

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 5 días del mes de julio del año 2024. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA, DE MINERÍA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA de la Tercera Circunscripción Judicial, la Dra. María Marcela PÁJARO y los Dres. Emilio RIAT y Federico Emiliano CORSIGLIA, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "**SARMIENTO, MARÍA AGUSTINA C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) (LEY 24240)**" **BA-18848-C-0000**, y discutir la temática del fallo por dictar, con la presencia del señor Secretario Dr. Alfredo Javier ROMANELLI ESPIL, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, la Dra. PAJARO dijo:

I. Introito. Vienen estos autos al acuerdo para tratar el recurso de apelación interpuesto por el banco demandado con fecha 27/11/2023 (E0021), contra la sentencia del 24/11/2023 (I0024).

Dicho recurso fue concedido libremente y con efecto suspensivo, fundado por Banco Patagonia S.A (E0025), sustanciado y contestado por la actora María Agustina Sarmiento (E0026).

II. Antecedentes del caso. Pretende la actora la devolución de las sumas de dinero debitadas con motivo del préstamo otorgado en ocasión de una maniobra de estafa de que fue víctima, se deje sin efecto dicha operación y se le abone la suma de \$1.750.000 en concepto de daños y perjuicios.

La parte demandada contestó negando los hechos y rechazando los rubros indemnizatorios reclamados.

Luego de transitadas las etapas procesales pertinentes, el magistrado de grado hizo lugar a la demanda, declaró inoponible a la actora el préstamo objeto de autos. Condenó al Banco Patagonia S.A a devolver los montos percibidos indebidamente, previo descuento de la suma de \$ 99.000 y a abonar la suma de \$1.750.000 en concepto de daño moral y daño punitivo, con más los intereses calculados desde la fecha del

hecho (18/02/2021) y hasta su efectivo pago, conforme tasas de interés fijadas por el STJ en causas "Guichaqueo", "Fleitas". Todo ello, con imposición de costas a la demandada.

III. Expresión de agravios. La demandada pretende se revoque la sentencia y se rechace la demanda con imposición de costas y hace reserva del caso federal.

Presenta en línea con ello, cinco agravios, los que en prieta síntesis se reducen a los que seguidamente describo: El primero, se dirige a la falta de valoración de la conducta negligente de la parte, quien proporcionó sus datos bancarios personales y secretos, lo cual llevó en definitiva a la conformación del contrato bancario.

El segundo agravio, refiere a la comprobación de su parte de que no es posible realizar una transferencia sin usuario, contraseña y tarjeta de coordenadas y token de usuario, habiendo descartado el peritaje informático irregularidad alguna en las transferencias. Alude también en este punto al uso de celular por parte de la actora en el cajero automático, conducta prohibida.

En tercer lugar, se agravia de la exigencia de mayor diligencia a su parte.

En cuarto orden, cuestiona la valoración de su conducta probatoria.

El quinto y último agravio se dirige a la fijación de daño moral y punitivo.

IV. Repuesta a los agravios. La actora solicita que se rechace el recurso de apelación y se confirme la sentencia de primer instancia con costas. Sostiene que la apelante reprocha que la sentencia es arbitraria, haciendo una reiteración de lo expuesto al contestar demanda.

No hace una crítica concreta sustentada en los recaudos de procedencia del recurso interpuesto; solo expresa disconformidad con la sentencia apelada, entiende erróneamente que el juzgador se basó en su voluntad y no en la realidad jurídica objetiva y la prueba producida en este proceso. No sustenta su queja en jurisprudencia que avale sus afirmaciones.

Explica que el sentenciante, teniendo en cuenta las prueba dinámicas, no encontró elementos que acreditaran que la institución demandada hubiera dado cumplimiento a las normativas dispuesta por el BCRA. Que a su vez verifico que en la causa penal una de las victimas devolvió parte del dinero que le transfirieron, reconociendo tácitamente que el dinero que oportunamente fue a su cuenta le pertenecía a la actora, sin embargo la demandada sostiene que la actora no fue víctima de un engaño, no considera la causa penal, sino que fue la actora la que genero el hecho objeto de este proceso.

Que el juez verificó que el Banco no adoptó medidas de seguridad que habrían

impedido que la actora obrara de la manera que lo hizo ni que divulgara sus credenciales y contraseñas a terceros. Que la revelación de las claves de parte de la clienta y las posteriores transferencias no interrumpen el nexo entre el daño y la responsabilidad objetiva del Banco, ya que si el Banco hubiera cumplido rigurosamente las Comunicaciones del BCRA., las transferencias no se habrían perfeccionado.

