UF N° 4 por parte de la Oficina de telecomunicaciones del Ministerio Público Fiscal (fs. 02/07 del documento digital). Remisión de información recabada a la UF N° 4 por parte e la Oficina de telecomunicaciones del Ministerio Público Fiscal al Banco Nación, departamento de asuntos Legales respecto de la cuenta de la Sra. Manuela Cayunao (fs. 08/21 del documento digital).

**VII.5.- Informe pericial informático -obrante en PUMA en fecha 24/07/2023-:** Exhorto Judicial ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 29, Secretaria N° 58 autos "Garcés, Juan Ramón C/ Banco Patagonia S.A. S/Oficios Ley 22.172" Expediente COM N° 20026/2021.

El informe pericial fue elaborado por el Ingeniero Informático Marcelo A. Torok donde se detallan las operaciones bancarias registradas en la cuenta de titularidad del actor del

día 02/02/2021 a través de los diversos medios con los que cuenta el Banco Patagonia, EB (e-bank) y MB (Mobile Bank). El informe se encuentra glosado en las fs. 81/147 (informe parte 2) y 1/126 (informe parte 1).

Efectúa un cuadro con el detalle de lo que denomina evidencia y sus equivalentes (ver tabla).

Responde los requerimientos efectuados de similar modo por la actora y la demandada, brindando una respuesta como A1 y D1 respecto de los movimientos de la cuenta, lo cual se ve reflejado en una tabla (fs. 92 informe Unificado parte 2). Aclara que por tratarse de una billetera virtual a la cual se transfirió el dinero, la misma arroja como dato “error”. El sistema ante ese error redirecciona la transferencia a través de la orden de crédito que es un servicio que se compensa vía “CoelSA”.

Señala que “en las transacciones bancarias no se controla simultáneamente IP de Origen y Destino, como si fuera una comunicación por Internet, porque una operación tiene su origen en la supuesta manifestación de voluntad de un cliente (de hecho esta “voluntad” se valida mediante el registro de ingreso o logueo, el uso de una contraseña y tokens) luego es la Entidad la que efectúa las validaciones, autorizaciones y procesos y las comunicaciones con la Entidad receptora que hará lo propio con el cliente beneficiario. La ruta seguida por la operación queda reflejada en la cuenta emisora, el circuito empleado entre la operación bancaria de origen y destino para transferir (o compensar) los fondos y la forma como el titular o apoderado de la cuenta beneficiaria accede a la extracción real de los fondos”.

Aclara que el formato brindado no permite analizar las direcciones de IP. Para ello debería solicitar información al proveedor de internet.

Acompaña un detalle de la información de seguridad existente en la página del Banco Patagonia como así también un detalle con imágenes correspondientes a BANELCO. Detalla medidas de seguridad dentro del cajero conforme solicitud A4 y D4. Adjunta detalle del manual de la Banca Electrónica de Banco Patagonia, forma de ingreso a ATM (Cajero automático)

Destaca como “llamativo el cambio de usuarios en el transcurso de una misma Sesión (circunstancia que se repite durante las tres) y por otra parte, que la dirección IP consignada, es para todos casos la misma. Fuente documental: EVID-06” (ver fs. 92 del

informe Unificado parte 1).

Informa respecto del punto A6 que “El documento aportado por la Demandada preservado como “Causa Garcés Log de transacciones.xlsx” nombrado como EVID-06 cuenta con una misma dirección de acceso en la totalidad de las operaciones correspondientes al día observado. El formato brindado por el reporte no permite evaluar las Direcciones IP en octetos, lo que definiría como red interna o externa. Para el caso de poder obtener la misma en octetos y en caso de tratarse de una IP pública (no interna a la infraestructura bancaria), podría definirse claramente su origen librando oficios a los Proveedores de Servicios de Internet (Internet Service Providers) . Fuente documental: EVID-06

Respecto de la solicitud A-7 consistente en determinar desde que dirección de IP se realizaron el alta del préstamo del día 2/2/2021 y la dirección de IP de destino de los mismos reitera lo ya respondido.

Al contestare el punto D-3 consistente en determinar las transferencias cumplidas en fecha 2 de febrero de 2021 y especificación de cuenta de origen y destino, y terminal desde la cual se efectuaron las transferencias, manifestó que la totalidad de los movimientos se encuentran debidamente detallados en las distintas hojas del archivo de evidencia EVID-06, sin perjuicio de ello, a los efectos de una mayor claridad, considero oportuno consignar un detalle sobre hechos notorios, respecto a las tres Sesiones en las que se realizaron las transferencias" (ver cuadro).

Vuelve a destacar como llamativo el cambio de usuarios en el transcurso de una misma Sesión (circunstancia que se repite durante las tres) y por otra parte, que la dirección IP consignada, es para todos casos la misma. Fuente documental: EVID-06.

Expone la respuesta al punto D5 sobre las características de la clave de homebanking y clave token de seguridad, pasos para generarla y utilización (ver imagen inserta a fs. 93 y subsiguientes del informe Unificado parte 1).

