

Viedma, 2 de noviembre de 2022.-

AUTOS Y VISTOS: Los presentes caratulados: "LINARES MARCELA VALERIA Y OTRO C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)" (Expte. n° B-1VI-564-C2021), puestos a despacho a los fines de resolver; de los que

RESULTA:

1.- Que se presenta en fecha 22/03/2021, se presentan los Sres. Marcela Valeria Linares, y Rocky Fabián Aguirre, por apoderadas, y promueven demanda de daños y perjuicios en el marco de la ley 24.240, contra el Banco Patagonia S.A., solicitando se la condene al pago de la indemnización por \$2.500.000, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse en autos, y se decrete la nulidad del préstamo personal otorgado en fecha 14/11/202, y la devolución de las cuotas debitadas, y el reembolso de \$13.360, y USD1.398 USD, más intereses calculados hasta el efectivo pago, con expresa imposición de costas a la contraria.-

Hace referencia al contexto histórico de los hechos, en atención a las medidas de emergencia sanitaria adoptadas por el Gobierno de la Nación y replicadas en las provincias en el marco de la pandemia por Covid-19, que primeramente consistió en el aislamiento preventivo y obligatorio, luego flexionándose gradualmente hacia un distanciamiento social y preventivo, que constituyó un escenario propicio para perpetrar cientos de delitos cibernéticos, y los cambios que se efectuaron en las relaciones por medios informáticos, y las operaciones bancarias.-

Expone los hechos en los que funda la acción manifestando que tienen una relación consumeril en la que son consumidores, y la demandada proveedora, toda vez que la presente acción versa sobre operación de créditos no autorizadas realizada en la Caja de ahorro en pesos N° 21-730003691-000 perteneciente al Banco Patagonia y de la cual los actores son titulares.-

Relatan que el día 11/11/2020 a las 13 hs. aproximadamente, la Sra. Linares recibió un llamado telefónico cuyo interlocutor manifestó ser un agente de Anses, presentándose con nombre y DNI, quien le indicó que el motivo de su llamado era para informarle que el Estado Nacional había lanzado un programa de ayuda económica para empleados estatales que percibían un determinado haber, confirmandole datos personales a efectos de “validar” su identidad, tales como edad, profesión, monto del sueldo, antecedentes académicos, y hasta la dirección de un inmueble donde vivió en Capital Federal hace 25 años, todo en un tono muy amable, seguro, otorgando una sensación de confiabilidad, y como el Estado se encontraba en plena implementación de ayudas públicas a varios segmentos, todo resultaba creíble y en consonancia con el contexto social.- Refiere que finalizada la “validación de datos”, le indicó que debía acercarse a un cajero automático para generar una clave y habilitar el cobro, reiterándole que no debería brindar ninguna clave personal ni ningún dato bancario, y así fue que a las 13:30 aproximadamente se acercó a un cajero automático, comunicándose nuevamente el “agente” que le daría las instrucciones para “habilitar el cobro”, indicándole que seleccione a “gestión de clave”, ingrese un código que le dicta y cuando el cajero emitiera un ticket, le enviara una imagen de la misma, acciones que llevó a cabo.-

Señala que a lo largo de la tarde la volvieron a llamar un par de veces explicándole que dada la cantidad de personas que se sumaban a este aporte solidario nacional por la pandemia, el trámite era lento y cerca de las 18:00 hs. el cobro se encontraría acreditado en la cuenta, y alrededor de las 17:30 hs. le llegó un mail proveniente del Banco Patagonia comunicándole que se había otorgado un préstamo personal por \$674.800, circunstancia que llamó su atención, por lo que el Sr. Aguirre revisó el estado de la cuenta mediante homebanking y allí tomaron conocimiento del infierno que se avecinaba: en la cuenta figuraba el otorgamiento del préstamo personal por la suma

indicada, más: la venta de 1.398 USD por \$111.870, dos operaciones DEBIN por \$112.000 y \$226.000 y cuatro transferencias entre cuentas por \$300.000, \$200.000, \$150.000 y \$150.000.-

Frente a esta terrible y confusa situación, intentaron comunicarse con el banco para revertir estas operaciones, se anule el préstamo, recuperar los dólares y los pesos transferidos, pero ello fue imposible ya que las máquinas que derivaban a opciones, y ninguna otorgaba la posibilidad de comunicarse con una operadora, por lo que seguidamente se acercaron a la sucursal sito en calle Sarmiento 373 para utilizar los teléfonos que se encontraban en el sector de cajeros, pero les resultó imposible ya que no disponían de tono, y con mucha angustia y nerviosismo se acercaron hasta la Comisaria 1° para hacer la denuncia e intentar revertir estas operaciones.-

Refieren que al día siguiente, se presentaron ante el Banco Patagonia, hicieron la denuncia penal y explicaron lo sucedido, y el Banco les comunicó que darían inicio al trámite de investigación aunque resultaba poco probable recuperar el dinero sustraído por el tiempo transcurrido, ya que sólo se han logrado revertir algunas de estas operaciones delictivas si se actúa con inmediatez.-

Continúan su relato indicando que a la semana de transcurrido el hecho, sin solución ni respuesta alguna del Banco Patagonia, el Sr. Aguirre comenzó a sufrir fuertes dolores estomacales que lo llevó a solicitar atención en la guardia en la Clínica Viedma, y al día siguiente los dolores eran insoportables y agudos, lo que lo llevó a retornar a la guardia donde fue internado en observación hasta el día siguiente, y le realizaron una placa y una orden de tomografía, en la que le detectaron que tenía piedras en la vesícula.-

Manifiestan que fue atendido primariamente por el Dr. Guillermo Mackinlay y luego por el Dr. Rodolfo Garrissi en el Sanatorio Austral, quien pasó a ser su médico cabecera en el tratamiento que debe llevar a

cabo actualmente, al haber sido diagnosticado con “cálculos renales”, y sostienen que no había presentado dolores previos ni afección, preguntándole los médicos que lo atendieron si se encontraba sufriendo alguna situación de stress u ocurrencia de algún episodio que le modificara drásticamente sus emociones, a lo que refirió que sí, comunicándole que este tipo de enfermedades suele aparecer luego de que el paciente atraviesa situaciones emocionales de disgusto profundo.-

Señalan que la cercanía del hecho traumático con la internación y el cuadro médico del Sr. Aguirre, desencadenado probablemente por un cuadro de stress, conforme le han referido los médicos, permite inferir con grado de fuerte probabilidad que el padecimiento médico que actualmente enfrenta el actor tiene su origen en el hecho ocurrido.-

Sostienen que en fecha 1/12/2020 el Banco se comunicó con la Sra. Linares y le solicitó que se acerque a la entidad en relación al préstamo cuestionado y el desapoderamiento de sus ahorros, y llegados a la sucursal, los esperaba el Gerente Sr. Matías Zabaleta quien les hizo entrega de un escrito titulado “Formulan acuerdo” extendiéndoles una lapicera e indicándoles que se trataba de un documento mediante el cual el Banco le devolvía parte del dinero que habían logrado recuperar y seguirían atentamente el caso para que los delincuentes sean atrapados, y previo a la firma del mismo decidieron buscar asesoramiento sobre el contenido del documento, y una vez que comprendieron los términos del escrito, su enojo y decepción hacia la entidad se acrecentó aún más, ya que los términos allí consignados constituían una prácticas desleal, abusiva y violatoria de los derechos de los consumidores.-

Relatan que luego tuvieron un intercambio de cartas documento, rechazando el banco sus requerimientos, y ante la inminencia del primer débito del préstamo, solicitaron el stop debit que no fue cumplido por el Banco, y luego realizaron en fecha 29/12/2020 una instancia de mediación

que fracasó por no haber llegado a un acuerdo.-

Continúan haciendo referencia al contexto de crecimiento de ciberdelitos, en los que se utiliza el mismo método conocido como “Phishing” y “Vishing”, que son un conjunto de técnicas que persiguen el engaño de la víctima, ganándose su confianza, haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio confiable, con suplantación de identidad de tercero de confianza, para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar, como por ejemplo revelar información confidencial, y que a razón de ello las entidades bancarias comenzaron a realizar una campaña de “concientización” dirigida a los usuarios financieros que consistía en colocar leyendas en la pantalla de inicio del cajero automático y en la página de acceso al homebanking, incluso en correos electrónicos, que no produjeron ningún cambio en el ecosistema financiero comprometido con la ciberseguridad.-

Seguidamente fundamentan la responsabilidad de la demandada por incumplimiento del deber de seguridad, indigna atención al cliente, y violación al deber de información, y respecto a la ausencia de culpa de las víctimas por su estado de vulnerabilidad.-

Solicitan se decrete la nulidad del contrato de mutuo, e indemnización por daño material refiriendo que en fecha 23/12/2020 la demandada reembolsó a su cuenta la suma \$338.000, que habían sido sustraídas mediante dos operaciones DEBIN, por lo que solicitan la devolución de los dólares pagaderos en la misma moneda y el saldo no reembolsado que asciende a \$13.360 más los intereses devengados hasta el momento el efectivo pago, y asimismo reclaman daño moral y daño punitivo.-

Finalmente fundan en derecho, ofrecen prueba y peticionan.-

2.- Que proveída la demanda y corrido traslado de ley, se presenta en fecha 06/04/2021, la demandada Banco Patagonia S.A., por apoderada, y contesta negando los hechos expuestos por la actora, desconociendo expresamente

la veracidad de la documentación acompañada, y en particular el documento titulado “Formulan acuerdo”, y solicita su rechazo.-

Manifiesta que desconoce la existencia del hecho ilícito denunciado en la demanda, que no le consta que haya ocurrido o que lo fuera del modo que lo relatan los accionantes.-

Indica que no se han aportado datos, ni documentos que permitan suponer que el hecho haya ocurrido efectivamente, que no sabe del avance de la denuncia penal, por tal razón desconoce el hecho delictivo y que las operaciones bancarias cumplidas por la accionante a través de cajero automático y home banking el día 11/11/2020, activación de clave bancaria de homebanking, generación de token de seguridad, solicitud de préstamo, venta de dólares y transferencias, no hayan sido cumplidas por la actora en forma voluntaria sino en función de una maniobra de engaño perpetrada por un tercero mediante una comunicación telefónica, y sostiene la validez de tales operaciones bancarias cumplidas en forma electrónica con las exigencias legales correspondientes.-

