

En la ciudad de General Roca, a los 14 días de Diciembre de 2009, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en ésta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "GOMENZORO AURORA MARGARITA C/BANCO DE LA PAMPA SEM S/Ordinario" (Expte.n° 19.783-CA-09), venidos del Juzgado Civil nro. TRES, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se procede a votar en el orden de sorteo practicado, la siguiente cuestión:

EL SR. JUEZ DR. JOSE J. JOISON, DIJO: La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada a fs. 179/182 que rechaza su demanda contra el Banco de La Pampa S.E.M. y expresa agravios en su memorial a fs. 192/195 y cuyo traslado provocó el responde de la contraparte a fs. 197 y vta.-

La parte actora promovió demanda contra el Banco de La Pampa S.E.M. de ésta ciudad atribuyéndole responsabilidad por los perjuicios que refiere en la misma al consumarse el hecho ilícito que denuncia resultante de la extracción por tercero o terceros de los fondos que poseía en su Caja de Ahorro Común en el Cajero Automático de la sucursal de dicho Banco de ésta ciudad número 860-1-864861/3.-

Reclama la suma de Un mil pesos que le fueron extraídos dolosamente y la suma de Cuatro mil pesos en concepto de daño moral con más los intereses correspondientes.-

Describe los hechos fundantes de su demanda y relata que entre las 22.00 y 23.00 horas del día 21 de enero de 2005 al pretender extraer fondos de la citada cuenta del cajero automático la tarjeta quedó retenida sin poder sacarla no obstante haber intentado distintas maneras de lograrlo.- Que la pantalla del cajero indicaba que estaba retenida y que la denuncia de la retención debía realizarla en un número telefónico que allí figuraba.- Que la persona que la acompañaba le facilitó su celular para hacer la denuncia respectiva pero que por no poderse comunicar con el Banco se dirigieron a un locutorio a ese mismo objeto que pudo cumplir aunque no le dieron ningún número de denuncia.- Que le dijeron que al día siguiente fuera a retirar la tarjeta.- Que del resumen de cuenta que acompaña resulta que el día 28.01.05 le extrajeron la suma de \$ 1.000.-.-

Invoca la responsabilidad de la entidad financiera por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarios tanto mas que eran conocidos por las publicaciones de los diarios de la zona las audaces maniobras de los delincuentes - acompaña ejemplar del Diario Río Negro -; y la procedencia del daño moral.- Ofrece prueba y solicita costas.-

La Entidad financiera contesta la demanda pidiendo su rechazo con costas.- Reconoce

que la actora era cliente y también titular de la Caja de Ahorro individualizada pero niega la responsabilidad que se imputa expresando que la misma no cumplió con las recomendaciones, entre otras, de no digitar la clave en presencia de personas ajenas, retirar la tarjeta magnética luego de realizar operaciones y lo mismo en caso de retención de la misma hacer la denuncia de inmediato al igual que en caso de pérdida o robo desconociendo el ticket emitido por el locutorio de la calle Tucumán y que la suma de dos pesos haya sido con la red Link.- Que la comunicación al Banco se hizo recién el 31 de ese mes de enero.- Que trasmitió el número de Pin a algún tercero, única forma de extraer fondos de la cuenta y rechaza el daño moral.-

La sentencia rechazó íntegramente la demanda y fundamentalmente expresa que de la informativa de fs.144/145 emitida por Telefónica Moviles Argentina S.A. surge que el día 27 de enero de 2005 siendo las 22:47:16 horas se recibe el llamado al teléfono al Banco pero que con relación con ello se observa que de la informativa obrante a fs. 156 se comprueba que la extracción de la suma de \$ 1.000.- se realiza en el mismo día a las 22:54:22.- Que dicha extracción se concreta en el cajero de la entidad financiera con domicilio en Irigoyen 771 de esta ciudad y el Banco de la Pampa se encuentra en Avda. Roca 1331, de público conocimiento corta distancia, donde quedó retenida la tarjeta por lo que, afirma el iudex a quo que en tan escasos segundos es difícil entender que retenida en una se haya podido utilizar en otra.- Agrega también que ese escaso tiempo computado en segundos desde que se recibe la denuncia hasta que se produce la extracción, la entidad bancaria no pudo tampoco actuar ante la irregularidad cometida.- Por todo ello, agrega, no existe elemento de juicio que indique que se obró indebidamente ni se cuenta con elementos de juicio que indiquen quién sustrajo la suma en cuestión, ni que lo hubiere hecho un tercero sin autorización del titular de la tarjeta.- Impone costas a la actora.-