En fs. 67 parte 1 del informe se encuentran detallados los movimientos efectuados en fecha 02/02/2021 donde se tomó el préstamo denunciado por el actor.

**Solicitud de aclaraciones por parte de la demandada, Banco Patagonia S.A. a fs. 76/79 (informe Unificado parte 2):** Requirió que aclare respecto del “Punto “A-3”:  
“En relación al código 501, deberá el perito informar si este indica algún tipo de

problema relacionado con la seguridad y/o si requiere al cliente alguna acción adicional en el canal. Asimismo deberá aclarar si este tipo de transferencias corresponden a los debites indicados en el extracto”.

Peticiona al perito que aclare el Punto “D-3”: "Al respecto cabe señalar que en rigor no se trata de diferentes usuarios sino simplemente que en relación a un mismo usuario se utilizan diferentes datos únicos de identificación del cliente: el documento, la CUIL y el usuario en relación a diferentes servicios. Dado que la respuesta brindada por el perito podría llevar a equívocas interpretaciones, corresponde que el profesional aclare su respuesta en este punto”.

Respecto del Punto “D-6” señala "En este sentido, cabe adelantar que mi parte posee a disposición del perito lo necesario para contestar adecuadamente el presente punto pericial”.

**Contestación del perito respondida a fs. 72/75 (informe Unificado parte 2):** El perito expresó respecto del Punto A3 que “Tal lo observado en los Procedimientos respectivos, con el Consultor de Parte del Banco Patagonia, Ing. Guinsburg; el mismo aclara que, al intentar procesar en los Sistemas Informáticos del Banco, la referida operación (transferencia a una Billetera virtual), ordenada vía Banelco y al no estar dispuesto el servicio de Billeteras Virtuales a través de los servicios prestados por la Red Banelco, rechaza esta última Institución la operación, consignándola con código 501, por lo que el Banco procede a realizarla vía CoelSA. Dado que todo esto se realiza en forma automatizada, esta gestión resulta transparente para el Usuario Final”.

Señaló, al responder el Punto “D-3” que "Analizada la observación con el Consultor de Parte, el mismo manifiesta que tres campos indicados, se corresponden al mismo Cliente en cuestión y que las diferentes denominaciones, se deben a que, por tratarse de un sistema de múltiples entradas, los diversos procesos acceden por diferentes campos de denominación, tratándose igualmente de un mismo usuario. Que, de lo informado por el Letrado de la Demandada y una vez corroborado en los respectivos Procedimientos Informáticos, incorporo lo mismo a un Diccionario de Datos, que confecciono a fin de cumplimentar la respuesta, que doy por agregado a mi Dictamen, sirviendo la presente de suficiente Anexado, según el siguiente desarrollo" (ver cuadro de fs. 73/74 informe Unificado parte 2).

Que efectuadas las aclaraciones requeridas por la demandada por parte del perito

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

**VII.- Testimonial: Declaración testimonial de la Sra. María Lujan Carunchio Paloma, contadora, empleada del Banco Patagonia en audiencia del día 16/12/2021:**

La testigo refiere ser empleada del Banco Patagonia S.A. y que presta servicio en el área de investigaciones especiales.

Explica que el reclamo ingresó el 03/02/2021 cuando el actor desconoce el préstamo y las transferencias de modalidad debin. Ello ocurrió el día 02/02/2021. El dinero fue a la billetera UALA. Indica que se solicitó a UALA que inmovilizara los fondos. Se solicitó la baja de las claves, verificaron las operaciones y cómo se gestionó la clave token la que se efectuó unos minutos antes del debin. Para eso es necesario ingresar la clave pin y luego genera el token para ingresar a la aplicación. Hay que cambiarla. Así se vincula el teléfono. Luego se pueden hacer transferencia. Es la doble autenticación. Se hizo sin efectuarse blanqueos de la tarjeta de pin. Para ellos la operación es oferta. Como se hizo en un cajero, se guardó la imagen.

Luego que UALA no efectúa el bloqueo de los fondos ni la devolución se rechazó el reclamo porque el procedimiento fue correcto. Cuando se hizo la generación de claves no se violó el sistema de seguridad del banco.

Señala que la tarjeta física es la que permite ingresar pin, (no tuvo blanqueo), no es que entró de forma incorrecta. Luego para ingresar al homebanking con el token, el procedimiento fue en forma limpia, sin errores. Entiende que el sistema no fue vulnerado. La clave pin (para ingresar con la tarjeta) es de cada cliente. Las tarjetas son intransferibles. La tarjeta de crédito si puede tener extensión.

Explica que los prestamos bancarios se pueden otorgar por mobile, homebanking o en el banco pero no por cajero automático. Para acceder al préstamo debe hacerse a través

usuario y clave de homebaking, con clave del cajero. Si no tengo generar clave, si no tengo tarjeta no genero token. Aclara que el BCRA establece las medidas de seguridad y los límites de transferencia están regulados por 4690 BCRA. Cada cliente debe generar su clave personal e intransferibles.