Señala que frente al reclamo de la actora efectuó la correspondiente revisión de las operaciones, y de acuerdo a los registros se determinó que: los Sres. Marcela Valeria Linares y Rocky Fabián Aguirre son titulares de la cuenta N° 730003691, y el día 11 de noviembre de 2020 a las 13:25 horas se generó una clave de homebanking desde cajero automático. El mismo día a las 13:26 se generó también desde el cajero automático una clave Token de seguridad. El día 11 de noviembre de 2020 a través de homebanking solicitó un préstamo por la suma de \$674.800 y que posteriormente efectuó las siguientes operaciones: 1) Debin cursado a las 13:55hs por un monto de \$112.000 a la CVU 0000007900273156771443 perteneciente a UALA, El CVU pertenece al cuil 27315677144. 2) Debin cursado a las 13:46hs por un monto de \$226.000 a la CVU 0000007900203614360924 perteneciente a UALA, El CVU pertenece al

cuil 20361436092. 3) Debin cursado a las 13:44hs por un monto de \$300.000 a la CVU 0340282708282021702000 perteneciente a Banco Patagonia, El CVU pertenece a la Sra. Gorosito Pamela Marivel con cuil 27333815953. 4) Debin cursado a las 13:41hs por un monto de \$200.000 a la CVU 3108100900010000098644 perteneciente a Banco del Sol, El CVU pertenece al cuil 27333815953. 5) Debin cursado a las 13:37hs por un monto de \$150.000 a la CVU 0720399088000036584668 perteneciente a Banco Santander Río. El CVU pertenece al cuil 27420529339 6) Debin cursado a las 13:34hs por un monto de \$150.000 a la CVU 0720399088000036584668 perteneciente a Banco Santander Río. El CVU pertenece al cuil 27420529339, y que el mismo día efectuó la venta de USD 1.398.-

Refiere que previamente a la obtención del préstamo bancario, la cliente generó la correspondiente clave de homebanking, y Token de seguridad, siendo que la solicitud de préstamo sólo se puede efectivizar por homebanking mediante la utilización de esa clave, por lo que no es posible obtener un préstamo bancario a través de cajero automático, y que las transferencias se efectuaron desde el homebanking.-

Dice que de haber sido efectuada la operación de solicitud de préstamo bancario por un tercero, la actora debió haber facilitado a este los datos de su cuenta bancaria y clave de homebanking sin la cual la operación no puede ser cumplida, por lo que de ninguna manera se ha verificado una violación de las medidas de seguridad del Banco, e indica que el hecho se produjo por negligencia de la actora, pese a que conoce y es de público conocimiento, que los datos de las claves bancarias no deben ser divulgados de ninguna manera, ni transmitidos a terceros.-

Manifiesta que cuando la actora 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. Así pudo recuperarse la

suma de \$338.000 que fueron depositados en su cuenta bancaria conforme fuera comunicado mediante carta documento a la accionante.-

Seguidamente expone que el presente no se trata de un caso de Phishing o Vishing, que no ha habido deficiente atención al cliente, ni trato indigno, ni violación del deber de información y advertencia, e invoca culpa de la víctima.-

Solicita el rechazo de los rubros indemnizatorios, funda en derecho, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

3.- Que en fecha 29/04/2021 se fija audiencia preliminar en los términos del art. 361 del CPCC, la que se llevó a cabo según acta del día 07/07/2021, y se proveyó la prueba ofrecida, la que fue diligenciada conforme certificación de fecha 10/08/2022, y se procedió a clausurar el período probatorio. Seguidamente alegó la parte actora en fecha 26/08/2022, y la demandada en fecha 29/08/2022, y a continuación se llamó autos para dictar sentencia en fecha 19/09/2022, providencia que hoy firme motiva la presente; y

CONSIDERANDO:

I.- Que conforme fuera trabada la litis, corresponde definir si la demandada, Banco Patagonia S.A. incumplió la obligación de seguridad bancaria, violó el derecho de información y trato digno al cliente determinado en la ley 24.240, y en su caso si corresponde declarar la nulidad del contrato de préstamo bancario por vicio de la voluntad de la consumidora, todo ello causando o no daños y perjuicios.-

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Considero que es de aplicación el Código Civil y Comercial de la Nación el que según ley 27.077, entró en vigencia el 01/08/2015 (art. 1), observando que en autos la actora pretende la anulación de un contrato de bancario (préstamo personal) suscripto en el mes de abril, en el año 2020, con más daños y perjuicios, lo que importa la aplicación del

capítulo 1 del Título II del Código Civil y Comercial normas que regulan los Contratos en General en los arts. 957 a 1091 y el Título III del Libro Tercero en los arts. 1092/1122 que regulan las relaciones de consumo, cuyos conceptos son complementados por la ley 24.240 (y sus modificaciones).-

Por su parte, los contratos bancarios se encuentran regulados en el Título IV, Capítulo 12 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que prevé un párrafo especial para los contratos con consumidores y usuarios, de donde surge expresamente que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093 (ver art. 1384, ss. y ccdtes.).-

El art. 1380 del C.C.yC 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.-

A su vez, el contrato de préstamo se encuentra establecido en el artículo 1408 del citado cuerpo normativo, en los siguientes términos: 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.-

Así considerando la especialidad de la regulación consumeril, es importante destacar que en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de Lorenzetti, citando a Vázquez Ferreira, se sostiene que "Las relaciones de consumo se rigen por la Ley de Defensa del Consumidor y

sus reglamentaciones, sin perjuicio de otras disposiciones legales que resulten de aplicación atendiendo a la actividad que el proveedor desarrolle" (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI pg. 243 - Ed. Rubinzal -Culzoni Editores). Es decir que, no podemos obviar que cuando se habla de defensa del consumidor se hace referencia a un microsistema que atraviesa de manera transversal todo el universo de los contratos.-

III.- Que siendo la presente causa planteada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), vale mencionar que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público, de rango constitucional conforme el art. 42 de la Constitución Nacional -a partir de la reforma de 1.994- y art. 30 de la Constitución de Río Negro. Además, es conveniente recordar que esta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación de consumo, a través de un sistema de protección jurídica in favor debilis.-

También la Directrices de las Naciones Unidas los cataloga dentro de la fórmula de promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores (art. 3), vinculándolos especialmente no solo a la pretensión de calidad de los productos y servicios sino también a la vigencia de una verdadera justicia contractual, y de un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños.- (Conf. Directrices para la Protección del Consumidor, ONU- NY y Ginebra- 2016 cita on line UNCTAD/ DITC/ CPLP/ MISC/2016/1)

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. -Femedita- c DNCI - DISP 1270/03”, sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).-

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

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

Así teniendo en cuenta la legislación especial y toda vez que la acción ha sido solicitada en el marco de la responsabilidad objetiva, se encuentra prevista en el art. 1775 inc. c del C.C. y C como un supuesto de excepción, no corresponde la suspensión del dictado de la presente sentencia.-

Entonces, tratándose el caso objeto de estudio de una relación entre consumidores y una entidad bancaria, entiendo necesario, previamente a ingresar 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.-

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....” (Lorenzetti, Ricardo L. -Tratado de los Contratos, T° III, Pág. 431).-

La Corte Suprema sostuvo 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) -

Además reparo antes de ingresar al tema a decidir, que dado el actual contexto de la pandemia los consumidores y usuarios deben ser objeto de una doble protección no solo preventiva por su condición de débiles jurídicos en la relación o contratos de consumo, sino que frente al aumento de su condición de vulnerabilidad, también la tutela debe darse en forma extendida además a la protección de su vida, salud, dignidad, intereses económicos, información adecuada, educación de sus derechos y del acceso en condiciones continuas de bienes y servicios necesarios para satisfacer sus derechos e intereses (arts 42 CN, 1,2,3,5,10,10 bis y conchs Ley 24.240, 100 Reglas de Brasilia).-

IV.- Por lo indicado, definiré en primer lugar la legitimación activa y pasiva para llevar a cabo esta acción.-

Como invoca la parte actora estos son consumidores finales al poseer con el Banco Patagonia SA, un contrato para la provisión de servicios financieros, mediante la caja de ahorro en pesos N° N° 21-730003691-000.-

Así se define la relación de consumo como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se equipara al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (art. 1092 CCCN y art. 1 Ley 24240).-

Por su parte el proveedor es aquella persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca,

distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la LDC.-

En el presente caso nos encontramos ante un proveedor profesional de Servicios Financieros destinados a consumidores o usuarios, autorizado a funcionar en el territorio de la Republica Argentina como Sociedad Anónima, cumpliendo con las reglamentaciones de Banco Central de la Republica Argentina en su carácter de regulador del funcionamiento de los bancos comerciales, en los términos del artículo 21 de la Ley N° 21.526.-

Por tal razón, en particular por ser instituciones autorizadas para recibir los ahorros del público, el Estado regula su actuación mediante estrictas normativas tanto legislativas como de naturaleza administrativa, en post de brindar seguridad a los ciudadanos respecto de los fondos entregados.-

La peculiaridad de la relación Banco-cliente genera estas reglas de interpretación que permiten una visión más rigurosa de la conducta del Banco en tanto su calidad de profesional y experto en la actividad bancaria. En definitiva, son las entidades bancarias quienes se encuentran en una posición ventajosa frente al usuario en tanto ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para ofrecer seguridad y en su caso, brindar la prueba que otorgue al Juez un cabal conocimiento de lo ocurrido (Trigo Represas F. y López Mesa M., "Tratado de la Responsabilidad Civil" T. IV, p. 433).

V.- Que seguidamente y como consecuencia de lo expuesto conviene recordar el régimen general de las pruebas procesales y mencionar que por tales debe entenderse al 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 Echandia, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T.1, pág. 15) y recordarse

que uno de los principios generales de esta materia es el de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad (ob. cit., pag. 138).-

En el caso particular de la prueba, lo que se procura demostrar viene a ser la verdad relativa a las diferentes afirmaciones que en torno de los hechos del caso hubieran sido formuladas por las partes. Porque como bien sostuviera De Santo, no puede perderse de vista que todas las normas jurídicas supeditan la producción de sus efectos a la existencia de una cierta y determinada situación de hecho; de modo tal que cuando los sujetos del proceso afirman en sus escritos liminares la existencia de un hecho al que le atribuyen alguna consecuencia jurídica deben, ante todo, alegar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma invocada en apoyo de su postura. (conf. De Santos, Víctor, La prueba judicial. Teoría y práctica, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 9.).-

En palabras de Taruffo: "...la prueba sirve, y con tal finalidad es empleada, como instrumento de conocimiento sobre el cual el juez se apoya para descubrir y establecer la verdad de los enunciados de hecho que son objeto de su decisión. En otras palabras, la prueba provee al juez los datos cognoscitivos, la información de la cual debe servirse para formular tal decisión" (Conf. Taruffo, Michele, "La función epistémica de la prueba", en Problemática de la prueba, coordinado por María Victoria Mosmann y Mariela Panigadi, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 5.).-

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, (CSJN in re "Baiadera, Víctor F".-, LL, 1.996 E, 679).-

Por ello, 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. 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). A ello se debe agregar, como se ha reiterado, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios.-

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

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

También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.. En estos términos, corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares, por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene

una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. (“Aspectos procesales”, cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.). (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c/ "Pasema S.A." y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).-

Que resulta primordial entonces, analizar la prueba colectada en autos, todo ello en los términos del art. 386, del C.P.C.C.-.

