

Accion De Nulidad Prestamos Bancarios Defensa Del Consumidor Banco De La Provincia De Buenos Aires Vishing

JURISPRUDENCIA

La Plata, 27 de Agosto de 2020.- agv

De conformidad con la Res. 480/20 de la SCBA y cc: Tiénese presente el informe que antecede y hágase saber. Siendo ello así, deberá el peticionante remitir nuevamente la documentación indicada en forma legible (art. 34 inc. 5 del CPCC). Se recuerda que en los casos en los que se actúe por derecho propio y el patrocinado no cuente con certificados digitales, el escrito deberá ser firmado ológrafamente por el litigante en presencia de su abogado y que la posterior presentación en el sistema informático implica la declaración jurada del profesional de su cumplimiento, la asunción de las obligaciones propias del depositario y la veracidad de su contenido, debiendo acompañarse la presentación como archivo adjunto. Por otro lado, se hace saber que la solicitud o manifestación que efectúe el letrado patrocinante mediante escrito electrónico con su sola firma, implica, además de las obligaciones antedichas, el compromiso del profesional de contar con el pedimento o declaración de su cliente. La omisión de tales deberes conlleva a asumir la responsabilidad personal y profesional de lo requerido o expresado (doctr. art. 1 pto. b., b.3, b.5 y ccetes de la Res. 10/20 del Sr. Presidente de la S.C.B.A., arts. 9, 10 y ccetes. CCCN). En consecuencia, tiénese al peticionante por presentado y parte, por denunciado el domicilio real y por constituidos los domicilios procesales indicados (arts. 40, 41, 143 del CPCC). Notifíquese (art. 135 del CPCC). Agréguese y con los comprobantes adunados, dáse por cumplido con lo normado por las leyes 8.480 y 10.268. Hágase saber que de conformidad con la eximición dispuesta por la SCBA en la Res. 10/20 art. 3 ap. b.4, no le será requerida -por ahora- en soporte papel la documentación adjunta digitalmente al escrito en proveimiento designándose, en este acto, al presentante como depositario temporal de los mismos (arts. 11 de la Ley 25.506, 5 del Dec. 2628/2002, 1 y 2 de la Ley 13.666, 34 y 36 del CPCC y 4 de la Ac. 3886/18, eximido por res. 10/20 art. 3. ap. b.4 de la SCBA). AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: I.- En la especie, se presentó el Sr. Juan Alberto Pedernera -por derecho propio- e interpuso acción meramente declarativa de certeza contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires con el fin de que se declare la inexistencia o nulidad de los créditos otorgados a su nombre por la referida entidad bancaria. II.- Narró que su sobrino -Diego Omar Rivero- recibió una llamada telefónica el día 11 del corriente mes y año de quien dijo llamarse Pedro Ramón Salina, presentándose como gerente de un programa de sorteos organizado por la Petrolera Shell -que se difundía por televisión en el programa de Santiago del Moro- y comunicándole que había resultado beneficiario de la suma de \$250.000. Agregó que luego de averiguar acerca de la seguridad de la dinámica y ante la falta de tarjeta propia para el depósito del dinero, se realizó una reunión familiar en la que tanto la abuela como los tíos (entre los que se encontraría incluido el accionante) accedieron a intervenir en terminales de pago con sus tarjetas para evitar la pérdida del premio. Textualmente indicó que las instrucciones consistían en ?ir a un cajero, introducir tarjeta, ir a home banking, en ese momento el interlocutor le pasa un código al titular que opera el cajero con su tarjeta, se introduce ese número como clave y saca la tira y da el alta a un token, que se le debe informar al interlocutor?. Sobre esta base, afirmó que el miércoles 12 de agosto operó desde la terminal de cajero del Banco Provincia de la calle 3 esquina 520 de esta ciudad, observando posteriormente que las cuentas se encontraban con un ?saldo 0?. Adujo que a través de un empleado de la parte demandada indagó que a partir de sus datos se tramitaron dos préstamos (uno por \$500.000 y otro por \$41.600), retirándose las sumas electrónicamente sin su participación. Finalmente -y en lo que aquí interesa- puso de manifiesto que promovió una denuncia penal -IPP 06-00-027334-20-00- en trámite por ante la UFI 9 de La Plata. III.- En la tarea propuesta, comienzo por señalar que es doctrina reiterada que según el principio iura novit curia, la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, desde que los magistrados pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción a los principios de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiversen la naturaleza de la acción deducida (SCBA, doctr. causas 121.688, sent. del 06/11/2019, 118.128, sent. del 08/04/2015, 116.712, sent. del 04/03/2015, e.o.). IV.- Cimentada en tal principio, entiendo que no resulta totalmente adecuado el carril procesal elegido por el accionante en virtud de la pretensión esbozada. Veamos por qué. En primer lugar, para que proceda la acción meramente declarativa debe existir, siempre que no haya otro camino procesal apto, alguna incertidumbre respecto a una relación de derecho entre partes y, luego, el peligro de que ello provoque un daño o perjuicio en quien la promueve (art. 322 y su doctr. del CPCC). A su vez, en la sentencia se ha de hacer cesar ese estado de duda sobre la existencia, modalidades o alcance de la relación jurídica, aventando o neutralizando el peligro amenazante. En otras palabras, la decisión no configura ni

constituye derechos, ni condena a alguna de las partes, desde que lo que se hace es esclarecer las limitaciones y particularidades de una determinada situación jurídica que, hasta el momento, lucía incierta (conf. SCBA, doct. causa C. 116.764, sent. del 04/03/2015).

V.- Siendo ello así, no puede perderse de vista que en el escrito inaugural, con fundamento en la postulada maniobra fraudulenta, expresamente se indicó que se persigue la declaración de inexistencia o nulidad de créditos bancarios que habrían sido otorgados por la parte demandada (art. 330 inc. 4 del CPCC). Como podrá observarse, la cuestión sometida a juzgamiento excede ampliamente el reducido marco cognoscitivo de una acción meramente declarativa, toda vez que el conflicto no se circunscribe a una situación jurídica cuya existencia, modalidades o alcances deban ser establecidos para disipar un entorno incierto. Por el contrario, la discusión radica en la alegada ausencia de participación voluntaria del accionante en la contratación de los préstamos de dinero cuestionados (art. 384 del CPCC). Coadyuva a la conclusión que sostengo, la circunstancia de que el propio accionante atribuye al Banco de la Provincia de Buenos Aires un obrar negligente, postulando al mismo tiempo su responsabilidad en el acaecimiento de los hechos litigiosos con expresa invocación de un factor objetivo de atribución derivado de considerar al sistema informático de los cajeros automáticos y del home banking como una "cosa riesgosa".

VI.- Sentado lo que precede, señalo que adscribo a la postura que sostiene que por medio de la reconducción de postulaciones se trata de atenuar el rigorismo de las formas para evitar que por un error en la elección de la vía, se produzca un decaimiento del derecho sustancial en juego. De esta manera, el juez desarrolla una activa labor dirigiendo el proceso en el marco de la tutela judicial continua y efectiva asegurada constitucionalmente. Varios son los principios que dan fundamento a la reconducción: el de iura novit curia, el de subsanación, el de conservación, el de economía, el de instrumentalidad de las formas (SCBA, causa 72.835, sent. del 23/12/2014, del voto del Dr. De Lázzari). A tales fines deben, darse los siguientes presupuestos: a) que el planteo inicial de la parte tenga un defecto susceptible de subsanación, b) que dicho planteo cubra por sí las exigencias formales para poder cursar por otra vía paralela, c) que esta nueva vía alternativa resulte equivalente a la primera y d) que se infiera que la parte la hubiera elegido en su estrategia (conf. SCBA, doct. causa 72.835 ya citada, el subrayado me pertenece).

VII.- En este escenario, partiendo del relato fáctico efectuado en la demanda y teniendo en consideración la finalidad perseguida con la acción interpuesta (reitero, que se declare la inexistencia o nulidad de los préstamos bancarios) y los medios probatorios ofrecidos (v. gr. prueba pericial informática, v. capítulo VII, apartado D), entiendo que la pretensión introducida deberá canalizarse a través de una acción de nulidad (arts. 259, 260 y cc. del CCyCN, 34 inc. 5, 330 inc. 4, 384 del CPCC). Por lo expuesto, corresponde reconducir la demanda interpuesta en una acción de nulidad, confiriéndose traslado de la misma una vez firme lo aquí decidido y a petición de parte.

VIII.- Sin perjuicio de ello, analizaré a continuación la medida cautelar solicitada, consistente en la no ejecución y/o retención de las cuotas correspondientes a los contratos de préstamo cuestionados (v. punto IV del escrito de inicio).

IX.- En ese cometido, comienzo por recordar que el dictado de toda medida precautoria se encuentra supeditado al previo cumplimiento de tres recaudos condicionantes: a) verosimilitud en los hechos y en el derecho invocado, b) peligro en la demora y c) ofrecimiento de contracautela (art. 195 y cc. del CPCC).

X.- Ahora bien, cuadra advertir que la cautela solicitada en el escrito de inicio -no ejecución y/o retención de los contratos de préstamo- consiste en una prohibición de innovar por lo que, a los requisitos ya reseñados, se adiciona la exigencia legal de que la tutela pretendida no pueda obtenerse por medio de otra medida asegurativa (art. 230 inc. 3 del CPCC).

XI.- Siendo ello así, cabe mencionar que, en procesos como el que nos convoca, es factible solicitar el anticipo jurisdiccional de no innovar cuando se encuentren acreditados prima facie sus presupuestos de procedencia, sin que ello implique emitir opinión sobre el fondo del asunto, toda vez que el juicio de verosimilitud debe carecer de repercusión en lo que hace a la sentencia final, la que deberá dictarse una vez atravesadas las distintas etapas del proceso y previo ejercicio del derecho de defensa en juicio (arts. 16, 18, de la C.N., 15 de la Const. Pcia., 195, 230, 319, 320 y cc. del CPCC).

XII.- Pues bien, efectuadas dichas aclaraciones, advierto que en las presentes actuaciones nos encontraríamos ante un supuesto que encuadraría en lo que modernamente se conocen como phishing y vishing. El primero de ellos consiste en un término informático que denomina a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño de la víctima, ganándose su confianza, haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio confiable (suplantación de identidad de tercero de confianza) para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar (por ej. revelar información confidencial). Por su parte, el vishing consiste en una de las innumerables formas de comisión del anterior, produciéndose el engaño a través de una llamada telefónica.

XIII.- Ante este cuadro de situación, teniendo en consideración el relato fáctico realizado en el escrito de inicio, puede prima facie postularse la existencia de una relación de consumo entre el accionante y el Banco Provincia de Buenos Aires, encuadre jurídico que obliga a merituar la cuestión cautelar desde un prisma tutelar preferente, máxime ante la impronta de orden público que campea en la materia y el rango constitucional de los derechos invocados (arts. 42, 72, inc. 23 de la CN, 38 de la Const. Pcial., 1, 2, 36, 65 y cc. de la Ley 24.240, 384 del CPCC). A lo expuesto se adiciona que expresamente el Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 1384 que las disposiciones relativas a los contratos de consumo resultan de aplicación a los contratos bancarios (conf. art. 1093 del mismo cuerpo).

XIV.- 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. XV.- Clarificado el alcance de la cuestión a decidir, adelanto que la medida cautelar solicitada merece ser receptada. Explicaré por qué. Llegados a este punto, coincido con el Dr. Peyrano cuando sostiene que en la actualidad, muchos estrados judiciales enfrentados a situaciones de excepción consideran que no deben concebirse a los recaudos propios de las medidas precautorias como compartimientos estancos, sino cual si fueran vasos comunicantes, esto es como si se tratasen de recipientes unidos por conductos que permiten el paso de un líquido de unos a otros. De esta manera, cuando asciende el contenido de uno, desciende en otros y viceversa (conf. autor citado, Tendencias pretorianas en materia cautelar, p. 201). Ejemplificativamente: a) si la peticionante exhibe una muy fuerte verosimilitud del derecho material alegado, suelen aminorarse las exigencias en materia de contracautela y puede llegarse hasta la dispensa de ésta y b) si se invoca y demuestra prima facie la concurrencia de un grave riesgo para la persona o el patrimonio, pueden dejarse un tanto de lado las exigencias en lo que atañe a la verosimilitud del derecho. Partiendo de tal base conceptual, entiendo que la verosimilitud en los hechos y en el derecho aducido por el accionante se encontraría justificada con los comprobantes adjuntados en formato pdf, en los que se puede observar los movimientos de la cuenta y su saldo. A ello se adiciona la denuncia penal que se postuló realizada y que tramitaría bajo la IPP NRO. 06-00-027334-20-00 ante la UFI Nro. 9 de La Plata, de la cual se acompañó copia simple en formato PDF -de difícil lectura tal como ha sido informado por Secretaría- (arts. 195 y cc. 384 del CPCC). Mas lo relevante para la concesión de la medida no innovar radica en la urgencia que reviste la cuestión, toda vez que -recordemos- se ha introducido la instancia afirmándose que por medio de maniobras fraudulentas se contrataron 2 préstamos bancarios cuyo reembolso -lógicamente- será periódicamente exigido por el Banco accionado. De esta manera, considero también que el peligro en la demora se encuentra debidamente acreditado con sus notas distintivas de objetividad, sobremanera cuando el dictado de la cautela es la única vía apta -en este estadio- para tutelar preventivamente el derecho invocado (arts. 230, 384 del CPCC). A mayor abundamiento, el ya indicado marco consumeril que rodearía la cuestión, impone adoptar aquellas medidas que procuren la salvaguarda del accionante, sin perjuicio -claro está- de lo que en definitiva se resuelva. En lo que respecta a la contracautela, ponderando la existencia de una eventual relación de consumo, la naturaleza de los intereses involucrados y la ya referida urgencia de la cuestión, entiendo prudente disponer la juratoria, considerándola implícitamente prestada con el propio pedido precautorio (art. 199 y su doctr. del CPCC). XVI.- Finalmente, traigo a colación que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia que no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida sino también el del sujeto pasivo, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es mantenida sine die, de lo cual se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo (doctr. de Fallos: 331:941). Agregó también el Máximo Tribunal que la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad y que su prolongación indefinida constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto precautorio. Siendo ello así, entiendo prudente y razonable disponer que la medida cautelar que aquí se ordenará tendrá un plazo de vigencia de tres (3) meses, dentro de los cuales se deberá acreditar en estas actuaciones el avance de la causa penal y el estado de su trámite y en cuyo caso se analizará su prórroga a petición expresa de parte (art. 34 inc. 5 del CPCC). XVII.- Por ello, sin perjuicio de lo que oportunamente se decida en la sentencia, corresponde hacer lugar a la medida cautelar peticionada bajo responsabilidad de la parte actora (art. 208 y su doctr. del CPCC) -por un plazo de tres (3) meses-, ordenando al Banco accionado se abstenga de efectuar los correspondientes descuentos y/o retenciones por los 2 (dos) préstamos que se postularon como tomados fraudulentamente, debiendo desplegar la actividad administrativa que resulte menester para cumplimentar lo aquí ordenado (arts. 195 y cc., 198, 230, 384 del CPCC). Por todo lo expuesto, RESUELVO: I.- Reconducir el presente proceso en una acción de nulidad, confiriendo traslado de la demanda una vez firme el presente y a petición de parte. II.- Hacer lugar -bajo responsabilidad de la parte actora- a la medida de no innovar requerida, la que tendrá una vigencia de TRES (3) MESES, dentro de los cuales se deberá acreditar el avance de la causa penal y el estado de su trámite. III.- En consecuencia, intimar al Banco de la Provincia de Buenos Aires para que en el plazo de cinco (5) días de notificado suspenda los descuentos y/o retenciones que haga al Sr. Juan Alberto Pedernera (DNI ...) en la cuenta ... (ARS) -denunciada en el escrito de inicio-, originados en los préstamos que se habrían obtenido por las sumas de pesos QUINIENTOS MIL (\$500.000) y pesos CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS (\$41.600), según se indicó en la demanda,

debiendo realizar la actividad administrativa correspondiente para cumplimentar lo aquí ordenado. IV- Disponer como contracautela la caución juratoria, la que se tiene por prestada con el propio pedido cautelar. Regístrese. Notifíquese a la parte actora al domicilio electrónico constituido, lo que se efectuará en oportunidad de suscribir el presente y sin necesidad de confeccionar cédula en razón de los principios de economía y celeridad procesal y a la parte demandada con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles, quedando dicho anoticiamiento a cargo del accionante, a quien se le hace saber que podrá acudir a los mecanismos de notificación previstos en el art. 143 del CPCC (arts. 34 inc. 5, 135, 135, 153 del CPCC). Asimismo, pudiendo prima facie existir entre las partes una relación de consumo, dése vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida en resguardo y defensa de la ley, lo que se producirá con la rúbrica del presente al domicilio electrónico

MFURNUS@MPBA.GOV.AR (arts. 1, 2, 65 y cc. de la Ley 24.240, 34 inc. 5 del CPCC).
digitalmente (Ac. 3886/2018 y 3975/20 SCBA Art. 288 CCyCN)

Silvina Cairo Jueza Firmado
Correlaciones: Kukva, Vanesa

E. - El delito de phishing en consumidores bancarios - Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor - Setiembre 2020 - Cita digital IUSDC3287744A 001715F servados.