Por mi parte considero que la sentencia tiene que ser revocada y en primer lugar me he de referir a pruebas aportadas que tienen suma importancia para llegar a esa conclusión.-

Es así que el principal fundamento de la hora a que me he referido mas arriba tal como la ha apreciado el iudex a quo es equivocado.- No es verdad que entre la hora de la recepción del llamado telefónico y la extracción de los fondos hubiesen transcurrido escasos segundos.- Una simple operación matemática nos indica que entre una y otra transcurrieron 7 (siete) minutos y 06 (seis) segundos, tiempo más que suficiente para quién o quienes extrajeron la tarjeta retenida mediante maniobras delictuosas, tan

publicitada por las noticias periodísticas y radiales, de público conocimiento, pudieran recorrer la escasa distancia entre ambos bancos - 50 mts. o menos - y retirar los fondos pertenecientes a la actora.-

Ese argumento deja sin ningún basamento las dudas expuestas en la sentencia de Primera Instancia y que constituye, básicamente el fundamento del rechazo de la demanda.-

Pero además corresponde destacar la existencia de irregularidades en los servicios la Institución bancaria, precisamente en esos momentos de ese mismo día, tal como resulta del informe de fs. 41 y vta. emanados del propio Banco demandado, así en el punto 4) se señala que en los cajeros de esa sucursal (68 y 111) ese mismo día 27.01.05 entre las 22:47:53 horas y las 22:48:24 se registra una caída temporal del sistema.- Y en el punto 5) informa: " Que por problemas técnicos que desconocemos, la video grabadora el sistema de CCTV no filmó el movimiento de personas en el lobby de los cajeros automáticos de la filial.-"

Todo ello señala sin lugar a dudas que el Banco demandado ha demostrado que su sistema informático falló y por lo tanto resultó incumplidor de sus obligaciones legales y administrativas de modo que, como conclusión, no puede imputarse a la conducta de la actora la carencia de causa para demandar como lo dice la sentencia de primer grado, y a conformar causa eficiente para la concreción de la sustracción que pretende recuperar, ya que terceros delincuentes, dispusieron de la posibilidad de extraer la tarjeta de crédito del Banco demandado y violar el sistema informático del mismo retirando los fondos depositados en su Caja de Ahorro.-

En relación al punto 5º el informe de fs. 41 y vta. no puedo menos que destacar la importancia que le ha dado a lo que se ha dicho en el mismo y respecto a lo que, la jurisprudencia ha expresado: "se verifica en este proceso otro hecho de singular importancia para la suerte del recurso. Estoy refiriéndome a la falta de filmaciones del cajero, lo que se vincula tanto a la omisión de una prueba eficaz de descargo como a un incumplimiento obligacional del prestador en cuanto a la seguridad del servicio personal.- Sin dejar de recordar el interesante artículo del experto en comercio electrónico para el gobierno de Luxemburgo, James A. Graham-Alcantara, Hacia una obligación de resultado en materia de seguridad de redes Id.VLEX-WA185, en cuyo capítulo " La responsabilidad por causa de cryptografía insuficiente", en el cual se encarga de demostrar que no es imposible per se de adivinar un código PIN basandose en los sistemas de probabilidad, lo que "se traduce a nivel legal por una inversión de la

