000876/2023

Comodoro Rivadavia, ocho de marzo de 2024.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"C. C. T. I. V. A. LTDA. c/ B. D. C. S.A. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte N° 876/2023,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de Sarmiento (Expte. N° 137/2023).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la demandada (ID 1299136), recurso de apelación contra la resolución dictada el 08/11/2023 que resolvió: 1) hacer lugar a la pretensión cautelar, ordenando al B. del C. S.A. integre de inmediato la suma de pesos cuarenta y seis millones trescientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos setenta y cinco ($46.349.475) en la cuenta corriente Nº x. de la sucursal R. M. perteneciente a la entidad cooperativa actora.

El juez de grado expresó que la obligación de seguridad impone a los bancos y entidades financieras a ponderar los riesgos previsibles relacionados al "phishing" y otro tipo de fraudes a que los contornos informáticos están expuestos, debiendo prestar atención al funcionamiento de las cuentas con la finalidad de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas (Com. "A" X. B.) y desplegando conductas preventivas, detectando y disparando acciones de comunicación con sus clientes.

Consideró que estas acciones no fueron desarrolladas en el presente caso, que resultan de

aplicación los artículos 1092 y siguientes del nuevo digesto civil, por lo que el fumus bonis iuris aparece debidamente conformado.

Respecto del peligro en la demora lo juzgó conformado en la estridencia de la necesidad de los empleados y proveedores de un servicio público como el que prestan las cooperativas en nuestra provincia y el amparo constitucional que ellas han merecido. Todo ello, con base normativa en el art. 234 del Código Procesal.

II.- La actora, C. C. T. I. V. A. Ltda., promovió medida cautelar de innovar en los términos del art. 234 del Código Procesal contra el B. del C. S.A., con el objeto de que se integren las sumas sustraídas de su cuenta corriente, más los intereses devengados desde la ocurrencia del hecho, más costas y costos del proceso generados por la conducta negligente y omisiva de la demandada.

Narró hechos, dijo ser cliente del Banco, sucursal R. M., titular de la cuenta corriente Nº X. y que al día 10/10/23 tenía depositada la suma de $46.508.312,01 y en horas de la tarde a partir de las 19:38 h se realizaron diez transferencias totalizando la suma de $44.999.475 y al día siguiente, 07:38 h una nueva transferencia por la suma de $1.350.000, lo que totalizó $46.349.475. Contó también que el mismo 11/10/23 en horas de la mañana ingresó a la cuenta la suma de $65.000.000, que fue sustraída en forma remota por montos cercanos a los $5.000.000 hasta alcanzar la suma de $64.749.959.

Relató que no existió ninguna alerta que le advirtiera lo que estaba sucediendo, realizándose las transacciones sin ninguna clase de traba, bloqueo o protección de la cuenta vulnerada.

Manifestó que el 12/10/23 remitió nota al Banco del Chubut mediante correo electrónico, y la complementó el 24/10/23, adjuntando información sobre denuncias penales ante el Ministerio Público Fiscal de Sarmiento, Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia y ante la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal.

Pidió al Banco se integren los valores sustraídos de su cuenta invocando la Ley Defensa del Consumidor, así como la normativa del Banco Central República Argentina (COM “A” X. y X.), y el Banco respondió el 30/10/23 que deberá estar a las resultas de la investigación en la cual se determinen los responsables y que se ven imposibilitados de reintegrar los valores sustraídos. Negaron la aplicación de la ley Defensa del Consumidor y la normativa emanada del BCRA.

Posteriormente le informaron que había sido víctima de una acción fraudulenta y que debía seguir su reclamo a través de la vía judicial con la denuncia penal.

Fundó la verosimilitud del derecho en el derecho que le asiste a disponer en dinero que confió y depositó en el Banco y que éste tiene la obligación de devolver lo depositado en el tiempo y forma que el cliente exige.

En cuanto al peligro en la demora, refiere a los daños provocados pues con el dinero depositado debía afrontar compromisos de pago en AFIP, pago de aportes y

contribuciones, haberes de empleados y pago a proveedores y prestadores de servicios que regularmente acompañan a la actora en su desenvolvimiento diario.

Concluyó que era y es obligación del Banco garantizar que mientras dure la prestación del servicio, el usuario debe estar seguro, es decir,

indemne en su persona y en su patrimonio, lo que aquí no ocurrió, puesto que las medidas de seguridad utilizadas por la demandada no resultaron eficaces para evitar las maniobras desplegadas por los ciber delincuentes, desatendiendo de ese modo, uno de los deberes que le impone su función de entidad financiera y su carácter de proveedora en una relación de consumo. Fundo en derecho, ofreció prueba y peticionó se admita la medida cautelar.