V-A.- Que efectuadas las anteriores precisiones observo la documental agregada con la demanda (en SEON 22/03/2021), de la que surgen una copia del correo electrónico del Banco Patagonia S.A., recibido por la Sra. Linares, en fecha 11/11/2020, en el que le informan que su usuario Patagonia E-bank y Patagonia Movil ha sido generado con éxito, un comprobante de acreditación de préstamo solicitado en misma fecha, por la suma de \$674.800; un formulario de cláusulas y condiciones generales de préstamo personal del Banco Patagonia S.A., copia de acta de denuncia penal por el hecho de autos, copia del historial de movimientos de la cuenta bancaria de los actores, escrito de formulación de acuerdo ofrecido por el Banco Patagonia S.A., cartas documento intercambiadas entre los actores y la demandada, acta de cierre de instancia de mediación, copia de nota de presentación por los actores ante el Banco Patagonia S.A. en fecha 05/01/2021, solicitando el stop debit para que se abstengan de debitar el pago de las cuotas del préstamo en cuestión, y copia de correo recibido del Banco en contestación, y una captura de pantalla de débitos automáticos.-

Asimismo, habiendo ofrecido prueba documental en poder de la demandada, el Banco Patagonia S.A., acompañó resúmenes de cuenta de la accionante en los que constan detalles de las operaciones, acreditación del préstamo, venta de dólares y transferencias efectuadas y la acreditación de

la suma de \$ 338.000, y un CD con la filmación del sector cajeros del día 11 de noviembre de 2020.-

Y como prueba documental en poder de terceros, ofrecida por la actora, se agregó en fecha 24/09/2021, copia de Historia Clínica por la internación en la Clínica Viedma del Sr. Rocky Fabián Aguirre, e informe del Sanatorio Austral de Viedma (Seon 22/09/2021), del que surge no existe registro de historia clínica de internación alguna a nombre de Rocky Fabian Aguirre, en ese lugar.-

Seguidamente tengo en cuenta la prueba informativa al Departamento de Defensa del Consumidor, informe agregado en SEON en fecha 13/09/2021, sobre las causas iniciadas en el Organismo de Protección de la Agencia Tributaria de R.N sobre hechos similares contra la misma demandada, existiendo 12 reclamos al respecto.-

Así tengo en cuenta el informe de las Unidades Fiscales del Ministerio Público Fiscal de las Cuatro Circunscripciones Judiciales, en SEON el día 08/03/2022, donde se detallan gran cantidad de denuncias de estafas bancarias iniciadas en toda la provincia: resalto que sólo en la primera circunscripción a la que pertenece Viedma, desde el periodo de abril de 2020 se enumeran 42, en la segunda circunscripción llegaban a 49, y en la tercera a más de 50, observando que en su mayoría el modus operandi del engaño propiciado es para generar un préstamo, como en los hechos de autos.-

También, observo que la Defensoría del Pueblo de Río Negro informó (Seon fecha 15/09/2021), que a la fecha 21/08/2021 se han recibido siete reclamos, que fueron derivados a Defensa del Consumidor de la Provincia de Río Negro para su tratamiento en el marco de la Ley 24.240 y se asesoró a los ciudadanos para que efectúen la denuncia ante el Ministerio Público Fiscal.-

Además se acompañó como prueba instrumental el expediente penal

caratulado “Linares Marcela Valeria Romina C/NN S/ Estafa, Legajo N° MPF-VI-03130-2020, (Reservado en fecha 03/02/2022, devuelto al ministerio Público Fiscal en fecha 16/02/2022).-

Por su parte la demandada, agregó la Documental junto a su contestación (en Seon 06/04/2021). Observo el resumen de la cuenta de los Sres. Marcela Valeria Linares y Rocky Fabian Aguirre, y carta documento remitida a la actora, que no pudo ser entregada en el domicilio de la actora pese a la existencia de dos intentos .-

A su vez, libró prueba informativa a la Empresa Prisma Medios de Pago S.A.- que es la Prestadora de servicios de cajero automático Red Banelco- (SEON en fecha 08/11/2021) quien envía un listado de movimientos en el cajero automático.-

Tengo presente también la testimonial de la Sra. María Luján Carunchio de fecha 05/11/2021 quien dijo ser dependiente del Banco Patagonia, que tomó conocimiento del reclamo iniciado por los actores, el día 12 de noviembre de 2020, quienes denunciaron la extracción de fondos de su cuenta y la venta de moneda extranjera por USD 1.398, y desconocen un préstamo y de la venta de dólares, por parte de Linares, y como en todos los casos se le pide la denuncia policial y un reclamo escrito desconociendo los movimientos, y que les contara como había sucedido el fraude, y se bloquearon las claves de acceso del homebanking. Luego se analizaron cómo se hicieron las operaciones, y se verifican los movimientos de la cuenta y advirtieron que en forma previa se había generado una clave token en cajero automático de Viedma, el mismo día 11/11/2020 de las operaciones, y se solicitaron el resguardo de las imágenes del cajero.-

Sabe que se gestionó a los Bancos de destino de esos fondos el bloqueo de fondos, y la devolución su hubiesen sido retenidos, y las dos transferencias que fueron hechas a UALÁ se recuperaron y se acreditaron de nuevo a la cuenta de la Sra. Linares.-

Explica que para generar la clave token hay que ir al cajero e introducir la tarjeta y clave que son de uso personal, y luego con el ticket que emite el cajero se genera la clave por homebanking, y en el caso no se produjo ningún error.-

También se dio notificación a Prisma, que es el concentrador, quien remite a los otros Bancos los hechos y el bloqueo y restitución de dinero y se bloquearon las claves de la Sra.” Explica que “Se liquidó un préstamo el 9 de abril a las 12.26 hs. se acreditaron los fondos en la cuenta de la clienta y después ella efectuó 4 transferencias en el cajero. Que la toma del préstamo fue por sistema mobile. Se necesita tener la clave. El préstamo no están habilitados por cajeros, se gestiona por la aplicación del teléfono, y las 4 transferencias fueron en el cajero de forma presencial”.

También señala que para la operación de toma de un préstamo por homebanking, se requiere usuario y clave, y ve la disponibilidad de fondos según su calificación del cliente, y cuando se acreditan los fondos pueden transferirse por homebanking, cajero, o extraerse por caja. Esta forma de obtener un préstamo es regulado por el BCRA.-

En el caso no hubo ninguna falla informática del sistema, se liberan las operaciones siempre con clave token o tarjeta de coordenadas, y remarca que se realizaron las transferencias luego de haberse creado la clave token, 13.25 hs. se generó la clave, y 13.50 hs se efectuaron las operaciones.-

El préstamo no puede otorgarse por cajero automático, sólo en sucursales o homebanking.-

Manifiesta que hay numerosos avisos para la utilización de las claves personales de los clientes, en la página hay un capítulo especial sobre medidas de seguridad, en los tickets se recuerda que no se deben revelar las claves, y existen placas informativas y recordatorios por mail y avisos de televisión y radio.-

No tiene presente que los actores eran usuarios del homebanking.-

Señala que la acreditación del préstamo es inmediata en al cuenta del cliente inclusive en día inhábil, por disposición del BCRA, 24 horas los siete días.-

Explica que cuando se usa token no se necesita agendar cuenta para transferir, porque se supone que fue el cliente el que generó el token y quedó en su celular. No hay diferencias entre transferencia por homebanking o por cajero automático. Se ha modificado el sistema con la normativa emitida el 01/07/2021, que dispone que los bancos tienen que utilizar un sistema de biometría previa y verificación positiva del cliente previo al otorgamiento del préstamo. Ahora los prestamos se pueden solicitar por homebanking, pero antes de acreditarse se verifica con un llamado al cliente. Manifiesta que tuvo conocimiento de clientes que hayan sufrido este tipo de ardid, y habían previamente registrado reclamos por desconocimiento de operaciones de transferencias. En todos los casos se verifica si el sistema tuvo alguna vulnerabilidad o falla en el sistema, y si fue utilizada tarjeta y clave token. En el caso no hubo ningún indicio de que se estaba ingresando por otra persona que no fuera el cliente. La normativa del BCRA salió porque todos los bancos estaban teniendo los mismos reclamos, y vulneración de los datos por parte del cliente. Si el cliente no revela sus datos, es imposible entrar al homebanking. El BCRA dispone que el cliente tiene que tener disponibilidad total de su cuenta y sus fondos, y no llama la atención si hace transferencias por grandes montos. Ante una denuncia del cliente que desconoce los fondos, ellos se comunican con los bancos destino para bloquear los fondos, y se necesita la denuncia penal que solicitan los bancos de destino de los fondos. Además a través de Prisma bloquean las claves. Señala que el banco no hace análisis de la cuenta de destino de la transferencia. Las direcciones IP de las que opera el cliente por homebanking quedan registradas en el sistema. Finalmente

explica las diferencias entre hacer transferencias por token y con tarjetas de coordenadas, el control con la tarjeta permitía el control porque debía agendarse el CBU de destino, y dejó de usarse la tarjeta de coordenadas para evitar los fraudes conocidos como phishing. El token tiene mayor seguridad porque mitiga el fraude por phishing en que se les extrae al cliente los números de las tarjetas.-

Además tengo en cuenta el informe pericial informático efectuado por el Lic. en Sistemas Lucas Folgar, -adjuntando anexos- presentado en Seon en fecha 08/02/2022. El perito explica que el banco puso a disposición los registros informáticos con la información de las operaciones solicitadas correspondientes a homebanking para el usuario “27164208368”, y debido al volumen de información, las mismas se listan en el ADJUNTO I, y respecto a los detalles de operaciones por terminal de cajero automático se informa que dichos registros están en poder de Banelco y no en los registros del banco.-

Señala que según lo observado en los registros del sistema, se determina que el modo de contratación del préstamo es online a través del canal “Mobile Banking” (MB) también llamado “Patagonia Movil”. Respecto a las condiciones, se informa que la condición es por factor de doble autenticación, siendo la primera el ingreso con nombre de usuario y clave personal y la segunda la clave token, y que se observa la denominada “transferencia” entre cuentas internas de Dolares a Pesos que determina la existencia de la “compraventa de moneda extranjera”.-

Del resumen de cuenta de la actora al que se accedió se observa que para la fecha solicitada se realizaron tres transferencias hacia una caja de ahorro en pesos SUC. 250, dos por la suma de \$150.000,00 y una por \$300.000,00 CBU destino 03402506-08730003691007, y no se detallaron medidas de seguridad para operatorias en cajeros automáticos debido a que estas pertenecen a BANELCO.-