carga de la prueba. Si hasta hoy, el titular tuvo que probar que no fue él - probatio diabólica -, ahora, es la banca quien tiene que probar que su sistema es inviolable" (fragilidad en el sistema, agrego ha determinado que desde la fecha del hecho en debate se ha añadido como otro recaudo identificador de acceso por algunos bancos ya sea la digitalización de otra clave alfabética o la selección en pantalla de cifras aleatorias del Documento personal; en tanto en el ámbito comunitario europeo se avanza en la incorporación de sistemas de autenticación de datos basados en la biometría -ver Marilina Rico Carrillo Revista de Contratación electrónica Num. 3 marzo 2000 Id. VLEX-KI223 y La contratación bancaria 2007 Adolfo Sequeira Martín/Enrique Gadea Soler/Fernando Sacristan Bergía en trabajo "Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de débito y de crédito- apartado El cajero automático" Id. VLEX-RXCI117-) y el voto del Dr. Vasallo in re "Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires" del 15/05/2008 (CNCom Sala D LA LEY 2008-D, 422) en el cual luego de señalar que "Es posible que en nuestro país exista cierta ignorancia o, cuanto menos, una insuficiente conciencia masiva sobre la trascendencia que, en nuestra adolescente sociedad digital, tiene tanto la firma electrónica como la digital. Se trata, a mi juicio, de un cambio cultural que como tal, requiera de un tiempo mayor en tanto exige adoptar o cuanto luego consolidar, conductas que hasta el inicio de esta "era digital" eran inimaginables. Se trata de un hecho de la realidad que debe servir al Juez para analizar de forma más certera la conducta de las partes en litigio. Pero también esta verdad sociológica debe ser atendida por el empresario que ofrece un servicio ejecutable por medios informáticos, a fin de evaluar las medidas de seguridad que debe implementar frente a los concretos riesgos, tanto técnicos cuanto culturales, que la comunicación remota pudiera generar", responsabilizó al Banco pese a tener por comprobada la divulgación de la clave, ya que" al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo, brindarle igual seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente", entiendo se verifica en este proceso otro hecho de singular importancia para la suerte, adelanto, favorable del recurso. Estoy refiriéndome a la falta de filmaciones del cajero, lo que se vincula tanto a la omisión de una prueba eficaz de descargo como a un incumplimiento obligacional del prestador en cuanto a la seguridad del servicio: según contestación del oficio de fs. 12/13 IPP fechada el 14/11/2001 "atento a un error involuntario del policía adicional que cumple funciones dentro del Bunker de la filial, que dejó la imagen fija en una cámara interna de grabación, no fueron grabadas las operaciones efectuadas en dicho cajero durante los

días 15 y 16 de septiembre de 2001".- Giselle Correa en Derecho bancario/4 Nova Tesis "Tarjetas de débito y de crédito" p. 95 expone: " Usuario y Banco estan en una situación muy diferente respecto de la prueba, puesto que el proveedor tiene -o debe tener, y si o lo hizo es su responsabilidad- el registro fílmico de las operaciones que se efectúan. Imaginemos el supuesto de hurto de la tarjeta de débito, y posterior uso por quien no es su verdadero titular. A través de la secuencia fotografica se puede advertir si la figura de la persona que realiza la extracción coincide o no con la del titular, en la fecha, hora y lugar en el cajero donde ocurrió el hecho.El mismo razonamiento puede utilizarse para el caso de operaciones realizadas por el titular bajo coacción de un tercero. Recordemos que en todos los casos las operaciones deben ser filmadas las 24 horas, siendo la Comunicación A 2985 BCRA (14/9/1999) la que establece que los sistemas de video camaras de seguridad deben instalarse en todos los cajeros automáticos del país" Celia Weingarten ("Responsabilidad de las empresas de seguridad" Ed. Rubinzal-Culzoni p. 106/7) como medidas de seguridad en cajeros automáticos indica que deben "poseer un sistema de circuito cerrado de televisión y grabación de imagenes que permita identificar fehacientemente a quienes se aproximen y opere la maquina- imagenes en movimiento o detenidas- Debe preverse el registro de no menos de tres imagenes cada vez que se realice una operación. La grabación se efectuará en forma permanente y debe mantenerse "por no menos de sesenta días corridos" y Conexión de alarmas a distancia con la dependencia de seguridad o policial correspondiente. Actualmente una gran cantidad de cajeros automaticos no cumplen con la seguridad dispuesta, exponiendo a riesgos al usuario, a la vez que complica la investigación de los hechos delictivos y dificulta los procesos judiciales al no disponer de los elementos probatorios necesarios", señalando en nota que la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) relevando el servicio en la ciudad de Bs. As. comprobó que el 42,29% no cumplían las medidas mínimas de seguridad establecidas por la Comunicación A 2985 BCRA. Así fue recogido por nota en diario La Nación del martes 16 de enero de 2001 "No es seguro el 40% de los cajeros" Según Ausbanc, las deficiencias mas comunes tienen que ver con la ausencia de cámaras filmadoras. La normativa del BCRA hace foco, especialmente, en la necesidad de contar con cámaras filmadoras que funcionen sin interrupción durante las 24 horas.Se considera que este requerimiento no se respeta cuando los bancos carecen de dispositivos para registrar las imagenes o cuando las cámaras estan ubicadas en posiciones que pueden permitir la obstrucción deliberada de la filmación. La Comunicación "A" 2985 BCRA - 14/9/99 - Ref.: Circular RUNOR 1 - 358. Capítulo