Indica que el banco hizo una información no positiva de los fondos. Explica que a fin de tomar un reclamo respecto de este tipo de casos, piden la denuncia para ver que el reclamo es válido (no conflicto entre particulares por desacuerdos entre una venta y una compra), se le pide a UALA que bloquee los fondos, con autorización de tu cliente, se los devuelve. No tiene información de memoria no recuerda la fecha. Manifiesta que se pidió el 04/02 a Uala y Prisma con el desconocimiento y UALA responde el mismo 04 y le indica que no cuenta con los fondos disponibles.

Aclara que las operaciones debin, las cuentas no deben ser agendadas. Son transferencias inmediatas. El usuario habilita el debin. Hay dos debin: preagendadas la primera se autoriza. Y luego el común que no necesita el pre agendamiento para lo cual necesita el código token. Explica, además que el atea a su cargo tiene conocimiento de denuncias de este tipo de operaciones. El banco ha recibido denuncias como todos los bancos. Las medidas extra que ha tomado se van desarrollando cada vez más. En julio del BCRA en función de los reclamos, denuncias en medios, pidió que los préstamos con demora de acreditación de fondos, datos biométricos o cambios de clave hace que genera un token de validación que llega por mail para lo cual solicita ese código. Y luego manda (día anterior a la declaración), es una vulneración de claves que realiza el cliente.

Indica que no se puede prevenir cuando el cliente vulnera su clave. Previo a la circular del BCRA el banco no tomó medidas para prevenir el daño. El banco tiene publicaciones con las medidas de seguridad, vulneración de datos etc.

Detalla que para efectuar controles el banco utiliza una alerta frente a una transferencia inusual: el monitoreo del banco está centralizado en Prisma. Lo revisa en la trazabilidad. Si la transferencia se direcciona a un CBU sospechoso, hay una alerta. El monitoreo transaccional se define como la trazabilidad de una operación o una operatoria que realiza un cliente. Sobre todo cuando operás en un horario inusual, operación a una cuenta que está bloqueada, transferencia a cuenta sospechosa o CBU dudoso, todo esos parámetros los desarrolla Prisma que administra la secuencialidad de todos los bancos.

Es quien monitorea casi todos los bancos. Se revisa el CBU del destino, no del de origen. Eso es porque ya se conoce al cliente. En este caso se trató de un producto que se acreditó en la cuenta del cliente y desde allí se hacen las operaciones con clave token que hizo su cliente. Esa no sería una operación inusual. Fue consultada si con las transferencias automáticas con cuentas no agendadas y montos altos, si eso dispara alertas. Aclara que no hay pre agendamiento de cuentas. Agrega que el límite de transferencia del BCRA es muy alto de \$ 1.400.000. No es una operación que genere dudas cuando el cliente realiza la transferencia con todos los controles y elementos de seguridad que tiene el banco.

Explica que han recibido denuncia de clientes que desconocen, describe todos los tipos de estafas, y las medidas de seguridad para evitar las estafas. El BCRA dio directivas que fueron difundidas. Aclara que con las medidas de seguridad difundidas se disminuyeron las estafas.

Manifiesta que el banco requiere la denuncia policial porque puede ser una situación de desacuerdo entre particulares. Para darle más seguridad al reclamo se solicita la denuncia. El banco por si solo no puede bloquear fondos de terceros. Para pedir a otro banco que bloquee fondos y los devuelva necesitan la denuncia.

Aclara que la operación debin no necesita necesariamente agendamiento de la cuenta. Operación inmediata autorizada por el BCRA. Los debin (débito automático) lo administra CoelSa para billetera virtual. Corren sobre plataforma. La transferencia a otros implica que si o si es con un token, o factor de autenticación (movimiento de efectivo) lleva un doble factor de autenticación. Préstamo retenido por 48 hs hasta que el cliente de su conformidad a fin de evitar fraudes.

Finalmente explica que a los clientes se les informa habitualmente (contrato que firma u otro producto) se le indica que no debe divulgar las claves. En la página del banco hay un capítulo especial sobre seguridad.

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

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

Es así que he de otorgarle valor probatorio a la testimonial ante reseñada, en tanto considero a la testigo idónea, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C- sin perjuicio de la valoración que oportunamente se haga en el marco del derecho consumeril que rige el caso aquí tratado.

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

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

A la hora de valorar y fijar los hechos probados, se advierte que se ha producido un informe pericial informático como así también se han agregado actuaciones en el fuero penal con intervención de la OITEL conforme autos "Garcés Juan Ramón C/NN S/ Estafa", Legajo N° MPF-VI-00475- 2021" que tramitó ante la IRA CJ - Fiscalía N° 4 de esta ciudad.

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

representativo en relación a aquel materia". (Morello, Sosa, Berizonce, Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación, Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág.331/332). (Conf. 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, informe pericial informático como así también lo expresado por la jefa de investigaciones especiales de la entidad bancaria demandada, Cra. María Luján Carunchio Paloma.

De este modo, luego de analizada la prueba producida, tengo por reconstruido el hecho

del siguiente modo y en varias secuencias: **Secuencia 1:** El día 02/02/2021 a las 13.30 hs. aproximadamente, la Sra. Cayunao, esposa del actor, recibe un llamado telefónico de una persona que postula comunicarse desde "YPF Petrolera Serviclub" que le informa que ganó un premio de \$150.000 y un Smart TV 55". Como consecuencia de esa comunicación a la Sra. Cayunao, le extraen información específica para operar en su cuenta lo cual ha quedado descripto en el detalle de sesiones iniciadas e informadas por el perito informático. **Secuencia 2:** Interferido el acceso a la cuenta del actor, Sr. Juan Ramón Garcés por terceras personas se efectúa cambio de clave y generación de token. **Secuencia Tres:** Advertido por terceros de la posibilidad de acceder a un préstamo preaprobado se produce la contratación por un capital de \$242.620,05. **Secuencia cuatro:** Se produce la transferencia de los fondos. La primera operación Debin, efectuada a las 14,50 hs, fue por la suma de \$120.000 a la CBU 000000790020338112876 de la billetera virtual Uala y titularidad bajo el nombre de Ariel Molina López (Cuil 2033811287). En tanto que la segunda operación Debin, se efectuó a las 14,52 hs. por la suma de 120.000\$, realizada a la CBU 00000079002032346228101 de la billetera virtual UALA y titularidad bajo el nombre de César Andres Gorosito (Cuil 20323462810), conforme surge de la investigación de la Unidad Fiscal N° 4 de la ciudad de Viedma. **Secuencia cinco:** Paralelamente el interlocutor solicitó más cuentas para transferir el dinero para lo cual se facilitó la cuenta de la Sra. Manuela Cayunao (hermana de la esposa del actor). Luego de que no pudieran continuar con la operación en la cuenta de Banco Nación de la Sra. Manuela Cayunao, al advertir quien se había comunicado con la actora que no tendría más cuentas disponibles, cortó la comunicación y no volvió a contestar los llamados subsiguientes. **Secuencia seis:** El actor, atento al transcurso del tiempo y constatar que no se acreditaba el premio en la cuenta, se acerca al cajero a verificar los movimientos y visualiza que se ha generado un préstamo por la suma de \$ 242.620 (conforme resumen de cuenta) y dos transferencias de \$122.00 y \$120.000 a destinatarios que no son de su conocimiento. **Secuencia siete:** Que el actor al comprender que ha sido víctima de una maniobra que tiene como consecuencia una disposición patrimonial efectúa la denuncia ante en la Comisaría 1ra de la Ciudad de Viedma el día 03/02/2021 como así también la denuncia ante la entidad bancaria. **Secuencia ocho:** El día 04/02/2021 el área de investigaciones especiales de la demandada, quien se comunica con Prisma y Uala con solicitud de bloqueo de los fondos a las cuentas de destino. Cabe mencionar que Uala informó ese mismo día, que los fondos ya no se encontraban disponibles, conforme

surge del testimonio de la Jefa de Departamento de Investigaciones Especiales, Cra. Carunchio.

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

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

Primeramente, corresponderá analizar si en el caso existe prejudicialidad. Ello así en base a que surge de la prueba producida en autos que se han labrado actuaciones penales identificadas como “Informó que en el legajo "Garcés Juan Ramón C/NN S/ Estafa", Legajo N° MPF-VI-00475- 2021" que tramitó ante la IRA CJ - Fiscalía N° 4 -conforme en SEON presentaciones en fecha 30/11/2021-.

Asimismo se informó que el legajo solicitado se remitió en fecha 25/06/2021 a la Fiscalía Córdoba Palacio de Tribunales II, a la dirección Fructuoso Rivera 720 Barrio Observatorio- Córdoba -Córdoba (X5000 BOP), en virtud de resolución de declaración de incompetencia por el Foro de Jueces Penales de esta Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro -obrante en SEON 10/03/2022, documentos digitales-.

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

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

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

Determinada, conforme a reconstrucción del hecho, la existencia de contratación de un mutuo predispuesto 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 el obrar de su esposa no lo fue ejerciendo su voluntad, mientras que para la demandada el obrar del actor y consecuentemente de su esposa fue voluntario por lo que el préstamo tomado está dotado de total validez.

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

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

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

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

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

el vicio se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial". (Alterini Jorge H. Director General. Código Civil y Comercial Comentado. Thomson Reuters. La Ley. Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016. T. II. Pág. 106).

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

De ello da especial cuenta lo informado por la Fiscalía General respecto del listado de casos similares consistentes en denuncias por maniobras al tomar préstamos, lo cual se encuentra agregado en el SEON -30/11/2021-.

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

Asimismo, el hecho de que la cuenta haya sido operada por la esposa del Sr. Garcés entiendo que es una condición que será abordada en el próximo Considerando

Esa conclusión nos pone directamente ante un escenario que califica la ausencia de voluntad conforme art. 260 del CCyC para tomar el préstamo que se operativizó en la cuenta del Sr. Juan Ramón Garcés a través de su cuenta.