Respecto a las medidas de seguridad de la plataforma homebanking se solicita en primera instancia y como primer método de autenticación un Nombre de “Usuario y Contraseña” para acceder a la cuenta de usuario y una “Clave Token” en los casos específicos que el banco lo requiera para reforzar la autenticación. Existen otros factores que son tenidos en cuenta internamente por el sistema como por ejemplo si el teléfono desde el que se conecta el cliente es el habitual controlando el número de IMEI desde el que se accede para determinadas operaciones.-

Explica que la clave token representa un conjunto de 6 números los cuales son generados por un algoritmo a través de una aplicación previamente instalada y activada por única vez mediante un código generado en un cajero automático (ATM), esta medida de seguridad de activación también permite que sólo el último dispositivo activado genere la clave correcta, luego, la clave token generada se autentifica en el sistema solicitante, cada clave tiene una validez de 40 segundos transcurridos los cuales el código vuelve a ser generado automáticamente quedando anulado el número previo para legitimar la operación.-

No se observa ningún bloqueo de cuenta ni blanqueo de PIN en las transacciones ofrecidas por el banco.-

Indica que se observa en la compulsa un resumen de cuentas de la actora con operaciones por cajero automático y home banking con fechas de julio del año 2020, no obteniendo información sobre las fechas de inicio de operaciones.-

Señala que tanto en la actualidad como en las fechas en cuestión (11 de noviembre de 2020) los préstamos bancarios no pueden realizarse desde cajero automático, y que tal afirmación se encuentra respaldada en los manuales de Banelco, y respecto a las operaciones referidas se observa que surge de los datos del banco que el día 11 de noviembre de 2020 a las 13,25 hs. se genera la clave de homebanking desde el cajero automático

"S1CSD221" y Clave (de activación) Token a las 13:26 hs. desde misma terminal.-

VI.- Seguidamente abordo la postura de la actora que describe los hechos anteriormente relatados y asegura que la falta de seguridad del Banco fue lo que ocasionó el desenlace dañoso, ya que el otorgamiento del “Crédito Pre aprobado” en la forma que fue ofrecido por el banco demandado, al momento del hecho, que no se supedita a confirmación alguna (más allá de ingresar con la clave de home banking y DNI -, sin aviso por mail, ni que se requiera la presencia en el Banco, o una llamada telefónica bancaria para confirmar, o una pregunta de seguridad, etc., es altamente riesgoso y potencial generadora de daños, como ha quedado demostrado con la basta cantidad de casos iguales, cuya responsabilidad no puede ser endilgado a otro que no sea la entidad proveedora.-

Observo que el Banco desconoció los hechos alegados por los actores y luego reconoció los sucesos pero negó que ellos fueran víctimas de un hecho delictivo.-

El Banco alega que como muestra la pericia realizada se descarta la hipótesis de intrusión por parte de un tercero y que lo que está probado es que la supuesta víctima participó activamente en la producción del hecho y que sin esa activa participación de ninguna manera el presunto estafador hubiera logrado su cometido.-

Insiste la demandada en que el hecho de que la actora revele su clave personal es una negligencia gravísima de la propia víctima y de ninguna manera por la violación del sistema de seguridad del Banco. -

VI-A.- Teniendo por acreditado los hechos de autos, debo determinar si el Banco violó o no su obligación de seguridad en relación a los ahorros de los clientes, aquí actores y en su caso si debe responder por los daños causados indirectamente.-

Se sabe que “El banco es una institución profesional con un elevado grado

de sofisticación en sus productos, y con un ofrecimiento masivo de los mismos, lo que permite calificar las relaciones que establece con sus clientes dentro del campo de los vínculos profesionales, caracterizados por un desnivel cognoscitivo relevante.-

Ya había expresado la Cámara Nacional hace una década que "...la actividad bancaria adquiere día a día mayor incidencia en la sociedad moderna, es dable exigir a las entidades financieras que obren con la atención y cautela que se corresponda con tal trascendencia.... Bajo este enfoque es que, frente al cliente, el banco asume responsabilidades derivadas no sólo de una relación contractual determinada, sino las que simplemente son consecuencia de la relación banco-cliente, aunque no hubiera contrato concluido formalmente, cuando existan relaciones contractuales de hecho o aún de subyacentes contratos a favor de terceros, donde el cliente asume el rol de beneficiario (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20.09.07, "Caruso Rubén Darío y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires").-

Con fundamento en esa relación cabe señalar que la entidad financiera posee el deber de custodia y seguridad de los fondos que -de algún modo u otro- le han sido confiados, deber que involucra la vigilancia sobre la operatoria que tiene lugar dentro del ámbito de esa institución (Conf. CNACom., Sala A, en autos "Marques Iraola Eduardo y otro c/ BankBoston NA y otro s/ ordinario", 11/03/13). Esta superioridad se derrama en las relaciones contractuales tanto en lo relativo a su faz jurídica (contratos predispuestos) como a la especialidad técnica, en el caso, del Banco (Alterini A., "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", La Ley, 1989-E, 847).

Como he dicho, tal superioridad permite al Banco imponer sus condiciones jurídicas mediante contratos de adhesión (Moeresmans Daniel, "Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores", LA LEY,

1997-E, 1267), como por la imposición de los medios para operar con él. Entre ellos los medios electrónicos que permiten realizar múltiples operaciones con la cuenta abierta en la institución.

También 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. CNCom., 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). Por que como dice Mosset Iturraspe “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).-

En este sentido, no puede dejar de resaltar que la pandemia que afectó al mundo, ha acelerado de forma agigantada la necesidad de los usuarios de aprender a efectuar sus transacciones por medios electrónicos sin otra alternativa. Millones de personas que aún no utilizaban cajeros automáticos, servicios on line, home banking etc, se han visto lanzados de forma repentina a un mundo desconocido y complejo aumentando su vulnerabilidad. Ya que ante la situación de tener que quedarse dentro de sus casas, y resolver muchas cuestiones de su vida cotidiana, por medio de la informática -dentro de ello los servicios financieros y el pago de servicios on line- se vieron sometidos a nuevos riesgos que eran inimaginados meses atrás.-

Entonces el Banco, como proveedor remoto de servicios, debió reaccionar frente a la pandemia y el aumento necesario de utilización de aplicaciones virtuales y medios tecnológicos reforzando las medidas de control y seguridad para proteger al consumidor inexperto.-

Señalo que la responsabilidad del Banco -como proveedor especializado regulado específicamente por el Banco Central- asume una obligación de servicios financieros de condición objetiva frente a los usuarios, en especial ante la utilización de medios electrónicos y virtuales que exigen del cliente un manejo de tecnología que en muchos casos excede de sus conocimientos. El sistema de reparación de daños a consumidores es objetivo y solidario. Ello significa que para que el demandado pudiere librarse de aquella responsabilidad -objetiva- debió demostrar que la causa del daño le es ajena (conf. art. 40, últ. pár. de LDC). Así lo estableció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires en "Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires" (SAIJ: FA08971926).-

VI- B.-También observo que el Banco Central de la República Argentina, emitió una serie de normas referidas al deber de seguridad y diligencia que deben asumir las entidades bancarias, en lo que concierne al resguardo de la información de los clientes y usuarios, particularmente en las operaciones efectuadas a través de medios remotos. Define la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática" que garanticen la confiabilidad de la operatoria (Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6).-

Existen varias normativas sobre el mismo tenor como por ejemplo la Comunicación "A" N° 6.664 artículo 1.1.1., define al "Usuario de Servicios Financieros", como "a las personas humanas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2., como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos", adicionando en su artículo 2.1. Que "los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en

la relación de consumo respectiva, a: - la protección de su seguridad e intereses económicos (...)"'. De dicha normativa se desprende que como principal sujeto obligado a custodiar la seguridad e intereses económicos, es la entidad bancaria.-

En cuanto a la Comunicación "A" N° 6.878, artículo 3.8.5, dispone "(...) Las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas", agregando que "deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes". Ello, de conformidad con los artículos 1.6.2, 1.6.3, 1.7.2, 1.7.3 y 3.4.5. de la Comunicación (citada en el presente párrafo. En <http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6664.pdf>) y la Comunicación "A" N° 6.017, concerniente a 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", se destaca en el artículo 6.3.2.1, que "las entidades deben desarrollar, planificar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los Canales Electrónicos bajo su responsabilidad, basado en un análisis de riesgo de actualización periódica mínima anual, en su correspondencia con la Matriz de Escenarios y en los requisitos técnico- operativos detallados en los puntos 6.7. Y subsiguientes", enumerando seguidamente, una serie de funciones y tareas relacionadas con los procesos estratégicos de seguridad para sus Canales Electrónicos, de conformidad con lo que surge del artículo 6.3.2.2. Entre ellas, se ordena a las entidades "(...) contar con un programa de concientización y capacitación de seguridad informática anual, medible y verificable, cuyos contenidos contemplen todas las necesidades internas y externas en el uso, conocimiento, prevención y denuncia de incidentes,

escalamiento y responsabilidad de los Canales Electrónicos con los que cuentan (...) adquirir, desarrollar y/o adecuar los mecanismos implementados para la verificación de la identidad y privilegios de los usuarios internos y externos, estableciendo una estrategia basada en la interoperabilidad del sistema financiero, la reducción de la complejidad de uso y la maximización de la protección del usuario de servicios financieros (...) garantizar un registro y trazabilidad completa de las actividades de los Canales Electrónicos en un entorno seguro para su generación, almacenamiento, transporte, custodia y recuperación”, entre otras (cfme. art. 6.3.2.2.).-

Posteriormente, dicha Comunicación, en su artículo 6.7.1., dispone que, “los contenidos del programa de [concientización y capacitación] deben incluir: técnicas de detección y prevención de apropiación de datos personales y de las credenciales mediante ataques de tipo "ingeniería social", "phishing", "vishing" y otros de similares características”, mientras que en el artículo 6.7.4., en lo referente a los mecanismos de monitoreo y control de las entidades bancarias, resalta que, “las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus [canales electrónicos], que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones. b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas. c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas” (<http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6017.pdf>).-

Asimismo, el BCRA en su página web, publicó un artículo titulado “Lineamientos sobre ciberseguridad” instando a las entidades financieras, los terceros y todo el sector financiero “establecer estrategias y adoptar un marco de ciberseguridad acorde a su tamaño, complejidad, perfil de riesgo y cultura, teniendo en cuenta las amenazas y vulnerabilidades actuales”, haciendo hincapié en el análisis del riesgo presentado por las personas, procesos, tecnologías y datos subyacentes en relación a la propia entidad y en la evaluación de los riesgos propios de una entidad a partir de sus funciones, actividades, canales, productos y servicios, como así también en el proceso de monitoreo, el cual “debería dar soporte para mantener los niveles de riesgo definidos como aceptables por la dirección de la organización y permitir mejorar o remediar las debilidades que corresponda”.-