V. Análisis y solución propuesta para el caso. Ingresando al tratamiento del recurso, vale dejar en claro que no se ha objetado la existencia de una relación de consumo entre la demandada, proveedora de servicios financieros y la actora, usuaria de dichos servicios (arts. 1, 2 y 3 de la Ley 24.240) ni que los contratos bancarios se encuentran alcanzados por la ley de defensa del consumidor, en los términos del art. 1384 del CCyC y de la ley especial. Sin embargo disienten en cuanto a la responsabilidad atribuida a la demandada y la condena por daño moral y daño punitivo.

Los agravios presentados pueden agruparse en dos. Los primeros cuatro, refieren directamente a la determinación de responsabilidad de la accionada, mientras que el último corresponde a rubros indemnizatorios, por lo que serán tratados en dicho orden.

-

a) Primeramente entonces, corresponde tratar la responsabilidad atribuida a la entidad bancaria en tanto fue la propia Sra. Sarmiento quien proporcionó datos bancarios personales y secretos de su cuenta que permitieron conformar el contrato de préstamo bancario por la suma de \$ 394.900 y que fue ella quien con su clave personal efectuó cuatro transferencias por las sumas que declara en su escrito de demanda a personas ajenas a cualquier operatoria del Banco.

Este tipo de maniobras ya ha sido resuelta por esta Cámara en pronunciamientos anteriores ("Jara, Mónica Ester", "Arias, Carlos Agustín"). Se trata de una modalidad calificada de "ingeniería social", sintagma que "describe la acción de intentar engañar a las personas con el fin de que revelen información o realicen determinadas acciones" (glosario de Ciberseguridad cit. en los Lineamientos del Banco Central sobre ciberseguridad conf. <http://www.bcra.gov.ar>).

Dentro de estas maniobras se encuentra el llamado -en original anglófono- "phishing", que consiste en el empleo de ardid o engaño para que de la víctima revele información que no brindaría en otras circunstancias así como el uso de técnicas para suplantar la identidad.

De acuerdo al legajo penal ("SARMIENTO MARIA AGUSTINA C/NN S/

ESTAFA”, LEGAJO N° MPF-BA-00637-2021), de especial relevancia por cuanto la denuncia criminal se realizó en tiempo próximo a la maniobra, surge que la Sra. Sarmiento fue engañada con estratagemas del tipo de las descriptas, por al menos tres personas. Una de ellas reconoció los hechos y arribó con la víctima a un acuerdo de reparación en sede penal.

Las artimañas tendientes a aprovecharse de la confianza, la inexperiencia, la ligereza y hasta de la buena fe de una persona no tienen nada de novedoso. Lo que si es relativamente nuevo es el empleo de tecnología para su concreción. El uso de estas herramientas ha complejizado este tipo de delitos a la vez que ha simplificado su comisión. Otrora, la posibilidad de obtener un crédito demandaba concurrir a sucursal en día y horario hábil, el análisis de la capacidad crediticia, la definición acerca del otorgamiento o no del préstamo, todo lo cual tomaba varios días. Hoy, existen los créditos preaprobados que son en definitiva, los que posibilitan este tipo de estafas. De allí que es pertinente tener en cuenta que los bancos son entidades profesionales que ofrecen servicios con fin de lucro, como parte de su cartera de negocios. Por lo tanto, es exigible que adopten medidas de seguridad que equilibren su propio interés comercial en facilitar el acceso a crédito con el de su clientela de acceder a ese crédito en condiciones que no pongan en juego la seguridad de su patrimonio.

La actividad bancaria incluye una obligación de resultados en tanto "custodio" de la seguridad del dinero del cliente.

La situación que nos ocupa es similar a la tratada y resuelta por el Superior Tribunal de Justicia y que además involucró al mismo banco aquí demandado. Refiero concretamente al caso "Bartorelli" (también invocado por el juez de grado) en que el Alto Tribunal aludió 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" y explicó: *"La normativa indicada establece en su art. 6.7.4. que "las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus CE 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" (cf. RMC004). Asimismo, dispone que "las entidades deben implementar mecanismos de comunicación alternativa con sus clientes, con el objeto de asegurar vías de verificación variada ante la presencia de alarmas o alertas ocurridas dentro del monitoreo transaccional implementado" (cf. RMC005). En su glosario se define a los mecanismos de identificación positiva como aquellos "procesos de verificación y validación de la identidad que reducen la incertidumbre mediante el uso de técnicas complementarias a las habitualmente usadas en la presentación de credenciales o para la entrega o renovación de las mismas. Se incluyen, pero no se limitan a las acciones relacionadas con: verificación de la identidad de manera personal, mediante firma holográfica y presentación de documento de identidad, mediante serie de preguntas desafío de contexto variable, entre otros." (pto. 6.6. Comunicación "A" 6017). De igual manera, establece que "El monitoreo transaccional en los CE debe basarse, pero no limitarse a lo siguiente: a) La clasificación de ordenantes y receptores en base a características de su cuenta y transacciones habituales, incluyendo pero no limitándose a frecuencia de transacciones por tipo, monto de transacciones y saldos habituales de cuentas. b) Determinación de umbrales, patrones y alertas dinámicas en base al comportamiento transaccional de ordenantes y receptores según su clasificación." (cf. RMC011). Del marco normativo referido surgen, como aspectos centrales del deber de seguridad que pesa sobre las entidades bancarias, por una parte la necesaria implementación de mecanismos de monitoreo transaccional vinculados al perfil del usuario para advertir y actuar ante situaciones sospechosas y, por la otra, la exigencia de mecanismos de comunicación alternativos y de identificación positiva. El cumplimiento de los mecanismos descriptos para operar por canales electrónicos regulados expresamente por la autoridad de aplicación -aunque pueden ser catalogados como complementarios a los sistemas de validación mediante claves personales- es obligatorio para los bancos y, en el caso, no se verifica ni se ha demostrado que tales dispositivos hayan sido debidamente observados." (Sent definitiva 133. 17/10/2023)

Puede cotejarse en el peritaje informático agregado por auto I0003 el 22/08/2022 -con tres adjuntos- que los puntos de experticia propuestos fueron concretamente -cito textual-:

-Si es posible realizar una transferencia Bancaria sin los datos de usuario, contraseña y tarjeta de coordenadas/token.

-Si el sistema utilizado por el Banco Patagonia a los efectos de realizar transferencias resulta similar al de otras entidades bancarias del mercado.

-Si en relación a las transferencias efectuadas(detallar las transferencias) desde la cuenta de la actora surge alguna irregularidad.

-Informe los medios por los cuales el Banco comunica a su clientela sobre la confidencialidad de las claves para operar en cajeros e-bank.

-Si los canales electrónicos del Banco a los efectos de realizar transferencias cumplen con los requisitos del BCRA Comunicación A "6017".

-Si los sistemas del Banco, lo que incluye a los sistemas asociados a los canales electrónicos, son sometidos a pruebas de seguridad periódicamente.

-Informe desde cuando opera con Home Banking la actora. Describa los requisitos de seguridad informática para la obtención de préstamos personales por medio de e-bank. Cualquier otro dato de interés para la resolución de la presente causa.

Del peritaje no se obtiene la implementación de parte de la accionada de mecanismos de comunicación alternativa con sus clientes ni ningún tipo de práctica eficiente para advertirle que podría estar siendo objeto de una maniobra delictiva. Dicho de otro modo, la demandada enfocó su prueba en demostrar la conducta de la actora así como los recaudos de seguridad exigidos para operar a través del homebanking y realizar transferencias por esa vía, pero no dio cuenta de la existencia de mecanismos de seguridad informática para obtener un préstamo preaprobado. No intentó demostrar que hubiera extremado los recaudos tendientes a la protección del cliente.

Dijo el perito (punto VIII) que:" la demandada manifiesta que los requisitos de seguridad informática para obtener un préstamo personal a través de e-bank es a través de credenciales (usuario y clave). Asimismo se requiere disponer de un crédito pre-aprobado".

La obligación de seguridad que cabe a la prestadora "...no resulta abastecida por el solo cumplimiento de los recaudos promovidos por la normativa del BCRA en materia de seguridad, en tanto ello es un piso mínimo regulatorio" (cf. CNCiv., Sala C, "Distribuidora Lanús S.A. c. Banco Santander Río SA y otro s/Ordinario", 10-12-20, cita online TR LALEY AR/JUR/66096/2020; Raschetti Franco "Proyecciones a la actividad bancaria de la obligación de seguridad en materia de defensa del consumidor", en RCCyC, septiembre 2021).

En efecto, el deber de cuidado exigible a las instituciones bancarias es sensiblemente mayor al cumplimiento de las medidas de la autoridad de aplicación,

debiendo adoptar no solo las medidas de seguridad mínimas obligatorias sino las adecuadas y necesarias, las que de acuerdo a las directivas del Banco Central surjan de un estudio de seguridad que deben efectuar las propias entidades. (Cf. Raschetti, ob cit., con cita de Nisnevich, Alejandro D., "Responsabilidad de los bancos por el incorrecto funcionamiento de los cajeros automáticos", La Ley Córdoba 2014 (julio), 614, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2180/2014).