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

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

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

En lo que respecta a la atribución de responsabilidad, el art. 40 de la Ley 24.240 reza: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el

proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”.

Sostiene Ricardo Lorenzetti que “el sistema imputativo consiste en una responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio, amplia legitimación pasiva solidaria con acciones de repetición, y unas eximentes basadas en la ruptura del nexo causal”. (Conf. R. L. Lorenzetti, “Tratado de los Contratos”, Tº 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 Wajntraub “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 CN Com., esta Sala A., 30.06.10 in re “Novoa Claudia Marcelac/ Taraborelli Aumobiles S.A y otro s. ordinario). (Conf. Cám. Nac. de Apel. En lo Com., “Monti Eduardo Jorge y otro c/ Maynar AG S.A. y otro s/ sumarísimo”, 2012, Cita online: MJ-JU-M-71863-AR | MJJ71863 | MJJ71863).

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

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

Para ello tengo presente que el Sr. Juan Ramón Garcés resulta ser cliente del Banco Patagonia en tanto tiene allí su CA\$ N° 250-122022399.

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

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

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

Por otro lado, he tenido en cuenta a los fines de tener por reconstruido el hecho que el Sr. Garcés 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 \$ 242.620 y las consecuentes transferencias que disponen de los montos obtenidos mediante dicho préstamo desde su cuenta CA\$ N° 250-122022399 a la CBU 000000790020338112876 por la suma de \$120.000 proveniente de la billetera virtual Uala y titularidad bajo el nombre de Ariel Molina López (Cuil 2033811287); y otra transferencia realizada a la CBU 00000079002032346228101, operación Debin, por la suma de \$122.000, proveniente de la billetera virtual Uala y titular bajo el nombre de Cesar Andres Gorosito (Cuil 20323462810).

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

Si bien en autos no surge una decisión jurisdiccional del fuero penal, cierto es que la maniobra de la cual la actora fue víctima, no es única y aislada exclusivamente respecto de ella sino que inscribe en una metodología defraudatoria que ha tenido éxito respecto de una cantidad importante de consumidores, tal como surge de lo informado por el

Ministerio Público -Seon presentaciones de fecha 30/11/2021-, 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 del Sr. Juan Ramón Garcés en dos aspectos. El primero es que consintió que la tarjeta sea operada por su esposa Sra. Cayunao, el segundo aspecto es que además 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. Juan Ramón Garcés en los aspectos señalados 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 bien puede considerarse respecto del actor que en sentido estricto su esposa viene a ser un tercero, lo cierto es que conforme al derecho consumeril puede concebirse que en el marco de un proyecto común de vida hubo de parte de aquel una entrega voluntaria del uso de la tarjeta con el objetivo de recibir un “premio”. De este modo, en el contexto al que me he referido al reconstruir el hecho terceras personas son quienes se comunicaron con la Sra. Cayunao.

Así, si tenemos en cuenta como antes he referido, que la cuenta de la actora fue interferida en base a la maniobra exitosa por parte de terceros, la defensa de la demandada no puede reducirse simplemente a interpretar que el Sr. Garcés 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, habrá que contestar el siguiente interrogante ¿La interferencia de la voluntad de manera exitosa por terceros con acceso total a la cuenta del actor mediante una maniobra defraudatoria fractura o no 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 ha favorecido el comienzo de la maniobra, la causa de la disposición patrimonial no es esa.

Así, no se si bien se puso una condición con el actuar de la voluntad interferida y sin intencionalidad, no se encuentra probado que se pudo discernir que se estaba siendo víctima de una maniobra; más esa condición, como referí, no se erige como causa.

Y ello así porque "Es preciso, para ello, que la condición asuma especial entidad, por ser adecuada para producir ese resultado, en cuyo caso se eleva a la categoría de causa jurídica, generadora del detrimento. Así concebida la cuestión, puede afirmarse que "si

bien la causa es siempre una condición del daño, no toda condición es causa" (Zavala de González. La responsabilidad civil en el nuevo código. T ii. p. 133, n 6.)" Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Tomo I, parte general, primera edición revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 343.

Llegados a este punto debo recordar que surge de autos que la actora realizó la denuncia el día 03/02/2021 conforme surge de de Acta labrada ante Comisaría Primera de Viedma -SEON Documentos digitales de fecha 13/12/2021-, por otro lado de la declaración testimonial de la Contadora Carunchio Paloma en tanto Jefa de Investigaciones Especiales de la entidad financiera demandada surge que el caso de la actora llega a su dependencia interna el día 03/02/2021, cuando conforme a sus propios dichos como así también los de la actora, la denuncia fue inmediata ante la entidad bancaria.

No puede soslayarse tampoco lo enunciado por la testigo referida en cuanto a que tanto las transferencias bancarias como las solicitudes de préstamos preaprobados están disponibles para los clientes a través del sistema de mobile y homebanking, no así a través del ATM.

Asimismo dicha testigo refirió que para el sistema de seguridad de la entidad bancaria no hubo una alerta de intrusión, cuando es evidente que conforme a la complejidad de la maniobra se usó 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 a los puntos de pericia propuestos, se ingresó a la cuenta del actor, se solicitó un token que permitiría operar a través de la banca movil o el homebanking, que efectuado ello se solicitó el préstamo denunciado y en un lapso menor a 30 minutos quedó acreditado el préstamo y se enviaron los fondos a dos cuentas diferentes de la billetera virtual Uala, conforme fuera manifestado por la actora y comprobado en el informe del experto.

Por otro lado, los movimientos consistentes se operaron en el lapso de tiempo entre las 14.35 y las 14.58 hs del día 02/02/2021.

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 del titular de la cuenta 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 al momento del hecho canales de operación diversos, no ha demostrado la existencia 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 del la Constitución Nacional debe tener equivalencia entre las opciones para concretar el servicio a través de canales no presenciales que dinamizan la actividad y las opciones para velar por la seguridad de la misma a través de una atención personalizada y detección de alertas.

De este modo, si ante la advertencia de la masividad de casos como el aquí tratado, lo que demuestra la debilidad del sistema implementado respecto de préstamos preaprobados, el BCRA emitió la Comunicación A 7319 que exige la verificación fehaciente de la identidad de las personas usuaria de servicios financieros, como así también que los puntos de contacto no hayan sido modificados recientemente, a lo que se agrega que una vez que sea verificada la identidad del usuario la entidad financiera deberá comunicarse a través de todos los puntos de contacto disponibles para transmitir

que el crédito se encuentra aprobado; todo ello con el objeto de evitar mediante una optimizada prestación del servicio hechos como el aquí tratado, cierto es que una entidad bancaria profesionalizada como la demandada podía tomar debidos recaudos con antelación a que la autoridad central lo prescribiera para prever y evitar con debida diligencia frente a sus clientes - consumidores- hechos como el aquí tratado.

Se ha dicho que “Parece de toda obviedad que la conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada (conf. CN Com., esta Sala, ‘Giacchino, Jorge c/ Machine & Man’, del 23-11-95, íd., ‘Molinari, Antonio Felipe c/Tarraubella Cía. Financiera S.A.’, del 24-11-99, Doctrina Societaria, Ed. Errepar, T. XI, p. 905; entre otros). No puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge ‘Introducción al Derecho del Consumidor’, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 11). Bajo tal óptica examinaré las consecuencias que derivan de la conducta asumida por la entidad demandada”. (Conf. CNA Com., sala B, en los autos “S., M. S. c/ Banco Credicoop Coop. Ltdo. S.A. Y otros s/ ordinario”, causa N° 59.943, 15/06/18).

Debo recordar también que la Cámara Civil de Apelaciones de Viedma ha dicho en cita extensa que me permito incorporar a los presente obrados que “Es que, no puede sólidamente sostenerse que, el ingreso con un dispositivo móvil sea suficiente para penetrar el sistema informático sin admitir tal debilidad y falta de información precisa al usuario, ya que, y tal como surge de la denuncia, el cliente bancario resultó ser víctima de un engaño telefónico. La recurrente, insistentemente niega que se haya violado una medida de seguridad de su parte, afirmando que la responsabilidad de la operación ha de endilgarse al propio usuario, omitiendo así que el Banco Central -cual autoridad de contralor y reguladora del funcionamiento de los bancos comerciales, conf. art. 21 ley 21.526- ha dictado variadas comunicaciones que refieren a las obligaciones de las entidades bancarias en aras de garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los usuarios en operaciones de servicios financieros, lo que denota, sin necesidad de mayores comentarios, la intención de aquel ente de prevenir situaciones como la planteada por el denunciante, porque de lo que se trata es que las medidas que se tomen sean suficientes para preservar el deber legal de seguridad (atento conocerse la existencia de este tipo de maniobras que no son hechos imprevisibles) y tender a evitar

que terceros obtengan del usuario informes sensibles para acceder sin mayores datos de comprobación a préstamos de manera remota y otorgados en forma inmediata (ver, entre otras, disposición del BCRA del Texto Ordenado de los "Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras" (Comunicación A 6017), donde relevantemente (ptos. 6.3.2.1 y 6.3.2.2) se precisa que las entidades deben desarrollar, proyectar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los canales electrónicos bajo su responsabilidad, con sustento en un estudio de riesgo de actualización mínima anual, detallando también diversas funciones y tareas relacionadas con los procesos de seguridad para los referidos canales electrónicos; Comunicación A n° 6878 (24/01/20), en la cual se dispone (entre otras medidas) que las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas para el desarrollo de actividades ilícitas, como así también que se deberán adoptar medidas internas a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con la actividad declarada por el cliente, y se destaca la necesidad de implementación de mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones; Comunicación A n° 7319 (1/07/21), que determina (entre varios recaudos a tener en cuenta) que para la autorización de un crédito pre aprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante técnicas de identificación positiva, además de constatar previamente que los puntos de contacto indicados por el usuario del servicio no hayan sido modificados recientemente, y una vez verificada la identidad de la persona usuaria, deberá comunicarle (a través de todos los puntos de contacto disponibles) que el crédito se encuentra aprobado y que de no mediar objeciones el monto será acreditado en la cuenta a partir de las 48 hs hábiles siguientes. -<http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A6017.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6878.pdf>; <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A7319.pdf>-). Por lo expuesto, se advierte el deficiente control ejercido por la entidad financiera para impedir la efectivización de la maniobra delictiva ya señalada, vislumbrándose que las medidas de seguridad utilizadas por la denunciada claramente no han resultado eficaces para evitar 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 que resulta evidente que la empresa demandada, en función de su presumida profesionalidad, es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos y además conforme a los lineamientos proteccionistas -art. 3 LDC, art. 1094 y 1095 CCyC- del régimen de responsabilidad aludido, en sucabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de

responsabilidad, pues la actora -consumidor- está relevada de la prueba de la incidencia causal.

Entonces, a tenor de los elementos probatorios ya reseñados y valorados en autos, surge como consecuencia que el Banco Patagonia S.A ha incumplido con el deber de

seguridad que se encuentra implicado en toda contratación enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, así como también con el deber de custodia y seguridad de los fondos del Sr. Juan Ramón Garcés 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 del Sr, Garcés, se encuentra el deber de informarle y advertirle, lo que por otro lado para la entidad bancaria consistía, no solo en informarle a la actora sino en constatar que efectivamente ella hubiera tomado un préstamo preaprobado incumpliendo así las obligaciones establecidas en los artículos 4 y cc de la Ley de Defensa del Consumidor.

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

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

Finalmente tengo presente que la cuestión aquí debatida guarda similitud estructural con la a resuelto por el STJ en autos "Bartorelli, Emma Graciela C/Banco Patagonia S.A.

S/Daños Y Perjuicios S/Casacion" (Expte. N° Vi-31306-C-0000. Sentencias 133 de fecha 17/10/23.

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

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

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

El daño es "...todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)"; "...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala C Com. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)"; ya que "...si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CN Civ., sala B, 28/9/84, E.D.112-233)". Además, "...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L.1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño". (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado R.C., Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33). -

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

No obstante, en tanto se ha declarado la nulidad del contrato de mutuo comenzaré por expedirme antes de abordar los rubros indemnizatorios propiamente dichos, con los efectos que esa declaración ostenta en el caso analizado.

**XII.1.- Efectos de la declaración de nulidad del contrato de mutuo:**

Tengo presente que oportunamente se emitió una medida cautelar en autos caratulados “Garcés, Juan Ramón C/ Banco Patagonia S.A. S/Medida Cautelar (c) (De no Innovar)” Expte N° 1VI-95-C-2021 de trámite por ante esta mismas Unidad Jurisdiccional en donde se resolvió el cese de eventuales descuentos y la reversión de la sumas eventualmente debitadas.

Que ahora, y en este estado dicha medida corresponde que se transforme en definitiva como consecuencia de lo aquí decidido.

**XII.2.- Daño Moral:** Por este rubro la actora solicita el monto de \$300.000.

En el ámbito contractual se ha dicho que “el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos espirituales (cfr. CCC Ros, Sala I, 05.09.2002, Capucci c. Galavisión V.C.C. S.A”, Zeus91-J-245; v. tb. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p. 205, N°557; ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, p. 264), aclarándose que no todo incumplimiento contractual apareja, per se, daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción del as 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° 407del11.11.2011, causa “Fernández c. Wulfson”; Ac. N° 391 del 04.11.2011, causa “Testa c. Gorriño”, entre otros -Conf. CA Civil Viedma, en autos caratulados “Telic

Vladimiro Roberto c/ Volkswagen Compañía Financiera s/ daños y perjuicios (Ordinario)", 31-05-2017). -

Asimismo, conforme ha puesto de manifiesto en la sentencia dictada por CAV en autos "Melivilos Belisle Nélica C/Sindicato De Trabajadores Viales Provincia De Río Negro S/ Ordinario", Expte. N° 8278/2017 (10-10-2018 voto del Dr. Ariel Alberto Gallinger): "en materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual solo puede existir en la hipótesis de incumplimiento intencional, (cfr. Llambias, J.J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, p. 353, n° 270 bis); por el contrario, la referencia del C Civ: 522 ) "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral", Buenos Aires, 1985, t. IV, ps. 118/119, n° 45; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 730, N° 1; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p. 229; Pizarro, R., y Vallespinos, C., " ("Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana Cristina y otros. Ordinario CN Com Sala D; 30-04-2009; RC J 16807/09..." (conf. "Ponce Tomas Omar C/ Dietz Fernando Ángel S/ Ordinario. Expte. N° 8090/2016-CAV (voto la Dra. María Luján Ignazi), cabe tener presente que "...para que un incumplimiento contractual conlleve un daño de esta índole, es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios (conf. Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D "Valentinuzzi Roberto Mac/ Centro Milano SaS/Sumarísimo", en fecha 18.08.16)".