A mayor abundamiento, peticona que las entidades implementen “procesos de respuesta a incidentes y otros controles para facilitar una respuesta oportuna y adecuada”(http: [www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/lineamientos-deciberseguridad. asp](http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/lineamientos-deciberseguridad.asp)).-

Estos lineamientos son repetidos en Comunicaciones posteriores a los hechos de autos, como es la Comunicación “A” N° 7175 artículo 2.3. (<http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A7175.pdf>) y la Comunicación “A” N° 7072, artículo 2.2.2.11: “. [http: www. bcra .gob. ar /Pdfs/comytexord /A7072.pdf](http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A7072.pdf).-

Hago énfasis en la Comunicación “A” el N° 7319, que entró en vigencia el pasado 9 de julio de 2021, que dispone: "Para la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas.-

Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad 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 su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente".-

En igual tenor la comunicación N° 7370 del 24/09/2021, Circular RUNOR 1-1695: sobre Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras., que dispone sustituir el requisito técnico-operativo RMC012 –del proceso de monitoreo y control–, establecido en el punto 6.7.4. de las normas sobre “Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras”, por lo siguiente: “Para la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle -a través de algunos de los puntos de contacto

disponibles- que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de los 2 (dos) días hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente.-

Resalto aquí que la entidad financiera quedará exceptuada de implementar lo previsto precedentemente, en la medida de que dé cumplimiento a alguna de las siguientes condiciones: a. Que para la autorización de un crédito preaprobado la entidad financiera verifique fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante soluciones biométricas con prueba de vida-.b. Que la entidad financiera cancele el crédito preaprobado, asuma la devolución de las sumas involucradas y anule los posibles efectos sobre la situación crediticia de la persona usuaria de servicios financieros afectada, ante la denuncia policial presentada por esta persona usuaria de acuerdo con el modelo de acción “asumido” definido en el requisito RMC004, siempre que la denuncia se presente en un plazo máximo de 90 (noventa) días corridos desde el vencimiento de la primera cuota del crédito. (<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/250173/20210928>).-

Más allá de las consideraciones que podemos realizar sobre estas nuevas disposiciones y que su dictado fue con fecha posterior a los hechos, resulta evidente que las mismas reconocen las problemáticas referidas a la gestión informática y de seguridad relacionados con el sistema de créditos preaprobados. Es evidente que el Banco Central se esforzó en dar respuesta en medio de la Pandemia, a una ola de estafas virtuales y la necesidad de ajustar las medidas de seguridad de los bancos, que hasta la fecha no habían implementado cambios para frenar los ciberdelitos.-

VII. -Al observar los hechos de autos -más allá de probarse, o no, si la actora fue víctima de una estafa telefónica en el marco del derecho penal-,

aprecio que todos los clientes del servicios bancario deberían tener a disposición medidas de seguridad para la toma de un crédito o para la transferencia de fondos, mínimamente desde determinados montos.-

No sólo frente a eventuales hechos delictivos sino también en la situación de errores de los propios usuarios, que son inexpertos en su mayoría frente a la operatoria virtual, ellos deberían tener a disposición un servicio accesible 24 horas por donde puedan revertir inmediatamente estas operaciones erróneas, con sólo solicitarlo.-

Juzgo que muestra la fragilidad del sistema de seguridad para la toma de créditos bancarios por medios virtuales, llamados “preaprobados”, no sólo la circunstancia particular que atravesó la actora, sino el amplio número de fraudes que, en un escaso tiempo, pudieron ser concretados mediante idéntica operatoria delictual (según los denunciados en sede penal, informe de las Unidades Fiscales del Ministerio Público Fiscal de las Cuatro Circunscripciones Judiciales, en SEON fecha 08/03/2022). -

A su vez existe la posibilidad de tomar un préstamo las 24hs. de los siete días de la semana, por los medios que explicó la testigo en su declaración en fecha 05/11/2021, es decir, por homebanking, y transferir fondos por cajero automático o también por homebanking de modo inmediato, pero ante el error o el engaño el Banco atiende en el sector específico de investigaciones sólo en horario Bancario, en este caso de 8 a 13 hs. y los días hábiles laborales, luego el cliente se encuentra desprotegido.-

Es que el Banco pone a disposición del cliente una operatoria muy sencilla, rápida, con pocos controles, para tomar prestamos on line o realizar transferencias electrónicas de fondos, pero luego en la situación inversa, ante la posibilidad del error de parte del usuario, quien busca anular su gestión, debe enfrentar un penar de acciones, llamadas telefónicas a 0800, donde conmutadores electrónicos obligan a largas esperas, para luego someter al cliente a varias preguntas de seguridad -y como en este caso-

también pedir requisitos externos como contar con una denuncia penal, para analizar las operaciones.-

Entonces, al parecer el Banco confía que sus clientes serán lo suficientemente diligentes para la toma de créditos “pre aprobados”, pero luego no confía en la palabra de su cliente, -poniéndolo en el lugar de sospechoso-, cuando este informa un error o estafa y su intención de revertir una transferencia o la contratación de servicios virtuales. En este caso, lo somete a un procedimiento de comprobación de sus dichos, muchas veces inútil y lento (esperando la atención), frente a la rapidez en que sucede la acreditación de fondos y la posibilidad de retirarlos inmediatamente. Es evidente que luego de cumplir con los pasos indicados para la toma del reclamo, los fondos que fueron transferidos por un engaño o estafa han sido extraídos en las cuentas de origen.-

Entiendo que el riesgo que genera el sistema por la operatoria virtual y la acreditación inmediata de fondos transferidos on line, como servicio efectivo y rápido en las transacciones, debe ser soportado por el Banco quien pone a disposición del cliente su sistema.-

Es decir, es el Banco quien en su caso debe implementar como medida de seguridad un sistema de alerta -preventivo- frente a las transacciones virtuales, y tener como premisa la confianza en su cliente es que no puede partirse de entender que el consumidor va a tramitar un crédito porque si, para luego pedir su anulación, ni tampoco va a enviar dinero a una cuenta de terceros para luego arrepentirse. El cliente con la sola manifestación debería poder revertir las transferencias, por lo menos por unas horas, así como cancelar la toma de créditos.-

Estimo que estas cuestiones convendría que pudieran ser reevaluadas porque el costo que genera la búsqueda de agilidad en las transacciones de modo “inmediato” tiene como correlato el compromiso de la seguridad bancaria. Nótese por ejemplo un clásico error de tipeo al cargar el monto de

transferencia, (una vez que se apretó un enter con un monto incorrecto, el cliente se hace prisionero de este error dependiendo de la buena fe del receptor de esta suma, quien debe devolvérsela efectuado otra transferencia a su cuenta).-

Pero además y como importante porque involucra el trato digno del cliente, es la postura de no creer por lo menos en un primer momento en su cliente cuando pide retroversión de una operación y someterlo a un proceso de comprobación, partiendo de la premisa que los usuarios de servicios bancarios en gran mayoría son inexpertos en el usos de sistemas digitales y vulnerables frente al avance de la tecnología informática.-

Además con él se mantendrá una relación comercial, la que continúa posteriormente al hecho investigado y en caso de detectar un intento de fraude o conducta sospechosa del cliente que solicitó la retroversión, es éste el proveedor experimentado del Servicio financiero quien eventualmente dará curso a una denuncia penal y podrá el Banco resolver el vínculo con el cliente que ha realizado el engaño.-

Es que esta falta de consideración de escepticismo en las palabras de su cliente es una violación a su obligación de trato digno del art. 8 bis de la ley Consumidores y Usuarios.-

Al respecto ha dicho la jurisprudencia ante un supuesto similar: "...que las entidades bancarias, al encontrarse en una posición ventajosa frente al consumidor -que es la parte débil de la contratación-, son las que ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para aportar los elementos de prueba necesarios para dirimir un conflicto suscitado con un usuario determinado, por lo que debe ser el banco quién pruebe que no se ha producido una falla en el sistema....por lo que las entidades bancarias, en cumplimiento de su deber de seguridad, no pueden desentenderse de su responsabilidad ante posibles fraudes denunciados por sus clientes alegando que la entrega de la tarjeta es personal y que solamente el usuario

conoce o debe conocer su clave de acceso al sistema" ("Pérez, Ramón Argentino vs. BBVA Banco Francés S.A. s. Daños y perjuicios -CCCLM Sala II, Neuquén, 27/10/2016; Rubinzal Online; 467077/2012; RC J 6354/16).-

En rigor, una de las obligaciones primordiales del Banco, que constituye el presupuesto básico de los servicios que ofrece, es que éstos sean brindados, tanto cuando se lo haga en forma personal como cuando lo sea por medio de elementos mecánicos o electrónicos, con total seguridad para el cliente. No está de más recordar que los servicios ofrecidos por cualquier Banco inciden directamente sobre el patrimonio del usuario, tanto en sus operaciones pasivas como en las activas (conf clasificación de las operaciones bancarias a Garrigues J., "Curso de Derecho Mercantil", T. IV, página 165).-

Por todo lo manifestado, juzgo que el Banco debe responder en tanto su responsabilidad es de carácter objetivo. A todo evento, ha sido demostrado en la causa que su sistema informático fue falible, y lo vuelve incumplidor de sus obligaciones legales y administrativas.-

VII.-A.- Debo detenerme ahora en la defensa propiciada por la demandada sobre la posible culpa de la víctima quien revela sus propias claves y efectúa las transferencias personalmente desde el cajero automático.-

Puntualizo que doctrinariamente se sostiene que la culpa consiste en la desatención o descuido respecto de las diligencias necesarias para no causar un daño contrario a derecho -negligencia-, o el menosprecio consciente de la prudencia exigida por las circunstancias -imprudencia.-

El concepto de culpa supone la existencia de un obrar desatento, sin cuidado, imprudente, pero sin propósito deliberado de incumplir. Es un defecto de conducta....se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias" (Félix Trigo Represas, Rubén Campagnucci de Caso; Código Comentado, "Obligaciones" T. I).-

Valúo que en este caso se ha probado en autos, que la actora denunció haber sido víctima de una presunta estafa telefónica, conforme lo actuado en sede penal (conforme prueba instrumental Legajo penal N° MPF-VI-03130-2020, y certificación de denuncia acompañada, y declaración testimonial), es decir que mediante ardid lograron que la misma concurra al cajero automático del banco, cambie y revele su clave personal a una persona que decía ser un agente de Anses.-

De este modo, habilitó el acceso a su cuenta por medios remotos, y se generó un préstamo personal de dinero con el banco inmediatamente, realizándose luego en escasos minutos transferencias bancarias desde su cuenta caja de ahorro, así como venta de moneda extranjera -dólares estadounidenses-, todo en el mismo día 11/11/2020.-

Por eso, en cuanto a la apreciación de responsabilidad hecha por la demandada, que proclama como causa de exoneración la causa puesta por la víctima, o culpa de la víctima, la Corte de la Nación ha establecido que la culpa de la víctima-consumidor debe apreciarse teniendo en cuenta la particular vulnerabilidad que caracteriza su situación.-