En cuanto al reproche en relación a la actividad probatoria, también debe ser desestimado en tanto correctamente el magistrado de grado ha dejado en claro tanto el conceso de cargas probatorias dinámicas, como el criterio del Superior Tribunal en la materia.

Así ponderados los hechos y la prueba puedo concluir que el suministro de datos por la actora mediante engaños, si bien fue una condición necesaria para la ocurrencia del hecho, no impide tener por incumplida la obligación de seguridad como el recurrente pretende, por lo que aparece configurada la conducta antijurídica del banco como hecho generador de responsabilidad (art. 1716 y 1717 del CCyC.), además de no existir eximentes ni prueba que permita concluir lo contrario.

b. El siguiente agravio corresponde al daño propiamente dicho y los montos indemnizatorios otorgados. El apelante considera que la sentencia reconoce cierta culpa concurrente de la víctima para luego otorgarle el importe de \$1.750.000 en concepto de daño moral y punitivo.

Este agravio queda subsumido en lo tratado en el punto anterior y la forma en que fue planteado no amerita mayor desarrollo.

El banco se limita a calificar de arbitraria la suma de \$1.750.000, reiterando lo atinente a la conducta de Sarmiento y a que no se trata de una consumidora hipervulnerable, así como que no ha acreditado ningún perjuicio sufrido.

La escasez argumentativa me releva de mayores precisiones, pero puede recordarse que el daño punitivo es una suerte de multa civil, considerada por la doctrina como una condena adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves. Asimismo posee una innegable función disuasiva del actuar desaprensivo de los proveedores, en el sentido del artículo 2 de la ley de defensa del consumidor y que consiste en una suma de dinero otorgada a favor del damnificado independiente de la indemnización por sobre el daño

sufrido. Su finalidad es sancionar al incumplidor, para disuadirlo de continuar con la misma conducta o con conductas similares y también se orienta con una finalidad de prevención general para disuadir a otros proveedores respecto de la práctica de dichas conductas.

La entidad bancaria actuó, en mi opinión, con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (conf. arts. 52 bis LDC y art. 1724 CCyC) al priorizar su propio negocio -el ofrecimiento de un crédito preaprobado- por sobre la seguridad de su cliente.

En cuanto a la valoración del daño extrapatrimonial o moral, tampoco advierto arbitrariedad alguna, en tanto las solas consecuencias de la estafa ponen en evidencia y permiten presumir los padecimientos espirituales que ameritan su reparación integral mediante una suma suficiente para acceder a placeres compensatorios que morigeren la experiencia atravesada.

VI. -Las costas. Corresponde fijarlas conforme el principio objetivo (art. 68 del CPCC.), en atención al rechazo del recurso impetrado.

VII. Los honorarios por las tareas de segunda instancia deben regularse del siguiente modo: A la Dra. Graciela Muradas por su actuación como letrada patrocinante de la parte actora en el 30% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia y al Dr. Juan Luis Sarmiento, apoderado del Banco Patagonia S.A., en el 25% de lo regulado por las tareas de primera instancia a todos los letrados intervinientes por esa misma parte, en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A., considerando los resultados, extensión y calidad de la tarea desarrollada.

VIII. Por todo lo expuesto, y de compartir el criterio, propongo al Acuerdo:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia del 24/11/2023 en todas sus partes. **II)** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.). **III)** Regular los honorarios por las tareas de segunda instancia de la Dra. Graciela Muradas por su actuación como letrada patrocinante de la parte actora en el 30% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia y los del Dr. Juan Luis Sarmiento, apoderado del Banco Patagonia S.A., en el 25% de lo regulado por las tareas de primera instancia a los letrados intervinientes en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A., considerando los resultados, extensión y calidad de la tarea desarrollada. **IV)** Dejar constancia de que la presente se protocoliza y notifica en los términos de la Ac 36, Anexo I. Punto

9. V) Devolver oportunamente a origen.

A la misma cuestión, el Dr. RIAT dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Pájaro.

A igual cuestión, el Dr. CORSIGLIA dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCC).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa,

RESUELVE:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia del 24/11/2023 en todas sus partes.

Segundo: Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.).

Tercero: Regular los honorarios por las tareas de segunda instancia de la Dra. Graciela Muradas por su actuación como letrada patrocinante de la parte actora en el 30% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia y los del Dr. Juan Luis Sarmiento, apoderado del Banco Patagonia S.A., en el 25% de lo regulado por las tareas de primera instancia a los letrados intervinientes en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A., considerando los resultados, extensión y calidad de la tarea desarrollada.

Cuarto: Dejar constancia de que la presente se protocoliza y notifica en los términos de la Ac 36, Anexo I. Punto 9.

Quinto: Devolver oportunamente a origen.