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

conforme art. 1741 del CcyC.

En ese sentido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la prueba producida en autos de la cual tengo en especial cuenta la falta de acabada información brindada a la actora a la luz de los estándares exigibles de la LDC, es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$ 250.000 con más una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario- desde la fecha en que ocurrió el hecho – 2/2/2021- a la emisión de este decisorio, es decir 3 años, 1 mes y 25 días o 1149 días lo cual totaliza un 25,27 % lo que hace, en consecuencia, que las sumas ascienda a \$ 313.175 a la fecha de la presente, todo lo anterior 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 y de allí en más y hasta su efectivo pago sin solución de continuidad la tasa de interés prevista en calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

**XII.3.- Daño Punitivo:** Por éste rubro la actora solicita el monto de \$2.000.000.

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

El S.T.J tiene dicho: “en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como sumas de dinero, que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., Daños Punitivos, en D.d.D. -Segunda parte-

pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitiva". (STJRNS1 Se. 100/10. Parra.).

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

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

Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo

que el daño punitivo ha de proceder frente al incumplimiento de la obligación de seguridad y debida custodia de los fondos que se presumían tomados por la usuaria de servicios financieros, a lo que agregó que una vez adquirido el conocimiento de lo acontecido por la entidad financiera el trato dispensado a la actora no puede ser calificado de digno conforme a los estándares previsto por la LDC, extremos que ha de considerarse de suficiente gravedad en el caso aquí tratado, todo lo cual me lleva a la convicción de tener por comprobada la violación del art. 8 bis de la LDC interpretado en función de las previsiones del art. 52 bis de la LDC.

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

Destaco que el monto determinado por este rubro se encuentra en armonía con las pautas dadas por el STJ en autos "Bartorelli, Emma Graciela C/Banco Patagonia S.A. s/Daños y Perjuicios S/Casación" (Expte. N° VI-31306- C-0000 Sentencia del 17/10/2023)

### **XIII.- Conclusión.**

Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por el Sr. Juan Ramón Garcés en fecha 17/06/2021 y conforme fundamentos dados en Considerando X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos, transformar en definitivos los efectos de la medida cautelar admitida en autos "Garcés, Juan Ramón C/ Banco Patagonia S.A. S/Medida Cautelar (c) (De no Innovar)" Expte N° 1VI-95-C-2021 y en consecuencia condenar al Banco Patagonia S.A. a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 313.175 por Daño Moral y la suma de \$ 500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando XII.2 y XII.3 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

#### **XIV.- Costas y honorarios:**

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

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

Corresponde entonces regular los honorarios en forma conjunta para las letradas del actor, Dra. Cecilia E. Crisol y Andrea Natalia Morón en conjunto en el equivalente a 10 Jus + 40 % y los de los letrados de la parte demandada Dra. María Fernanda Rodrigo y Fernando Chironi en el equivalente a 10 Jus + 40 %. (conf. Arts. 6, 7, 8, 9, 10 y cc y concordantes de la Ley G N° 2212). Notifíquese a Caja Forense y cúmplase con la Ley D N° 869.

Ello así, en tanto de aplicar al monto base de \$ 815.175 el coeficiente para el proceso sumarísimo conforme Ley de Aranceles de acuerdo con una apreciación del desempeño profesional medida en su extensión y eficacia no se superaría el mínimo legal.

Todo lo anterior con los alcances de responsabilidad prevista en el art. 730 del CCyC.

Por los fundamentos expuestos;

#### **RESUELVO:**

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por el Sr. Juan Ramón Garcés en fecha 17/06/2021 y conforme fundamentos dados en Considerando X y XI, declarar la nulidad del contrato de mutuo debatido en autos, transformar en definitivos los efectos de la medida cautelar admitida en autos “Garcés, Juan Ramón C/ Banco Patagonia S.A. S/Medida Cautelar (c) (De no Innovar)” Expte N° 1VI-95-C-2021 y en consecuencia condenar al Banco Patagonia S.A. a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 313.175 por Daño Moral y la suma de \$ 500.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando XII.2 y XII.3

respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del CPCC), y regular los honorarios en forma conjunta para las abogadas del actor, Dra. Cecilia E. Crisol y Andrea Natalia Morón en conjunto en el equivalente a 10 Jus + 40 % y los de los letrados de la parte demandada Dra. María Fernanda Rodrigo y Fernando Chironi en el equivalente a 10 Jus + 40 % (conf. Arts. 6, 7, 8, 9, 10 y cc y concordantes de la Ley G N° 2212) con los alcances de responsabilidad prevista en el art. 730 del CCyC . Notifíquese a Caja Forense y cúmplase con la Ley D N° 869.

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

**Leandro Javier Oyola**

**Juez**