El 08/11/23 se hizo lugar a la medida cautelar peticionada, conforme los fundamentos expuestos precedentemente y notificada la demandada vía correo electrónico, interpuso el recurso de apelación aquí analizado.

En su líbelo recursivo (ID 1312605) se agravia la recurrente por considerar que se admitió la medida cautelar sin estar acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y con absoluta liviandad, arbitrariedad y carencia de todo fundamento fáctico y jurídico.

Considera no se analizó la documentación acompañada por la propia actora que demostraba su propia responsabilidad en el hecho y que pretende imputarle a su parte. El Banco dio cumplimiento a sus obligaciones, en especial la de seguridad.

La decisión del juez de considerar demostrados la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora es una declamación voluntarista y no de un razonamiento lógico.

Como primer agravio refiere a la falta de configuración de la verosimilitud del derecho, pues afirma que no es cierto que no hayan existido alertas de lo sucedido, y así lo demuestra la documentación que la propia actora acompañó. Por cada una de las operaciones de débito que se efectuaron los días 10 y 11 de la cuenta de la actora, se remitió un mail a la casilla de correo electrónico denunciada en el Banco del Chubut.

Alega que los presupuestos fácticos en los cuales el juez basó la resolución, carecen de todo fundamento y razonamiento válido y no se corresponden con las constancias de la causa.

Reitera que el Banco comunicó automáticamente todas las operaciones que se registraron en su cuenta, para que el cliente tome inmediato conocimiento de ellas y señala que las comunicaciones se produjeron por operaciones realizadas por canales electrónicos a través de acceso al mismo, por claves de seguridad que estaban en poder de la actora y del estudio contable A., tal como surge de la denuncia penal.

Destaca que la verosimilitud del derecho no es certeza de la ocurrencia del hecho mismo que genera la afectación, sino que refiere a la posibilidad cierta de que el derecho tenga una alta presunción de certeza.

Se interroga ¿que es lo que el Banco efectivamente no hizo para que la medida haya sido decretada?, y sostiene que el actor no imputó ningún incumplimiento directo al Banco, que solo se refirió en forma genérica a la falta de cumplimiento del deber de seguridad.

Entiende que la cita del magistrado de la circular 6879, trata de una cuestión totalmente distinta al que aquí se trata y se tergiversó la norma con el único objetivo de aplicarla a un caso disímil.

Agrega además, que de la denuncia penal efectuada por la parte actora, surge que el contador O. A. se ocupa de las transferencias y pagos digitales, y ello viola el estatuto de la Cooperativa, pues al tener firma conjunta Presidente y Tesorero, y no tener el contador cargo alguno ni vinculación con el Banco, se incumplió con el deber de preservar las claves personales e intransferibles.

Como segundo agravio cuestiona la falta de configuración del peligro en la demora, pues la propia actora reconoce que el Banco ofreció financiamiento para afrontar obligaciones de pago, por lo que no se puede sostener que existiera ninguna necesidad de empleados y proveedores, que no hubiera sido satisfecha. El sustento fáctico al que se hizo referencia para fundar este requisito no es cierto.

Sostiene que la accionante no ofreció prueba que acredite el peligro en la demora, pues refirió que no podría pagar sueldos o proveedores, pero no acompañó mínimamente listado de proveedores o deudas a pagar, se

limitó a hacer referencias sin ningún tipo de respaldo.

Concluye en que la medida cautelar debe ser revocada por no encontrarse configurados los requisitos para otorgarla, adunando que no se encuentran presentes los extremos para encuadrar la relación jurídica de las partes en el marco de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Corrido traslado de los agravios, no es contestado por la accionante.

III.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso y entrando al análisis de los agravios vertidos, cabe recordar que la medida cautelar solicitada tiene naturaleza excepcional y requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable ("XVIII Congreso de Derecho Procesal" Santa Fe 1995).

Es que, la excepcionalidad que implica la cautelar de innovar, dado la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta, configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere la demostración del perjuicio inminente e irreparable que se sufriría si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia.

El carácter restrictivo de la medida cautelar innovativa resulta más riguroso que ese mismo requisito en otras medidas cautelares, que deviene fundamentalmente de la coincidencia del objeto de la medida cautelar con la pretensión, por lo que se ha

dicho que, cuando la medida tiene una entidad tal que por sí sola se identifica y agota el objeto del proceso, obliga a ser sumamente restrictivo en el examen de sus presupuestos (E. Falcón: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T III, p 132 ap. a), en comentario al art. 230; Abeledo Perrot 2008).

Conforme los presupuestos apuntados, y sin que el presente tratamiento pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, corresponde analizar, si concurren los presupuestos imprescindibles para su admisibilidad.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, concierne hacer las siguientes precisiones. La accionante lo funda en que las medidas de seguridad adoptadas por el Banco no resultaron eficaces para evitar las maniobras de ciber delincuentes y en su derecho de disponer el dinero depositado en su cuenta.