La Corte señala en efecto que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial" (cfr. Picasso, Sebastián "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo". Precisiones de la Corte Suprema, LL, 2008-C, 562).-

Entiendo que la culpa de la víctima no puede apreciarse sobre la base de cotejar su conducta con la que habría tenido un comerciante diligente. Por el contrario, para la construcción del standard ideal de comparación debe tenerse en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los consumidores y usuarios, que los hace objeto de una específica tutela. Hay que tener en cuenta la conducta de un consumidor (al

que la ley presume débil jurídico, art. 42 CN. y 1, 3, 4, 18, 37, 65 y concs, LDC) de la misma clase que la víctima, puesto en la misma situación que ésta, y de la que sólo podrá predicarse su culpa, si no tomó, en el caso concreto, las mínimas precauciones que estaba en condiciones de asumir y que le eran exigibles a un sujeto medio en esa concreta situación (cfr. Picasso, Sebastián "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo". Precisiones de la Corte Suprema, LL, 2008-c, 5621).-

Teniendo en cuenta la necesaria apreciación de la culpa de la víctima, las circunstancias en las que se desenvuelve su actuación, me lleva a considerar un último aspecto: es que, para interrumpir el nexo causal, es necesario que el hecho en cuestión -en este caso, el hecho de la víctima- no haya tenido por antecedente el obrar negligente del demandado (art. 513 in fine, Cód. Civil). La Corte ha expresado que si la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador no tendrá entidad interruptiva del nexo causal.-

Luego, el obrar del tercero, en este caso el sujeto que manipuló a la actora, tampoco alcanza para liberar de responsabilidad objetiva por la obligación de seguridad que estaba en cabeza del Banco demandado.-

Es que más allá de la trampa a la actora, si ella o su esposo- cotitulares de la cuenta afectada- hubieran recibido un llamado desde el Banco, una alerta por whatsapp, o se hubiese requerido cualquier prueba de vida, advirtiéndolos de la toma de un crédito bancario sobre su caja de ahorro, no puedo sino interpretar, que los actores hubieran advertido el engaño y por ende, no hubieran transferido el dinero.-

Por otro lado, si se implementara como medida de seguridad en la gestión de los créditos preaprobados que la acreditación del monto se efectúe en 48 hs., -como dice la actual reglamentación del Banco Central-, el engaño no hubiera surgido efecto. Entonces, la relación de causalidad se conecta por la falta de control y de seguridad del Banco.-

Ha dicho la Jurisprudencia citada que "tampoco incide la eventual negligencia o inexperiencia de la actora frente al suministro voluntario de datos, ya que la concurrencia eventual de responsabilidades no puede liberar al banco de los deberes generales de seguridad por él debidos". De aquí se puede desprender cómo implícitamente se toma en cuenta la vulnerabilidad de los consumidores hacia la tecnología, en donde un comportamiento inexperto o negligente de los más débiles no debe influir sobre la obligación de seguridad que pesa sobre los bancos como proveedores de servicios financieros, que colocan en el mercado el sistema de home banking que proveen a sus clientes. (conf. C., R. L. c/ Banco Macro Sociedad Anónima s/relación de consumo Juz. Cont Y Ad. Nro 22. Ciudad De Buenos Aires,CABA.- http://www.elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/JAIIIO_DI_Phishing_C_amera_Ready.pdf.)-

VII-B.- Volviendo sobre la obligación de seguridad destaco el art. 5° de la Ley 24.240 y finalmente el art. 40° la responsabilidad por el riesgo de la cosa. A la luz de la normativa consumeril vigente, la responsabilidad del Banco ante los engaños electrónicos en operaciones bancarias se origina por la apariencia de confiabilidad del sistema brindado, en tanto como dije antes es la propia entidad que ofrece e impone el uso de homebanking y cajeros automáticos a los consumidores.-

Ya que al momento de elegir la institución bancaria el usuario deposita la confianza en ella, en el entendimiento de que su dinero se encuentra resguardado y podrá disponerlo cuando quiera. El hecho de que un ciberdelincuente engañe a los consumidores para acceder a sus claves y violentar el sistema informático del banco, no es una causante para liberar de responsabilidad a la entidad, quien tiene la obligación de extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques informáticos. El Banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma

seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente. Esta seguridad está dada prioritariamente por la confianza que al consumidor le brinda el medio empleado. Confianza que no sólo radica en el uso de una clave personal y única, sino también por la esperable inviolabilidad del software utilizado por la entidad. (Conf. “Análisis de la responsabilidad bancaria en casos de estafas electrónicas mediante redes sociales desde la óptica del derecho de consumo” Dra. Gabriela A. Abad. -elDial.com - DC2DE4).-

En los autos caratulados “Gabrielich, S. E. c / Banco Santander Río S.A s/ medida precautoria”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Sala F- confirma la medida ordenada en primera instancia, argumentando: “No cambia las cosas lo manifestado por el banco, en el sentido de resultar ajeno a la maniobra delictiva por cuanto la actora habría facilitado voluntariamente el uso de las claves. Tampoco cuando dice respecto de la información brindada a los clientes (...) Por lo demás, la cuestión evidencia inicialmente rasgos de una contratación que involucra una relación de consumo, lo que permite ponderar “prima facie” una evidente asimetría entre las posibilidades del cliente consumidor y las de la entidad bancaria prestadora del servicio, todo lo cual, partiendo de la premisa que sostiene que todos los consumidores son estructuralmente vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, se torna necesario establecer y garantizar medidas protectorias específicas como aquí se trata. No debe perderse de vista en el análisis, la especialísima protección que el ordenamiento jurídico depara a los consumidores, la cual no se acota a su consagración en la Carga Magna (art. 43 CNC) sino que persiste en todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. arts. 1092/1122, arts. 1384 y ss., por citar los más emblemáticos). Así, en tanto es deber de la judicatura el evitar la consumación de un daño mayor, en una operatoria amparada por una legislación de orden público, tal la Ley 24.240 (arg. arts. 65 LDC, art. 10 parte 3°, 960, 1710/11,1082, 1388 último párrafo

CCyCN; mutatis mutandi, esta Sala, 1/9/2016- conf. “Gabrielich, S. E. c / Banco Santander Rio S.A s/ medida precautoria” C.N-CO sala F).-

Es que en principio no recae sobre el particular sino sobre quien desarrolla su actividad de manera profesional, la responsabilidad de extremar los recaudos de seguridad para prevenir situaciones que puedan dar lugar al fraude (art. 1725 CcyCN); (conf. J. Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 27, Secretaría 54 de la Capital Federal; Farias, M. L. c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ medida precautoria, de fecha 17/12/2020).-

En los autos “Pedernera Juan Alberto c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de acto jurídico (incidente Art. 250 del CPCC)”, la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de La Plata expresó que “Establecido el marco desde el que se juzgará la cuestión, menciono que dentro de los servicios que ofrece una entidad bancaria, aparece la obligación fundamental de que los mismos sean prestados, tanto cuando se opere en forma personal o cuando se lo haga por medios mecánicos y electrónicos, con total seguridad para el cliente, toda vez que existe una incidencia directa sobre el patrimonio del usuario (doctr. Art. 5 de la Ley 24.240, conf. Garrigues, J., Curso de derecho mercantil, T. IV). De esta manera, el Banco Central de la República Argentina estableció la imposición a los bancos de contar con mecanismos de seguridad informática con la finalidad de garantizar la confiabilidad de la operatoria (Comunicación A 6878, 3.8.5.), obligación que aparecería robustecida en el actual marco de aislamiento social preventivo y obligatorio de público y notorio conocimiento. En efecto, la referida institución a través de la Comunicación A 6942 -prorrogada por la Comunicación A 6949- derivó principalmente la operatoria del sistema financiero a los canales electrónicos y de cajeros automáticos”.

En el mismo sentido, en los autos "S.G.M.P. C/ Banco de la Provincia de Buenos Aires S/ Nulidad del Contrato" nuevamente la justicia de la Plata

dictó una medida cautelar en favor de una consumidora que fue víctima de phishing: “Concretamente, la ley de Defensa al Consumidor tiene, como propósito, defender al consumidor de cualquier ataque a su persona y/o a sus bienes; y para ello estructura un sistema de responsabilidad solidaria que arrastra a todos aquellos que, de algún modo, se benefician con el servicio y/o los bienes que aquél contrata o adquiere. (conf. Juzgado en lo Civil y Comercial N° 18 de La Plata; S.G.M.P. C/ Banco de la Provincia de Buenos Aires S/ Nulidad del Contrato, fecha 24/09/2020. Recuperado en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/012/000093012.pdf>).

VIII.- A su vez la actora invoca la violación de los art. 4, 5, 6 de la ley de Consumidores, por falta de información al ser requerida y violación de deber de advertencia.-

Se ha dicho que “Podemos conceptuar la información como “la comunicación de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”, el usuario, el consumidor, podrá reflexionar, y decidir más racionalmente, respecto de las ventajas y desventajas del producto o servicio a contratar. Precisamente, cuando está en juego la debilidad e impotencia -real, económica, técnica o cultural- de conocimiento del consumidor, esto, también determina una profunda asimetría contractual, que exigirá el cumplimiento acabado y rotundo del deber de información por parte de los proveedores de productos y servicios, al menos como requisito de participación en el mercado ... Asimismo, la información que recibe el consumidor debe ser cierta, objetiva, completa, suficiente, oportuna y expresa. (conf. Weingarten, Celia y Gherzi Carlos A, Tratados de Daños Reparables. Código Civil y Comercial de la Nación. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Thomson Reuters- La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016. Tomo II. Pag 11-16).-

En ese sentido se dijo: “...Es que el fundamento del deber de informar es la

buena fe, por cuanto su objetivo es comunicar debidamente determinada información que la otra parte desconoce, y aún, en algunos casos, hasta asesorando, aconsejando o advirtiendo. De tal forma, su cumplimiento se constituye en un presupuesto necesario para la debida formación del consentimiento que llevó a las partes a contratar de determinada manera...” (Conf. C.A.V, en autos caratulados “Baldissin Fernanda E. c/ Plan Fiat - Rot Automotores s/ apelación”- 04/06/2.014).-