XXI. Medidas Mínimas de Seguridad en Entidades Financieras, dispone que todos los cajeros " Deben contar con un dispositivo que permita registrar imágenes de acuerdo a lo descrito en el punto 2.10.1. inciso e." Este establece:" Cajeros automáticos en la sede de la entidad con funcionamiento las 24 horas (punto 5.1.3.2.) y en los ubicados dentro del salón con funcionamiento sujeto al horario de atención al público (punto 5.1.3.1.), para identificar fehacientemente a quienes se aproximen y operen la maquina; para ello, deberán arbitrarse los medios para que exista una adecuada relación entre la lente y la distancia focal al objetivo a fin de obtener detalles suficientes, conforme a lo requerido. La cámara debe disimularse o ubicarse de forma tal que sea difícil el acceso por parte de terceros. Puede instalarse un dispositivo que encienda la cámara y grabe imágenes en movimiento o detenidas (fotografías), ante cualquier operación, con indicación permanente de fecha y hora. Debe preverse el registro de no menos de tres imágenes cada vez que se realice una operación. La grabación se efectúa en forma permanente, según horario de funcionamiento, y su soporte de imágenes debe situarse en un lugar remoto, fuera del cajero automático." "Esa filmación podría haber acreditado, por hipótesis, que no hubo ninguna utilización por parte de terceros de mecanismos aptos para retenerle al actor su tarjeta dentro del cajero automático, con posterior apropiación indebida de ella." (del voto del Dr. Heredia en el fallo Zappettini citado).- En razón de ello la CApel Civ. Com.y de Garantías en lo penal de Zarate-Campana el 9 de octubre de 2008 en la causa "Molle Bavio, Gustavo Alberto y otra c. La Banca Nazionale del Lavoro y otro" en La Ley Online, a través del voto del Dr. Balmaceda revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar a la condena a reintegrar la suma extraída de la cuenta de un cliente con una tarjeta que fue retenida por un cajero automático, pues, la entidad incurrió en una conducta omisiva disvaliosa conforme a lo dispuesto por los arts. 4 y 37 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), por cuanto desde la fecha en que tomó conocimiento de la retención del plástico referido, debió resguardar las filmaciones y arbitrar las medidas que hubieran permitido apoyar las aducidas extracciones dinerarias o en su defecto, desvirtuar las afirmaciones de los actores y hasta facilitar la detección de un posible hecho delictivo. Allí se dijo: "Para resolver el presente recurso, ha de tenerse en cuenta que la ley de defensa del consumidor 24.240, constituye un sistema específico de protección jurídica que actúa ante situaciones de desequilibrio entre las partes en conflicto amparando así a quienes ocupan los planos inferiores de la relación. Sus normas vienen a extender las pautas de buena fe que deben regir las relaciones contractuales (art. 1198 C.C.) y de abuso de

derecho (art. 1071 C.C.), así en apoyo de esta postura la SCBA en Acuerdo 79187/2003 ha expresado que "Las pautas de la buena fe que contiene el art.1198 del Código Civil se agudizan cuando el negocio cae bajo la protección de las normas de defensa del consumidor. Por ello, si bien en el proceso sumarísimo que regula la aplicación de esta ley se mantiene el principio de la carga de la prueba; la carga dinámica de la misma resulta apropiada, llevando al plano de la obligación al empresario quien debe cooperar en la tarea de dar claridad a los hechos ya que esta en mejores condiciones de probar circunstancias que estan dentro del dominio de sus actividades. Este principio es contemplado por el artículo 53 de la ley 24.240 (sustituído por el art. 26 de la ley 26.361), cuando expresa: Los proveedores deberán 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. Entiendo que esta dinámica se apoya en la obligación del proveedor de servicios, de brindar la prueba que conforman los elementos que se encuentran en su poder; obligación que se encuadra dentro del espíritu de la protección de los derechos del consumidor y permiten al sentenciante, contar con un mejor panorama probatorio para la decisión que debe tomar.Ha de entenderse que las entidades bancarias al encontrarse en una posición ventajosa frente al usuario -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..... habiéndose resuelto que "la responsabilidad objetiva por fallos del sistema (en sentido integral no solo informático, agregó) debe ser asumida por quien lo implanta y no por quien lo utiliza, incluso cuando la operación se de a través de mecanismos electrónicos que no están bajo el control directo y exclusivo del emisor, es decir cuando el cajero sea de otro banco, pero asociado al sistema (conf. Nieto Carol U. Contratos bancarios y parabancarios, Editorial Lex Nova Valladolid, 1998, ps. 883/884; Sequeira A., Gadea E. y Sacristan F. La Contratación bancaria Dykinson Madrid 2007 p. 472/473). Tales conclusiones son perfectamente aplicables en nuestro derecho (conf. Vazquez Ferreyra R.Cajeros automáticos y defensa del consumidor JA 1997-I-791). (Barni Mauricio Oscar c/ Banco Río de la Plata S.A. y otro s/ daños y perjuicios por enriquecimiento - Tribunal: Camara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín Fecha: 15-oct-2009 - Cita: MJ-JU-M-50688-AR | MJJ50688 | MJJ50688).

Por ello es que podemos afirmar que por aplicación del principio general emanado del art. 1198 del Código Civil resulta evidente que el deber de seguridad reconocido por el

Art. 42 de la Cons. Nac. y normado por el Art. 5 de la Ley 24.240, aquella obligación por la cual el prestador del servicio se compromete a no causarle daños al usuario con motivo de la prestación del mismo y que por ende la eximente de responsabilidad planteada por la entidad bancaria no resulta aplicable al presente caso, ya que el prestador de servicio tiene a su cargo la obligación de garantizar a los usuarios que a raíz de la prestación del mismo no sufrirán daños en sus bienes, maxime que se ha producido dentro de cajero automático ubicado en la propia sede de la entidad bancaria, es decir, que el citado deber no ha sido cumplido.-

La sentencia se equivoca cuando descarta la falta de responsabilidad de la Entidad Bancaria por el daño producido fundado en el accionar del denunciante, quien ante el inconveniente surgido en el cajero automático, se vio sorprendido en su buena fe, debiéndose tener en cuenta que el art. 5 de la ley 24.240, cumple también un rol de "tutela preventiva" del usuario, aún en el campo de la responsabilidad civil.- Señalo que la entidad bancaria no puede eximirse de responsabilidad alegando que el propio denunciante brindo la clave de seguridad a efectos de retiro de fondos, ya que, en el caso, la denunciante fué víctima de circunstancias fácticas que la sorprendió en su buena fe, tal como podría haber sido víctima de una coacción, ya que las condiciones de inseguridad hubiesen permitido lo uno como lo otro, y es lo que precisamente se reprocha a la denunciada.-

Asimismo resulta vulnerado el art. 19 de la Ley 24.240, que establece "Quienes presten servicios de cualquier naturaleza, estan obligados a respetar los términos, condiciones, modalidades, y reservas, y demas circunstancias conforme a los cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.-", porque la entidad bancaria no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, ya que no ha tomado las diligencias mínimas y elementales de seguridad a efectos preventivos y protectorios del usuario bancario, teniendo en cuenta que la denunciada conocía o debía conocer el accionar de audaces delincuentes en sedes bancarias por ser ello de pública notoriedad.-

Pero no solo cabe aplicar al caso, el régimen de la ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, art. 40 (Farina Juan, "Defensa del consumidor y del usuario", página 103; Trigo Represas F. y Lopez Mesa M., "Tratado de la Responsabilidad Civil" T IV, p. 428; Stiglitz R., "Defensa del consumidor, los servicios bancarios y financieros", LL 1998-C, sección doctrina; Mosset Iturraspe, "El cliente de una entidad financiera -de un Banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240", JA 1999-I, p. 84; entre otros - ver fallo que cito mas abajo), sino también las normas del Código Civil contenidas en el art. 1113

(ya que mediante una específica maniobra los delincuentes logran hacerse de fondos de terceros que así resultan defraudados).- Ello porque se ha considerado los sistemas informáticos como una cosa riesgosa, asimilándolos al concepto de cosa (art. 2311 del CCiv.), asignando así al Banco responsabilidad objetiva por el daño causado al habersele sustraído los fondos de sus cuentas bancarias.- (la ley de defensa del consumidor regula lo que la propia Constitución Nacional denomina "relación de consumo" (CN 42), y sus disposiciones afectan no sólo normas de derecho civil, sino también comercial, procesal, administrativo, penal, etc., "para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente" (Kemelmajer de Carlucci - Tavano de Aredes, "La protección del consumidor en el derecho privado", Derecho del Consumidor 1991, No.1 pagina 11, citado por Farina, obra citada, página 13 - del siguiente fallo).

La jurisprudencia ha expresado que " Se considera como cosa riesgosa al sistema informático que permite concertar negocios y obtener servicios bancarios en forma remota, ya que tal sistema es un conjunto de elementos materiales (hardware: servidores, cableado de datos y electricidad, cajeros automáticos, tarjetas magnéticas, etc.) que califican como cosa aún desde una interpretación restrictiva de tal concepto.- La calidad de cosa riesgosa debe ser analizada en cada oportunidad, así podría sostenerse que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa. El riesgo se evidencia tanto para el usuario como para el Banco quien, por las propias características de su actividad, esta expuesto a eventuales ataques de terceros....- (Beniauskas Carlos C/ Banco De La Ciudad De Buenos Aires S/ Ordinario. (LL 1.9.08 F. 112809 Y ED 27.10.08 F. 55572). - Ref. Norm.: C.C.: 1113. L. 24240: 40. Comunicación "A" 3682 del Banco Central. Comunicación "A" 4272 Del Banco Central. C.C.: 902. - Nº Sent. Nº 32242/04. - Fecha: 15/05/2008).-

Entiendo, como se indica en el fallo que cito, que si bien en el art. 1113 se hace expresa mención sobre las causas de eximición: culpa de la víctima o la intervención de un tercero, ello no puede invocarse en el caso.- ".....La doctrina ha señalado que la "culpa de la víctima" debe reunir sustancialmente los alcances previstos por el artículo 1111 del código civil. Así la intervención de la víctima, tratarse de una conducta voluntaria o involuntaria, debe ser causa adecuada del daño, amén de ser cierto y no imputable al demandado (Cifuentes Santos, Código Civil, Comentado y Anotado, T. I, pagina 880). En tal caso el protagonismo de la víctima interrumpe la cadena de causalidad que

llevaría a imputar al Banco responsabilidad sobre el hecho en estudio. La Corte Suprema de Justicia ha sido mas estricta en este punto. Ha sostenido que para que sea aplicable la excepción a la regla del artículo 1113 apoyada en la conducta de la víctima, debe acreditarse que la culpa de esta debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (CSJN, 11.5.1993, Fernandez, Alba O. c/ Ballejo, Julio A.y otra, LL 1993-E, 472)....." .-

Pues bien.- En el presente caso no ha sido probado que la actuación de la actora hubiera tenido la entidad para eximir al Banco de su responsabilidad porque el desarrollo de los hechos tal como han sido receptados en la misma sentencia nos demuestra que la misma no incurrió en delito por la sola circunstancia de insertar la tarjeta y colocar su Pin con la consecuencia que por los vicios propios del cajero automático del Banco, no se interrumpió el proceso respectivo y se imposibilitó la extracción de aquella, con la secuela ya conocida.-

Es lo que ha sucedido en el presente caso, tal como ya lo he expresado mas arriba.-

Con respecto al hecho de tercero, es aplicable lo que dicho fallo expresa: ".....El artículo 1113 del código civil exime al dueño o guardian de la cosa cuando el daño se produjo de modo excluyente por el hecho de "un tercero por quien no debe responder". El artículo 40 de la ley 24.240, prevé una causal que describe mas genéricamente. Dicha norma predica que "solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". En ambos casos es requerido que el hecho de un tercero no sea imputable al aquí demandado. Y dentro de este concepto, algunos autores requieren que el hecho del tercero sea inevitable e irresistible; aunque para otra doctrina basta que "el hecho no sea imputable a la acción u omisión del demandado." (Pizarro Ramón D., "Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa", T.I, página 276). En cualquiera de ambos casos, el hecho de estos terceros (quienes violaron el sistema informático bancario), carece de aptitud para liberar al Banco de su responsabilidad. El robo o hurto de un local bancario, hipótesis que se extiende a un cajero automático que no es mas que otra ventanilla -en este caso electrónica-, es un hecho previsible y por tanto objeto de resguardos por el Banco. Como se ha dicho, la normativa del Banco Central de la República Argentina no solo brinda instrucciones a los Bancos en materia de seguridad en sus locales sino también en lo relativo a las transacciones electrónicas. Específicamente, como se ha dicho, las comunicaciones A 3682 y A 4272 preveen específicas reglas en punto a la seguridad de las operaciones realizadas por medio de cajeros automaticos. Así mal puede sostenerse que este hecho no pudiera ser previsto

por el Banco. En rigor debía ser objeto de particular atención por la entidad bancaria en orden a ofrecer a sus clientes la suficiente seguridad para evitar los previsibles y reiterados, como se ha visto, ataques de delincuentes. Agresiones que podían concretarse mediante ataques físicos como electrónicos. Al no hacerlo, o fallar en el intento, el hecho de estos terceros no permiten eximir al Banco de su clara responsabilidad."-

Es por todo ello que propongo revocar el fallo de Primera Instancia y hacer lugar a la devolución a la actora de la suma de Un mil pesos (\$ 1.000.-) con mas sus intereses a tasa mix desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.-

También reclama la actora daño moral por el hecho ocurrido.-

En primer lugar corresponde tratar el rubro dentro del ambito contractual y en lo que a ello se refiere "se trata de un tema que ha suscitado profundas divergencias entre quienes lo han abordado, dos tesis: por un lado, se encuentran quienes entienden que la obedece a una sanción ejemplar que se impone al que ha causado un daño, en cuyo caso, prima el analisis de la conducta del deudor, llegando diferenciarse entre la culpa y el dolo (conf., C.N.Civ, Sala A, "M. Vda. de B. c/O, M.", del 18.12.1980; C.N.Especial Civil y Com., Sala III, en autos, "Farre de Coleman, Graciela c/ Gonzalez Oscar", del 17.11.1978).-

De otro lado, se le otorga al daño moral el caracter de resarcitorio, supuesto en el que adquiere relevancia la conducta del incumplidor y el perjuicio sufrido. Es decir, cuando se trata de dilucidar la del daño moral, el analisis debe centrarse en la persona del no culpable a fin de evaluar las consecuencias que sobre el ánimo del mismo produjo el incumplimiento (conf., C.N.Civ., Sala F, en autos, "Rodríguez Evaristo c/ Johnson y Sonde Argentina S.A.I.C. y otra s/ daños y perjuicios", del 22.9.1979; C.N. Especial Civil y Com., Sala V., en autos, "Gradailla de Hernandez J. c/ Micromínibus Ciudad de Buenos Aires", del 30.6.1980; C.N.Civ., Sala C , en autos "Ferraudi Carlos c/ Club Circulo de Oficiales de Mar y otro", del 29.12.1980; C.N.Civ., Sala F, en autos, "Rodríguez Alberto c/ Agrupación Médica Argentina", del 24.3.1980). Principio, sin lugar a dudas, de la doctrina mayoritaria, que da caracter resarcitorio de la indemnización del daño moral (conf., Planiol-Ripert, "Traiti Elementaire de Droit Civil", t. II, pag. 328; Busso, "Código Civil Anotado", t. III, pag. 414; Borda, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T. I, pag. 190; Orgaz, "El daño resarcible", Pag. 220 y sgtes.; Mosset Iturraspe "Reparación del Daño Moral", J.A., 20-295; en igual sentido, esta Sala, en autos, "Desbouts, Axel Washington y otro c/ Chase Manhattan Bank N.A.

s/ sumario", del 3.3.1995). A ello, cabe agregar que cuando el daño moral tiene un origen contractual (art. 522, Cód.Civil), debe considerarse con rigor, y por tanto, es a cargo de quién lo reclama su prueba concreta, no bastando la del incumplimiento a las obligaciones contraídas, que conlleva al resultado del pleito, y no al contenido conceptual del daño moral (conf., esta Sala, en autos, "Machuca Centurión F. c/ Omega Cia. Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", del 29.9.1994; en igual sentido, "Belmonte Juan M. c/ La Vendimia S.A.", del 20.7.1995). Sobre este mismo particular, se ha sostenido que en materia contractual, se debe afinar el análisis para resolver acerca de la procedencia de este rubro. Se ha resuelto incluso que, en principio, no es resarcible, ya que por estar constituido por cualquier lesión a los sentimientos o por los sufrimientos o dolor que alguien padece, por su propia naturaleza solo excepcionalmente se ocasiona en el ámbito contractual, pues lo que ordinariamente resulta afectado es nada más que el interés económico (conf., C.N.Com, Sala B, en autos, "Sacco Jorge c/ La Agrícola Cía. de Seguros S.A.", del 30.7.1979). el daño moral es el menoscabo a intereses no patrimoniales por el evento dañoso (Zanoni, "El daño en la responsabilidad civil", pag. 231, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982),") (Fridman, Jacobo c/Banco Mercantil Argentino S.A.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala/Juzgado: A - Fecha: 15-nov-2000 - MJ-JU-M-6979-AR | MJJ6979 | MJJ6979).-

En el caso de autos la actora no ha aportado ninguna prueba en relación con este rubro manifestando solo en la demanda que ".. La entidad financiera ha colocado a la actora en una situación de carencia totalutilizados para solventar una vida digna.. ingresos que ayudaban a sobrellevar una vida digna..." denuncia un estado de aflicción que debió soportar .." .-

Del detalle que resulta de la copia de la cuenta corriente de la actora obrante a fs. 89 resulta que se trata de una persona de no muchos ingresos, propios de su trabajo como podóloga.- Por esas mismas circunstancias considero que los hechos analizados fueron capaces de generar una alteración afectiva que no significa un quebranto cualquiera, sino uno que corresponde a un interés espiritual objetivamente reconocible y jurídicamente valioso, consistente en una alteración del *modus vivendi*, que genera preocupación, con las consiguientes repercusiones espirituales negativas; es por ello que considero evidente que la sorpresiva desaparición de sus ahorros de una cuenta bancaria genera suficientes aflicciones a su titular como para generar un daño moral, máxime que la demandada optó por una actitud negativa de los reclamos que se le efectuara y que

debió acudir a la vía jurisdiccional a los fines del reconocimiento de su derecho.-

Ello justifica, a mi juicio, la necesidad de una condena por el rubro daño moral y propongo se condene a la demandada al pago de la suma solicitada de cuatro mil pesos (\$ 4.000.-) con más los intereses a tasa mix desde el momento del hecho hasta la fecha de efectivo pago.-

Así también lo propicio al Acuerdo.-

En consecuencia requiero también se aplique en ambas instancias las costas al Banco de la Pampa S.E.M. en su calidad de vencida (art. 68 CPCC..-)-

Por ende corresponde revocar la sentencia de Primera Instancia y condenar a la demandada Banco de La Pampa S.E.M. a pagar a la actora Aurora Margarita Gomenzoro la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.-) con más los intereses indicados en los considerandos, con costas.-

Y regular en Primera Instancia los honorarios de la Dra. Karina Sara Sabbag en \$ 750.-, al Dr. Gustavo Torres, en \$ 60.- al Dr. Erasmo Nahuel \$ 250.-, al Dr. Luis Gustavo Arias \$ 700.- y a la Dra. María Silvina Zubeldía \$ 200.-.-

Y en la Alzada regular los honorarios de la Dra. Karina Sara Sabbag en \$ 320.- y los del Dr. Luis Gustavo Arias en \$ 270.-.- Todo ello de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 6bis, 7, 9, 14, 19, 38 y ccs. de la ley 2212 legal de conformidad a la labor realizada por dichos profesionales de acuerdo a la naturaleza y complejidad de la cuestión planteada, etapas cumplidas y el mérito de aquella atendiendo a su calidad, extensión y eficacia de los trabajos efectuados.- ASI VOTO.-

EL SR.JUEZ DR.OSCAR H.GORBARAN, DIJO: Que por razones análogas a las aducidas por el Dr.JOSE J.JOISON, que sufraga en primer orden, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR.JUEZ DR.JORGE O.GIMENEZ, DIJO: Que se abstiene de emitir su opinión, por considerarlo innecesario (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

R E S U E L V E: 1) Revocar la sentencia de Primera Instancia y condenar a la demandada Banco de La Pampa S.E.M. a pagar a la actora Aurora Margarita Gomenzoro la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.-) con más los intereses indicados en los considerandos, con costas.- 2) Regular en Primera Instancia los honorarios de la Dra. Karina Sara SABBAG en \$ 750.-, al Dr. Gustavo TORRES, en \$ 60.- al Dr. Erasmo NAHUEL \$ 250.-, al Dr. Luis Gustavo ARIAS \$ 700.- y a la Dra. María Silvina

ZUBELDIA \$ 200.-.- 3) Regular en la Alzada los honorarios de la Dra. Karina Sara SABBAG en \$ 320.- y los del Dr. Luis Gustavo ARIAS en \$ 270.-.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Dr. José J. JOISON Dr. Oscar H. GORBARAN

Vocal Vocal

Dr. Jorge O. GIMENEZ

Presidente

(EN ABSTENCION)

Ante mi:

Dra. Virginia BARRESI de PESCE

Secretaria