Analizadas las constancias arrimadas a la causa, con la limitación propia que implica el marco cognoscitivo de todo pedido cautelar, no se advierte la existencia de elementos que tornen la versión de la actora lo suficientemente verosímil como para justificar el dictado de una medida que, tal como ha sido adelantado, debe ser apreciada restrictivamente.

En efecto, no surge que el Banco no hubiera adoptado medidas de seguridad, sino todo lo contrario, de la documental acompañada por la actora, surge que se advirtió mediante correo electrónico las operaciones que se estaban realizando.

En tal sentido se observa que el débito del dinero se efectuó a través de la aceptación de “debin”, que resulta un medio de pago que debita de la cuenta del

cliente –previa autorización- la suma requerida (Comunicación “A” 6099 BCRA).

Así, las sumas debitadas el 10/10/23 a la hora 18:43 fue comunicada 19:41, hora 18:51 a 20:01, hora 18:56 a 20:01, hora 18:56 a 20:02, 18:57 a 20:11, 18:57 a 20:09, 18:57 a 20:11, 18:57 a 20:14, 19 a 20:05 y la suma debitada el 11/11/23 07:38 se comunicó a la misma hora de ese día. Sobre el pie de página de cada uno de los correos se lee: “Servicio al cliente: Por consultas respecto del servicio de LINK ingresa en o comunícate al X. (Lunes a Sábados de 07 a 24 hs y Domingos de 09 a 24 hs). También podés encontrarnos en Facebook y Twitter en nuestros espacios Red Link)”.

Los extremos alegados en el escrito inicial (falta de medidas de seguridad), no se encuentran acreditados –de manera que exige el tipo de medida innovativa pretendida- en esta etapa inicial del proceso, ni tampoco resulta veraz el fundamento de la resolución respecto que no se dispararon acciones de comunicación del Banco.

Es que, si bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita, la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican y los jueces tienen el deber de apreciar con suma prudencia si se encuentran reunidos tales requisitos a fin de no causar un perjuicio innecesario a la contraria.

En casos como el analizado, se requiere la concurrencia de una dosis mayor de verosimilitud de la habitual; es decir de un fumus bonis iuris denso para que se despache favorablemente una precautoria. Luego de “C. A.”, se reclama una fuerte intensidad de apariencia de buen derecho en cabeza de la actora. Desde este precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los posteriores, igualmente, han exigido una intensidad de verosimilitud en la apariencia de buen derecho, mayor en la tutela anticipada (conf. Escolio sobre los “leading cases” cordobés y platenses en materia de la tutela anticipada, por Jorge W. Peyrano, en Nuevas Apostillas Procesales, Panamericana, Santa Fe, 2003, ps. 163 y ss.).

Un cuarto requisito en estas medidas, aparte de la verosimilitud del derecho con mayor grado de certeza, peligro en la demora y contracautela, de superlativa importancia a exigir es el consistente en acreditar de manera fehaciente la irreparabilidad del daño que podría llegar a causarse, en caso de que la medida cautelar innovativa no prosperare, extremo en el que quedó también huérfana la actora (CApel de Comodoro Rivadavia, Sala B, 18-12-2006, “T.F.E. c/ H.C S.A.).

En conclusión, de la documental acompañada por la accionante surge que, inmediatamente de autorizadas las transferencias “debin” por quien operaba vía internet la cuenta corriente de la actora, el Banco efectuó comunicaciones (X.), las que fueron ignoradas y reclamando al Banco recién dos días después, por lo que no existen elementos de juicio que acrediten la verosimilitud del derecho invocado, en este sentido.

Por otra parte, cabe aclarar que justamente una de las cuestiones a determinar en el proceso principal es la naturaleza y extensión del deber de seguridad, en el contrato de este tipo; por lo cual, el juzgamiento de este punto excede el de la cautelar analizada.

En base a estos argumentos, por no encontrarse reunidos los recaudos legalmente exigidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, corresponde admitir el recurso de apelación interpuesto mediante ID 1299136 y revocar la resolución dictada el 08/11/2023.

IV.- Las costas de esta instancia, por el principio objetivo de la derrota se imponen a la actora vencida (art. 69 del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta –a efectos de determinar los porcentuales previstos por los arts. 13 de la Ley XIII Nº 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, **RESUELVE**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Banco del Chubut SA mediante escrito ID 1299136 y revocar la resolución dictada el 08/11/2023.

2) Imponer las costas de esta instancia a la actora vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales del abogado G. A. S., C. A. y M. C., conjuntamente en el

cinco (5%) por ciento de los que les correspondan como definitivos en el proceso principal, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

2) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

SENTENCIA REGISTRADA BAJO EL Nº 80 AÑO 2024
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS