

## Prueba Anticipada Telefonía Celular Reclamo De Deuda Entidades Bancarias Estudio Jurídico Whatsapp Hostigamiento Virtual Accion Preventiva

### JURISPRUDENCIA

Prueba anticipada. Telefonía celular. Reclamo de deuda. Entidades

bancarias. Estudio jurídico. Whatsapp. Hostigamiento virtual. Acción preventiva Se revoca el pronunciamiento apelado y se ordena al Banco demandado a arbitrar los medios necesarios para abstenerse de formular reclamos telefónicos al cliente (por sí o a través de terceros) en relación con una deuda mantenida con motivo de un servicio de telefonía celular. Ello es así porque se probó prima facie que el actor recibía un sinnúmero de mensajes molestos a su celular reclamándole una deuda que ya estaba siendo ventilada en una causa judicial. En tal sentido, se habilita -como prueba anticipada- la inspección ocular del teléfono con el objeto de constatar la correspondencia de los registros copiados con las existentes en aquel, con el propósito de aventar el ulterior ocultamiento, modificación, destrucción, alteración o pérdida en el objeto probatorio. Buenos Aires, 11 de diciembre de 2018. Y Vistos: 1. Viene apelada por el promotor la resolución de fs. 18/20 que denegó: (i) el pedido para constatar de modo anticipado la correspondencia de las impresiones de pantalla agregadas en fs. 3/12 con los mensajes de texto y ?whatsapp? existentes en su línea celular ? y (ii) la medida cautelar para que el Banco Santander Río SA cese de enviarle mensajes para reclamarle el cobro de cierto crédito, cuya ocurrencia y particularidades estarían siendo ventiladas en sendas actuaciones caratuladas: ?Borgna, Pablo Sebastián c/Banco Santander Río SA s/sumarísimo? (Exptes. COM23297/2017 y COM24949/2017) donde se persigue el resarcimiento de daños y perjuicios, aplicación de la multa del art. 52bis LDC y la protección de datos personales. Se juzgó que siendo excepcional la medida anticipada, tanto la ausencia de mención específica de la acción futura a promover como la falta de idoneidad del medio requerido para acreditar la veracidad de los mensajes enviados, justificaban su rechazo. En relación al pedido cautelar, señaló la orfandad argumental en la acreditación de las exigencias rituales (CPr:195 y ss.) y la ajenez que ella aparejaría en su alcance puesto que los mensajes -según invocó- estarían siendo enviados por el estudio jurídico ?Palmero de Belizán & Asociados? y no desde el propio banco. 2. En la expresión de agravios de fs. 34/5 el actor insistió sobre la procedencia de ambas medidas. Explicó que era inferible la promoción de una acción por ?daño moral? de la redacción del escrito inaugural, en la cual había manifestado que estaba sufriendo un ?acoso sistemático?, recibiendo ?un sinnúmero de mensajes molestos? para reclamarle una deuda en su teléfono celular (?) y a sabiendas de las alternancias del juicio: ?Borgna, Pablo Sebastián c/Banco Santander Río SA s/ordinario? (Expte. 023297/2017)?. Concretamente, allí había invocado el art. 888 del Código Civil y Comercial (fs. 13) para prevenir que no realizaría nuevos pagos hasta tanto se acreditara en su cuenta bancaria el depósito de \$15.000 efectuado. Explicó que los mensajes de texto ingresan en la línea y se almacenan solo durante un tiempo, por lo cual es factible que a medida que entren nuevos mensajes se vayan borrando los viejos. A su vez, precisó que en la aplicación ?whatsapp? existía la posibilidad para el emisor de borrar el mensaje para todos los intervinientes en la conversación, circunstancias ambas que podrían dificultar la producción de la probanza requerida: la mera constatación jurisdiccional de los mensajes enviados por dichos soportes informáticos. De ahí que requirió que la medida se hiciera ?inaudita parte? sin la intervención de la demandada, para evitar la ocurrencia de tal posibilidad. Reconoció finalmente que los teléfonos celulares tenían alto grado de exposición en la vida diaria de las personas, de allí que no cabía descartar la posibilidad de su rotura, pérdida o robo. En torno a la medida cautelar, reparó en la obviedad de la relación de mandato entre el estudio jurídico designado para el cobro y a quien se sindicaba acreedor: el Banco Santander Río SA. Emplazó su derecho a oponerse a lo que consideró una impropia hostigación virtual, en el marco de los arts. 8bis y 40 LDC. Por último, consideró que la omisión en el grado de la petición esbozada de justicia gratuita (art. 53 LCQ) constituía una denegatoria de justicia que debía ser suplida en esta instancia. 3. La naturaleza de la prueba anticipada es de carácter conservatorio y su finalidad tuitiva en relación a una probanza que se considera trascendente para el proceso. De ahí que esa finalidad protectoria haga acercar los conceptos de prueba anticipada y medida cautelar (cfr. Arazi-Rojas, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2007, T° II, pág. 136). Aun cuando debe reconocerse que la enumeración legal no es taxativa, su producción procederá todas las veces que con ella no se cause agravio a la contraparte. Ello así, porque podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio. Así planteada la cuestión, dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características aparece verosímil la motivación del promotor sobre la necesidad de obtener la medida como la de la especie con el claro propósito de aventar el ulterior ocultamiento, modificación, destrucción, alteración o pérdida en el objeto probatorio (cfr. mutatis mutandi, esta Sala, 17/4/2012, ?Aguilar y Asociados SRL c/Native Software SRL s/ordinario?). Es que ciertamente, la imposibilidad o dificultad en la posterior producción probatoria que exige el art. 326

citado debe ser entendida en un sentido amplio (cfr. Di Iorio, Alfredo, Prueba anticipada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, p. 30); sobre todo en esta particular temática, donde la vulnerabilidad y fragilidad que los registros fílmicos e informáticos ofrecen, permiten presuponer el peligro en la demora, ya que pueden desaparecer o resultar afectados por algún virus (cfr. CNCiv., Sala J, 17/05/07, "Asociación de Beach Soccer Argentina c/Asociación del Fútbol Argentino", cita La Ley on line: AR/JUR/2852/2007, íd. CNCom. Sala E, 17/11/11, "Softmind Sistema SA c/Cardoso Cristian Hugo y otros s/diligencia preliminar?"). En suma, resulta conducente la disposición de medidas tendientes a asegurar la verdadera eficacia del proceso judicial, siempre procurando el mayor de los respetos a las garantías constitucionales en juego: el debido derecho de defensa y el aseguramiento del principio de bilateralidad. (esta Sala, 22/12/2016, mutatis mutandi, ?Cabrera, Cristian Angel c/ Wal-Mart Argentina SRL s/ordinario?, Expte. COM29012/2016). Por ello, se habilitará la inspección ocular del teléfono al que se le asignó la línea ? con el objeto de constatar la correspondencia de los registros copiados en fs. 3/12 con las existentes en aquél. La diligencia deberá cumplirse en una audiencia que se fijará al efecto en el Tribunal, con citación del Defensor Oficial. Este último, en razón del derecho de defensa previsto por el art. 327 del Cód. Procesal y para representar a la parte contra la que se lleva a cabo la medida, a la cual no podría serle notificada ya que su anticipación en el conocimiento podría posibilitar la alteración o modificación del objeto probatorio a adquirir (cfr. Falcón, Enrique M, Código Procesal Civil y Comercial, Ed. Abeledo Perrot, T°. I, p. 538, íd. esta Sala, 17/4/2012, "Aguilar y Asociados SRL c/Native Software SRL s/ordinario", Expte. COM38813/2011).

4. En torno a la medida cautelar requerida, cabe referenciar la importante reforma que trajo el Código Civil y Comercial en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710), consagratoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido. Las ?acciones preventivas? -en rigor, ?pretensiones preventivas?- de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales, podrán ser ejercidas de modo provisorio ó definitivo, principal ó accesorio; esto es a través de un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc. (conf. Bestani, Adriana, Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado, Garrido Cordobera, Lida M. R.-Borda, Alejandro- Alferillo, Pascual E., Bs. As., Astrea, 2015; íd. ?Acción Preventiva y omisión precautoria en el nuevo Código Civil y Comercial? en RCCyC 2015, Nov. 17/11/2015, RCyS2016-III, 26, LL on line AR/DOC/3881/2015; Meroi, Andrea A. ?Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños?, RCCyC 1026, 6/4/2016, 70, LL on line AR/DOC/956/2016; Peyrano, Jorge W. ?Procesos individuales de consumo: la acción preventiva en general y en el terreno consumeril? en Stiglitz, G-Hernández C, Tratado de Derecho del Consumidor, Bs. As. La Ley, t. IV p. 162; Arazi, Roland, Tutela Inhibitoria, en Rev. Dcho. Procesal, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008-2, p. 92). Se exige la acreditación de dos factores: (i) la antijuridicidad, entendida como la trasgresión al ordenamiento jurídico -en forma comisiva u omisiva- y, (ii) el interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 CCyCom.). Queda claro entonces, que se excluye la ponderación del factor de atribución de responsabilidad y la norma tampoco reclama, de modo indefectible, la concurrencia de la ?urgencia?. Aunque ausente de modo expreso, es de toda lógica que la prevención sea factible tanto material como jurídicamente (v. gr. que no esté consumada la acción o sea posible su cese y que se pueda aplicar la medida sin óbices normativos, i. e. eventual censura previa, arts. 14 y 32 CN). Concretando, si la pretensión preventiva no se postula de modo autónomo o principal -tal como aquí parece acontecer- y aun cuando se participara de una postura contraria al despacho de las medidas ?autosatisfactivas? no habría óbice para que pudiera canalizarse esta tutela legal mediante una amplia y generosa interpretación de los alcances de la ?prohibición de innovar?, la ?medida innovativa? y ?la medida cautelar genérica? o similar (conf. Camps, Carlos E, ?La pretensión preventiva de daños, RCCyC 2015, 17/8/2015, AR/DOC/2482/2015, nota al pie 18). Pero por sobre todas las cosas, debe sopesarse que dada la relevancia axiológica de la tutela no debiera ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo (conf. Zavala de Gonzalez, cit. por Vazquez Ferreyra, Roberto en ?La función preventiva de la responsabilidad civil?, L.L. 2015-C,726). Pues bien, yendo al caso concreto aparecen prima facie configurados en el caso aquellos recaudos que hacen merecedores al accionante de esta protección legal. Dicho lo anterior, en torno al grado de convicción exigible a estos efectos y sin desconocer las distintas apreciaciones que el asunto suscita en doctrina, estima esta Sala que, ante la falta de previsión normativa expresa, resulta asequible la probabilidad de la existencia del derecho afirmado en sostén de la petición. Vale aclarar que se tratará, lógicamente, de una cognición sumaria, provisional y sujeta a ulterior revisión en la respectiva sentencia de mérito. Con tal prevención, no puede pasarse por alto en el análisis que el Sr. Borgna ha invocado su carácter de consumidor frente a la accionada, lo cual le brinda un estándar protectorio de raíz constitucional (art. 42 CN). A más, la Ley de Defensa del Consumidor, consagra una acción preventiva en el art. 52 que no exige suerte alguna de ?peligro en la demora? sino la existencia de un daño al consumidor en ciernes que no necesariamente debe ser inminente (conf. Peyrano, Jorge. W, op. cit. p. 165/66). En este contexto y aun cuando no escapa la advertencia del grado en relación al probable emisor diverso del banco a

quien se demandará, no se aprecia óbice para que la orden sea impartida al banco, quien deberá arbitrar los medios necesarios -por sí o por terceros- para abstenerse de formular reclamos telefónicos al accionante con relación a la deuda de marras. Ello, desde el momento de su notificación y mientras dure el juicio que habrá de iniciarse.

5. Por último, la cuestión relativa al beneficio de justicia gratuita habrá de ser subsanada en esta sede (arg. art. 278 CPCC). El último apartado del art. 53 de la Ley n° 24.240 (T.O. por el art. 28 de la Ley n° 26.361) dispone que las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o un interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita; facultando a la parte demandada la acreditación de la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. Es doctrina reiterada de esta Sala, en lo que respecta a la cuestión sometida a debate, que el beneficio de justicia gratuita debe abordarse con sujeción a las tendencias actuales que apuntan a facilitar el reclamo de los consumidores y usuarios cuando se entable el vínculo jurídico que configura la relación de consumo (art. 3 LDC) ya que conviene a la efectiva vigencia de los derechos que tutela ese cuerpo legal. Desde esta conceptualización se ha propugnado la irrestricta gratuidad de los procesos que se inician en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, entendiéndoselo integrativo tanto del pago de impuestos y sellados de actuación -que concierne al acceso a la jurisdicción como de los demás gastos que genere la tramitación del proceso, tales las costas causídicas (cfr. esta Sala, 29/6/2010, "San Miguel Martín Héctor y otros c/Caja de Seguros SA s/ordinario", íd. 18/3/2010, "Maero Suparo Hernán Diego y otros c/Banco Francés SA s/ordinario"; íd. 9/11/10, "Roldán de Bonifacio Elizabeth Teresita c/Fiat Auto SA de Ahorro p/fines determinados y otros s/ordinario" íd., 11/11/2010, "Aparicio Myriam Susana y otros c/ Caja de Seguros SA s/ ordinario", íd. 22/3/11, "Manjón Pablo Angel c/Stampa Automotores SA s/beneficio de litigar sin gastos", entre muchos otros). Mas ello no implica eximir ni relevar al órgano jurisdiccional para expedirse respecto a quién resultó perdidoso o ganador en el pleito, dado que todo pronunciamiento jurisdiccional exige imposición de costas (conf. arts. 161 inc. 3 y art. 163 inc. 8 del CPCC), las cuales incluso deben fijarse aunque el vencedor no las requiera (conf. arg. art. 68 del CPCC, esta Sala, 25/9/2014, ?Zenobio, Marcela Alejandra s/pedido de quiebra por Delucchi Martín C.?). Es por ello que cualquier eventual distribución de las costas no invalidaría el análisis que ulteriormente pudiera efectuarse en torno a la inoponibilidad o eximición en su pago (v. esta Sala, mutatis mutandi, 3/12/2013, "Consumidores en Acción Asociación Civil c/Coviare SA s/beneficio de litigar sin gastos", íd. 30/3/17, ?Abdala, Belén y otros c/HSBC Bank Argentina SA s/sumarísimo?; 1/9/2016, ?Orozco Sergio Eugenio c/General Motors de Argentina SRL y otro s/sumarísimo?, Exp. COM35637/2011, especialmente el apartado 8°).

6. Corolario de todo lo expuesto, se resuelve: estimar la apelación y revocar el pronunciamiento de fs. 18/20 en los términos que surgen del decurso de la presente. Notifíquese al peticionante (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 17 (art. 109 RJN).

Florencia Estevarena      Secretaria de Cámara      Rafael F. Barreiro      Alejandra N. Tevez      María  
035503E