Al respecto, la Cámara de Apelaciones Nacional Civil, en cuanto al alcance de la omisión de informar precisó que "No se requiere un daño concreto en los derechos del consumidor sino la posibilidad de existencia de tal daño y las normas legales imponen una conducta objetiva que debe ser respetada, bajo apercibimiento de las sanciones que allí están previstas”. (conf. “Banco Itaú Buen Ayre S.R.L. - RDI vs. Dirección Nacional de Comercio Interior (Disposición 618/05). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV; 06-feb-2007; RC J 15336/9).- Es decir que “Es necesario precisar, que la información constituye en sí misma un resultado que deberá acreditar, quien deba cumplir la obligación, en caso contrario, existirá una presunción de incumplimiento, que acarreará la correspondiente responsabilidad en forma autónoma e independiente de los daños económicos y/o morales que pudieran producirse. ...el obligado a suministrar la información, quien debe probar que informó, puesto que los hechos negativos (falta de información), solo pueden ser probados mediante un hecho positivo, que únicamente la empresa proveedora está en condiciones de acreditar.” (conf. Weingarten, Celia y Ghersi Carlos A, Tratados de Daños Reparables. Código Civil y Comercial de la Nación. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Thomson Reuters- La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016.Tomo II. Pág. 22.-).-

Por su parte, el deber de advertencia regulado en el art. 6 de la ley de defensa del Consumidor se diferencia del deber de informar en que importa

un “plus” sobre la información a suministrar: implica poner en conocimiento del consumidor no cualquier cantidad o tipo de datos, sino aquellos suficientes y adecuados para evitarle un daño. De allí que constituye una manifestación específica del deber de informar, que tiene carácter instrumental respecto de la obligación de seguridad. La obligación del proveedor de advertir al consumidor no está limitada a los supuestos de comercialización de cosas o servicios riesgosos: es exigible con independencia de cuál sea la naturaleza o cualidades del producto o servicio prestado. No se agota con la comercialización del producto, sino que subsiste aún después.-

En este sentido sostiene Fabre-Magnan que “la advertencia es más exigente que la simple información: requiere que el obligado suministre una información determinada y señale las consecuencias objetivas a deducir de la misma, todo desde una perspectiva de riesgo o peligro a evitar” (conf. *Abré-Magnan, Muriel, “De l obligation d information dans les contrats (Essai d une théorie)”*, Paris, LGDJ, 1992, p. 379 y ss. Citado por “El deber de advertencia en las relaciones de consumo- Alejandra N. Tévez” *Suplemento de la Ley* mayo 2015- cita on line AR/DOC/1265/2015).-

VIII.-A.- De todo lo expuesto hasta aquí se sigue que, en función de la valoración integral de la prueba, en base al principio de la sana crítica racional, encuentro que los dichos de la actora cuentan con sustento probatorio y que la demandada violó las obligaciones a su cargo.-

Entiendo, que tal como ya fuera indicado, la falta de medidas de seguridad ante la toma del préstamo, sin contar con la verificación fehacientemente de la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, y el hecho de acreditar el préstamo en la cuenta Bancaria de los clientes de forma inmediata, sin advertir por algún medio al cliente que esto estaba sucediendo, viola ambas obligaciones, de seguridad y de advertencia.-

A su vez, la imposibilidad de revertir las gestiones que sucedieron sobre su

cuenta de forma inmediata, y la desconfianza que demuestra el Banco sobre sus clientes agrega complejidad a las circunstancias. Además sumo el hecho que una vez denunciada la presunta maniobra disvaliosa, el Banco siguiera cobrando las cuotas del crédito sin autorización, y negándose a cumplir el stop debit, violando una vez más su obligación de trato digno al cliente del art. 5 de la Ley Defensa del Consumidor. Es el cliente quien decide cómo disponer de su dinero, pudiendo optar entre pagar o ser moroso con respecto a una deuda, de acuerdo a sus circunstancias particulares, y asumiendo en su caso las consecuencias que ello traería, decisión que no puede ser desoída por el Banco acreedor.-

Por todo lo dicho, considero que la acción entablada por los actores, Sres. Marcela Valeria Linares, y Rocky Fabián Aguirre, debe acogerse reconociendo la nulidad del contrato de Préstamo bancario por vicios en el consentimiento de los clientes, reconociendo a su vez, la obligación del Banco de devolverle la totalidad de las sumas debitadas de su cuenta bancaria sin su consentimiento.-

IX.- Por ello, a continuación debo expedirme sobre el daño reclamado y dilucidar la procedencia de cada rubro solicitado, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.-

En ese camino destaco que 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 punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)”. Además, “...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de

éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).-

Así se 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. “Provincia de Santa Fe c/ Nicchi del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4° y 5°”).-

Entonces, la actora solicita:

1.- Nulidad del Contrato, devolución de las cuotas debitadas, y reembolso de la suma de \$13.360, y de USD 1.398 pagaderos en la misma moneda.-

Los actores reclaman como reparación, conforme punto XIV del escrito de demanda, la nulidad del contrato de préstamo personal y el reembolso de las sumas que tenían en sus cajas de ahorro en dólares y en pesos.-

1.a.- A su vez tal como surge del objeto de la demanda reclaman la devolución de las sumas debitadas en concepto de cuotas del préstamo, sin especificarse el monto de lo reclamado, como tampoco la cantidad de cuotas cobradas por el banco de manera previa al dictado de la medida cautelar mediante la que se ordenó la suspensión de los descuentos (debitos automáticos) (providencia de fecha 23/03/2021).-

Estimo que en línea a lo desarrollado, toda vez que el contrato no fue concertado voluntariamente por la actora, debe ser declarado nulo ante el vicio de consentimiento comprobado, y correspondiendo que les sean devueltas las sumas que en su caso hayan sido debitadas en concepto de cuotas del préstamo, con más sus intereses desde el día de cada débito, conforme surjan de la liquidación a presentarse en la etapa de ejecución de

sentencia.-

1.b.- Y asimismo, conforme señalan las partes actora, y demandada, como así también surge de la prueba de autos (pericial informática, testimonial, e informativa), luego de ser obtenidos los datos de la actora efectuaron transferencias y realizaron venta de dólares minutos después, y ante la denuncia efectuada por los actores, el Banco inició un proceso de investigación y logró bloquear dos transferencias por DEBIN por la suma total de \$338.000, que fue reintegrada a la cuenta de los actores.-

Por su parte no se formula reclamo en base a las restantes cuatro transferencias entre cuentas efectuadas el mismo día del hecho por las sumas de \$300.000, \$200.000, \$150.000, y \$150.000, y a su vez se realizó la operación de venta de moneda extranjera por USD 1.398, que se efectivizó por transferencia interna entre cuentas de los actores (conforme pericial informática e historial de movimientos acompañados), y por lo tanto en función de lo expuesto en la presente corresponde decretar la nulidad de venta de moneda extranjera efectuada.-

En igual sentido a lo señalado, toda vez que el contrato de venta de moneda extranjera, al igual que el de préstamo no fue concertado voluntariamente por los actores, debe ser declarado nulo, y en consecuencia, conforme la prueba rendida, de la pericial informática producida surge que se efectuó el mismo día 11/11/2020 la venta de moneda extranjera por USD 1.398, por transferencia entre cuentas de los actores, siendo acreditada la suma \$111.870 a cambio de la suma en dólares referida, y posteriormente minutos después se realizaron las transferencias en pesos que fueron desconocidas por la demandada, por lo que habiéndose acreditado el hecho sufrido por la demandada corresponde hacer lugar a la pretensión de los actores, debiendo proceder el Banco a la restitución de las sumas USD 1.398, y \$13.360.-

A estas sumas deben adicionarse los intereses desde el día del hecho

11/11/2020 hasta su efectivo pago, por lo que en relación a la suma establecida en moneda pesos, corresponde aplicar la tasa de acuerdo con la calculadora de intereses oficial del Poder Judicial de Río Negro, que hasta la fecha de la presente, arroja un monto de \$28.847,64 por este concepto, y de aquí en más iguales intereses correspondientes hasta su efectivo pago.-

Por su parte, en relación a la suma a reintegrar en dólares estadounidenses, corresponde definir la tasa aplicable teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales al respecto, en los que tratándose de una condena en dólares resulta de aplicación una tasa del 6% anual para intereses, puesto que la misma es pura y se aplica sobre moneda constante al momento en que se la calcula, y equivale a la renta real que debe producir ese dinero ideal: conf. este Cuerpo in re: "Montiel ..." del 31-10-90, y por ello su aplicación es propia de una economía estable o tasa de interés puro. (Conf. Arg. CAV, en "Municipalidad de Viedma c/ Rébora Tomás Armando S/ Ordinario", en trámite por Expte. N° 7466/2012).-

A su vez tengo en cuenta que en el presente caso no se dan circunstancias excepcionales, por las que resultaría de aplicación otro porcentaje conforme jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia provincial, alineada con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia nacional. Es que se ha señalado que los intereses compensatorios para deudas en moneda estable no deben superar el 6 % anual (STJRN-S1, 09/05/2013, "Larrosa", 023/13; STJRN-S4, 31/05/2010, "Enrique Durán SA", 046/10; CSJN, 18/12/2007, "Longobardi", Fallos 330:5345).-

Por ello, se aplicará la tasa de interés de 6% anual desde la fecha 11/11/2020, que a la presente arroja un monto a devolver de USD 1.563,69, y de allí en más hasta su efectivo pago se aplicará la misma tasa.-

2- Daño Moral: Por este rubro la parte actora reclama \$500.000.-

Se entiende al daño moral como "...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir,

traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...”. (Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni 2.006, T° V "Daño moral", Pág. 118).-

Para que proceda su reparación debe haberse producido una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. Pizarro, Daniel, Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, pág.36, cita extraída del fallo de la Sala III de este tribunal “in re” 17/6/08, González y otros c/ Corporación Asistencial S.A.).-

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que “...no existen pautas exactas para su cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales ..., T° II, Pág. 239)”, (...) “que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador”. (CACiv. Viedma “Céspedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (ordinario), 21/03/17).-

El Dr. Ghersi en este sentido, frente a una relación de consumo, el factor confiabilidad implica que el consumidor deposita en la empresa la carga positiva de que su comportamiento será conforme a las publicidades previas, su prestigio, su marca, de manera que la violación de confianza a

través de un hecho sorpresivo e imprevisto o de la inclusión de cláusulas abusivas constituye en sí mismo un daño reparable patrimonial y moral. (Carlos Ghersi, 2005, 44). Lowenrosen señala que al respecto de la configuración del daño moral en los contratos de consumo, “tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enumerado distintas situaciones de las que surge afección moral, entre las cuales podemos citar las siguientes... cuando el cliente es objeto de atención deficiente o irrespetuosa por dependientes del proveedor o por éste mismo o no se le solucionan sus reclamos y quejas, o se difieren...”(Lowenrosen, Flavio I, “La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores.- www.eldial.com.ar).-

Respecto al daño moral en el incumplimiento contractual, se ha reiterado que es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios (conf. Cám. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D Valentinuzzi Roberto Mario C/ Centro Milano SA S/ Sumarísimo, en fecha 18.08.16). Y en el caso esto se verifica.-

Por otro lado, también Carlos Ghersi señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la información (art. 4° LCD), la obligación legal de seguridad (art. 5° de la LCD), el trato indigno, las prácticas abusivas generan daño moral dice el autor “En el ámbito de la relación de consumo es indudable la generación de daño moral autónomo al lesionarse un interés jurídico espiritual”. (Carlos Ghersi, La Ley, 2011).-

En el caso, la conducta desplegada por la demandada no se condice con el carácter profesional y el grado de especialización que reviste en la materia contractual de esta especie, lo que debido a su superioridad técnica y una mejor posición para acceder a las herramientas que permitan el normal desenvolvimiento de la relación contractual; debe traducirse en un mayor

grado de colaboración para con el cliente. Consecuentemente, debe asumir los riesgos provenientes de esa actividad, y por ende, los daños generados por su propia negligencia. La actitud esperable del accionado era que le informe a su cliente. (Conf. CNACyCFed, Sala 2, en autos “Hereñu Elbio Augusto c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, causa 4.249/10, Voto de los Dres. Ricardo Víctor Guarinoni - Silverio Gusman, 29/12/16).-

Estimo que como dijimos previamente los actores se han visto desamparados frente a los riesgos del sistema tecnológico virtual, y fueron víctimas de engaño ante la omisión de métodos de seguridad del Banco.-

No solamente debieron asumir las consecuencias de las operaciones que resultaron de la toma de un crédito de su cuenta -de modo inmediato- por medio de un engaño, sino que al descubrir el ardid recurrieron de modo urgente a su proveedor financiero a solicitar esta protección y el Banco días después consideró a los clientes responsables de todo lo sucedido por revelar la clave, rechazando incluso por carta documento cumplir con el stop debit requerido respecto al cobro de las cuotas del préstamo.-

Asimismo, frente a los requerimientos de declarar nulo el contrato de préstamo preaprobado, desoyó a su cliente, rechazó la reversión de las operaciones, sometiéndolos a situaciones de trato incorrecto que seguramente generaron angustias en los consumidores quienes debieron recurrir a distintos métodos para ser oídos -envío carta documento, requirió la mediación en Organismos de Consumidor, etc) sin ningún resultado positivo que los forzó a entablar esta acción judicial. Todas cuestiones que componen un daño extrapatrimonial que debe ser reparado, por lo que he de hacer lugar al reclamo por ese rubro.-

En relación a la invocada enfermedad sufrida por el Sr. Rocky Fabián Aguirre, respecto de la que de la cual se produjo prueba, si bien surge de la historia clínica acompañada su existencia en fecha cercana al hecho, no se

ha demostrado en autos su efectiva relación con el hecho de autos. Sin perjuicio de ello, no caben dudas que la conducta del Banco demandado ha causado un daño en el ánimo de los autores, es que la situación vivida no puedo sino interpretar, según el curso ordinario de las cosas, les ha generado angustias, que sobrepasan una mera incomodidad, como a toda persona que experimenta un hecho de estas características.-

Por ello, teniendo presente lo solicitado respecto de éste concepto y haciendo aplicación del artículo 165 del CPCC, entiendo razonable otorgar por daño moral la suma de \$200.000 a cada uno de los actores. Por lo tanto prospera este rubro por la suma de \$400.000.-

Tomaré como plazo para calcular los intereses el día que el Banco desoyó a los clientes y no los protegió, es decir el día siguiente al hecho sufrido, denunciado ante el banco en fecha de 11 de noviembre de 2020, hasta la fecha de la presente sentencia.-

Asimismo, aplicando a estas sumas un interés fijo del 8% desde esta fecha al presente, según determino nuestro STJ in re “Garrido”. Es decir que “...cuando las sumas de condena representan obligaciones de valor cuantificadas al momento de la sentencia, no existe ningún impedimento de aplicar una tasa pura de interés, desde el momento en que el perjuicio se produjo y hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia; ya que la misma está destinada a retribuir el uso del capital.... Los intereses de una indemnización de daños deberán computarse desde la producción del perjuicio hasta el pronunciamiento Apelado a una tasa del 8% anual, como tasa pura, dado que resulta suficientemente compensatoria ante una deuda de valor fijada a valores actuales, y desde entonces hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. (conf. CNACiv. Sala I, 27/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/38821/2014; ídem STJ - Se. N° 100/16, in re: “T., L. M. y Otros c/Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro y Otra...” (Conf.

Garrido Paola Cancina C/ Provincia de Río Negro S / Ordinario S/ Casación- Fecha: 15/11/2017STJ- PS2-272-STJ-2017), calculados a la fecha de la presente bajo los parámetros del definidos determino que debe abonarse por daño moral la suma total de \$463.123,26 (\$231.561,63 para cada uno de los actores) a la presente, y a partir de aquí devengará los intereses fijados por el STJRN en sus sucesivos pronunciamientos y según calculadora de la página oficial del Poder Judicial, hasta el momento del efectivo pago.-

3.-Daño Punitivo: por este rubro se reclama la suma de \$ 2.000.000.-

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. ...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”.-

Es la multa civil pecuniaria comúnmente llamada “daño punitivo” (sanción de naturaleza civil de origen anglosajón; art. 52 bis de la ley 24.240, según art. 25 de la ley 26.361), se orienta a punir a un sujeto que ha incurrido en una conducta que afecta los derechos de un consumidor y que aparece particularmente grave y reprochable; teniendo en miras un efecto disuasorio respecto del propio infractor o de terceros a fin de desanimar acciones futuras del mismo tipo (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino, p. 88, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año XXXVIII, 1993, N° 31, 1994).-

Al respecto 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 puciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., “Daños Punitivos”, en “Derechos de Daños -Segunda parte-”, pág. 287). Entonces se trata, como 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”).-

Así 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). Tamaña sanción ha de procurar generar una conducta disuasiva tendiente a corregir ciertas prácticas del mercado en las que los usuarios resultan víctimas en una indudable situación de desigualdad negocial, pues a lo que apunta en definitiva toda la

norma consumeril, como lo sostiene Mosset Iturraspe, es a limpiar el mercado, purificarlo, superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales (Introducción al Derecho del Consumidor, Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 1996, p. 15).-

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 existen causas graves de incumplimiento de su obligación de seguridad bancaria y resguardo de los ahorros de la cliente. Es necesario que brinde respuesta, no dándole motivo al cliente para que se preocupe y se sienta desamparado en un mundo tan complejo y de movimientos rápidos como es las finanzas virtuales.-

Asimismo, ante al contexto de pandemia y el aumento reconocido de los ciberdelitos, el Banco debió tener un trato preferencial con su clienta y ayudarla frente a su hipervulnerabilidad.-

Es decir, este grave proceder de la demandada, debe prevenirse para que no ocurran situaciones similares en el futuro, y por ende resulta procedente aplicar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la LDC.-

Respecto a lo peticionado por la actora de tenerse en cuenta la formulación de acuerdo con una propuesta económica del Banco, de la que alega una práctica abusiva, debo señalar que no se ha acreditado su existencia, habiendo sido negada su autenticidad, y no produciéndose prueba supletoria, por lo que no se puede valorar tal elemento.-

En la tarea considerando los métodos utilizados para su cálculo por Jurisprudencia reciente, tengo presente la posición de la Suprema Corte de la Prov. de Bs As en autos “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Es que en esos autos se utilizó la fórmula aritmética propuesta por el Dr. Matías Irigoyen Testa, “en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima...y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos” (SCJBA, causa C. 119.562, "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico"17/10/2018).-

Más, sin perjuicio de entender que el contenido de la fórmula bien puede contemplarse como orientación en la especie, señalo no me sujetaré a fórmulas aritméticas, tomando como parámetros en orden a lo desarrollado, a los antecedentes descriptos, la gravedad del incumplimiento, su reiteración y demás particularidades de la causa. Y en esos términos he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa civil, fijándola en el marco del art. 52 bis de la LDC en la suma de \$ 600.000 a la fecha de la presente.-

X.- En consecuencia, se hace lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta en fecha 22/03/2021 por los Sres. Marcela Valeria Linares, y Rocky Fabián Aguirre, contra el Banco Patagonia S.A. declarando la nulidad del contrato de préstamo acordado, y condenándolo al pago de la suma de \$ 1.091.970,90 con más USD 1.563,69 (integrada por \$28.847,64

y USD 1.563.69 en concepto de daño emergente, \$463.123,26 (\$ 231.561,63 para cada uno de los actores) por daño moral, y \$ 600.000 por Daño Punitivo). A ello deberá agregarse las sumas que correspondan, en su caso en concepto de devolución de las cuotas que se hubieren debitado en concepto del préstamo anulado con sus intereses. Esto así, conforme surja de la etapa de ejecución de sentencia. Todo ello, a la fecha de la presente y respecto de las sumas en pesos de allí en más la tasa de interés conforme calculadora del poder Judicial determinado en autos "Fleitas" y/o en la que en el futuro se determine por el STJRN, hasta su efectivo pago y en cuanto al importe en dolares el interes fijado en el considerando respectivo.-

XI.- Que en cuanto a las costas del proceso, de acuerdo a la pauta prevista en el art. 68 ap. 1° del C.Pr. deben aplicarse a la demandada vencida.-

Con relación a los honorarios profesionales, debe meritarse la labor cumplida, medida por su calidad, eficacia y extensión y conjugarla con el monto por el que prospera la demanda, y en función de que parte del monto base de la sentencia se integra de suma en dólares estadounidenses, debe diferirse la regulación de honorarios, acompañándose cotización del dolar y liquidación en etapa de ejecución de sentencia, conforme el considerando respectivo.-

Por todo lo expuesto;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta en fecha 22/03/2021 por los Sres. Marcela Valeria Linares, y Rocky Fabián Aguirre, contra el Banco Patagonia S.A. declarando la nulidad del contrato de préstamo acordado, y condenándolo al pago de la suma de \$ 1.091.970,90 con más USD 1.563.69 (integrada por \$28.847,64 y USD 1.563.69 en concepto de daño emergente, \$463.123.26 (\$231.561.63 para cada uno de los actores) por daño moral, y \$ 600.000 por Daño Punitivo). A ello deberá agregarse las sumas que correspondan, en su caso en concepto de

devolución de las cuotas que se hubieren debitado en concepto del préstamo anulado con sus intereses. Esto así, conforme surja de la etapa de ejecución de sentencia. Todo ello, a la fecha de la presente y respecto de las sumas en pesos de allí en más la tasa de interés conforme calculadora del poder Judicial determinado en autos "Fleitas" y/o en la que en el futuro se determine por el STJRN, hasta su efectivo pago y en cuanto al importe en dolares el interes fijado en el considerando respectivo.-

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del C.P.C.C).-

III.- Diferir la regulación de honorarios, hasta que existan pautas acompañándose cotización del dólar y liquidación en etapa de ejecución de sentencia, conforme el considerando respectivo.-

IV. Notifíquese conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 9/2022.-

MARÍA GABRIELA TAMARIT
JUEZA