

Medida Cautelar Innovativa Entidades Bancarias Responsabilidad Bancaria Defensa Del Consumidor Coronavirus Estafa Phishing

JURISPRUDENCIA

La Plata, 29 de Julio de 2020. AUTOS

Y VISTOS: Proveyendo a la presentación electrónica de fs. 4: Por devueltos de la Sra. Agente Fiscal, tiénese a la misma por presentada en el carácter invocado de conformidad con lo establecido por los arts. 52 de la ley 24.240, 27 de la ley 13.133 y 29 inc. 4° de la ley 14.442. Tiénese presente lo dictaminado en el escrito en vista y háceselo saber a sus efectos. Consecuentemente, señálase que éstas actuaciones que se encuentran en estado de resolver y de las que; **RESULTA:** Que a fs. 1 se presenta el actor H. G. M. con el patrocinio letrado del Dr. M. D. F. e interpone demanda de medida cautelar de no innovar, contra el B. P. de B. A. (sucursal), requiriendo en el punto I OBJETO, que se ordene la inmediata suspensión en la afectación de su cuenta sueldo de cuotas correspondientes a ?Préstamo Personal?, ello hasta el resultado de la acción penal que se encuentra tramitando en sede penal en IPP. ...que tramita ante la UFI N° 9, Juzgado de Garantías N° 1, caratulada ?ESTAFA - Art.172 C.P-. Ello así, toda vez que manifiesta haber sido estafado a través de una secuencia o acción llevada a cabo vía telefónica por autor que a la fecha se desconoce su paradero, pero que conforme la investigación en curso podría identificarse. Relata asimismo que, habiendo obtenido los datos necesarios, se ha solicitado con ellos un préstamo bancario mediante la modalidad ?Home Banking? y no ha sido con el consentimiento del titular de la cuenta aquí actor, para luego esos mismos fondos ser transferidos a cuentas particulares, conforme datos y hechos detallados y surgente de la documental adjunta en PDF. Que por fs. 2 se da intervención al Ministerio Público Fiscal por los fundamentos allí brindados, quién asume por fs. 4 dictaminando en sentido favorable en relación a la medida cautelar requerida y; **CONSIDERANDO:** PRIMERO) Que en los procesos cautelares, como el que anida en la pretensión descripta en las Resultas, es factible solicitar el anticipo jurisdiccional de no innovar cuando medien o se encuentren acreditados -prima facie- los presupuestos de procedencia de la misma, sin que ello implique emitir opinión sobre el fondo de la cuestión, ello en razón que el juicio de verosimilitud debe carecer de repercusión en lo que hace a la sentencia final, la que se dictará una vez investigado el fondo y previo ejercicio del debido derecho de defensa en juicio (arts. 16, 18 y concs. de la Const. Nac.), aditiéndose que estas requieren como presupuesto a) la existencia de un derecho que debe ser acreditado prima facie, b) un interés jurídico que justifique el anticipo de la garantía jurisdiccional, o sea, peligro en la demora, y c) el otorgamiento de una contracautela que asegure a la contraparte el resarcimiento que pudiere ocasionar la medida para el supuesto que se hubiere pedido sin derecho (Podetti, " Tratado de las Medidas Cautelares", p. 51, Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos..."), al respecto y teniendo presente la lamentable situación en la que nos encontramos inmersos como sociedad en virtud de la pandemia declarada por la O.M.S., que conllevó el ASPO - aislamiento social preventivo y obligatorio- decretado por el P.E.N. por Dec. 297/2020 prorrogado hasta el 02 de Agosto de 2020 inclusive por el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y 605/2020; la realidad económica agravada, por la situación descripta en el escrito introductorio de litis y que el peticionante de la cautelar recibe un ATP, (PDF relativa a los extractos de la cuenta bancaria) el que se otorga teniendo en cuenta el diferente grado de vulnerabilidad de los trabajadores formales cubriendo el 100% a quienes ganan menos de un salario mínimo vital y móvil, en los términos del Decreto 332/2020, dictado en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 1°, 2° y 58 de la Ley N° 27.541 y el artículo 99 incisos 1, 2 y 3 de la Constitución Nacional (<https://www.argentina.gob.ar/atp/empresas/en-que-consiste-el-beneficio#>) y los múltiples informes de entidades oficiales, locales e internacionales, que dan cuenta de ello. Sólo a modo de referencia puede citarse el muy completo análisis que las Naciones Unidas (ONU) elaboró para nuestro país, donde básicamente dice que "...La epidemia causada por el virus COVID-19 tendrá en la Argentina un impacto multidimensional. Afectará al total de la ciudadanía, a los distintos sectores de la economía y actores de la vida del país, al ambiente y los recursos naturales...". La crisis de COVID-19 ha exacerbado la vulnerabilidad y la discriminación hacia los y las menos protegidos/as de la sociedad, destacando profundas desigualdades económicas y sociales que requieren atención urgente...". En especial los consumidores o usuarios, los que resultan ser sujetos pasibles de aprovechamientos y/o estafas como la denunciada en autos, situación ésta que resulta de público y notorio en la realidad diaria y cotidiana, con dicho piso en el estrecho marco cautelar en despacho y con criterio de buena fe es posible adoptar coherente y razonablemente (arts. 1, 2, 3 Código Civil y Comercial) la medida cautelar, ya que es preferible el exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, pues con ello se satisface el ideal de brindar seguridades para la hipótesis de triunfo, claro que ello con un límite temporal en el que se analizara su prorrogación de conformidad al grado de avance de los autos que tramitan ante el fuero penal descripto en las Resultas y/o la acción civil que promueva y su carácter provisorio (art. 202 CPCC), ello se motiva en que la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación

puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo (CSJN Fallos 327:2490, 330:4076). Que la documental adjunta en PDF relativa a los extractos de la cuenta bancaria del peticionante, denuncia penal efectuada, permiten tener por acreditados -prima facie- y conforme los postulados citados precedentemente y lo que infra se dispone, la verosimilitud del derecho invocado. SEGUNDO) La pretensión cautelar, la ubicaríamos en un supuesto de phishing, aunque no refiere a ello el escrito de fs. 1, el que constituye un término informático que denomina a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño a una víctima ganándose su confianza haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza (suplantación de identidad de tercero de confianza), para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar (por ejemplo, revelar información confidencial o hacer click en un enlace). Para realizar el engaño, habitualmente hacen uso de la ingeniería social explotando los instintos sociales de la gente, como es de ayudar o ser eficiente. A veces también se hace uso de procedimientos informáticos que aprovechan vulnerabilidades. Habitualmente el objetivo es robar información, pero otras veces es instalar malware, sabotear sistemas, o robar dinero a través de fraudes. Una de las innumerables formas de phishing lo constituye el Vishing, es similar al phishing tradicional pero el engaño se produce a través de una llamada telefónica, prima facie constituiría el supuesto objeto de la exposición de los hechos de la cautelar (fs. 1 pto II y III Objeto y Hechos). Los daños causados por el phishing oscilan entre la pérdida del acceso al correo electrónico a pérdidas económicas sustanciales. Hay varios programas informáticos anti-phishing disponibles. La mayoría de estos programas trabajan identificando contenidos phishing en sitios web y correos electrónicos; algunos software anti-phishing pueden por ejemplo, integrarse con los navegadores web y clientes de correo electrónico como una barra de herramientas que muestra el dominio real del sitio visitado. Los filtros de spam también ayudan a proteger a los usuarios de los phishers, ya que reducen el número de correos electrónicos relacionados con el phishing recibidos por el usuario. Muchas organizaciones han introducido la característica denominada «pregunta secreta», en la que se pregunta información que sólo debe ser conocida por el usuario y la organización. Las páginas de Internet también han añadido herramientas de verificación que permite a los usuarios ver imágenes secretas que los usuarios seleccionan por adelantado; si estas imágenes no aparecen, entonces el sitio no es legítimo. También han surgido soluciones que utilizan el teléfono móvil (smartphone) como un segundo canal de verificación y autorización de transacciones bancarias (phishing y pharming: nuevas modalidades de estafas on line, por DANIEL MONASTERSKY, CLARA M. COSTAMAGNA, 2005, www.saij.jus.gov.ar, ARTÍCULO INÉDITO, Id SAIJ: DACC050104, CSJN, 11.5.1993, Fernández, Alba O. c/ Ballejo, Julio A. y otra, LA LEY, 1993-E, 472). Es fundamental en este estado de situación, es decir en el marco de la declaración de la pandemia, que los consumidores y usuarios sean objeto de protección por su condición de débiles jurídicos, tutela que debe darse en forma extendida, tanto en lo atinente a la protección de su vida, de su salud, de su dignidad, de sus intereses económicos, información adecuada, educación de sus derechos y del acceso en condiciones continuas a bienes y servicios necesarios para satisfacer sus derechos e intereses (arts. 42 C.N., 38 CPBA. 1, 2, 3, 5, 10 10bis y conchs Ley 24240, t.o. Ley 26361, 100 Reglas de Brasilia, Secciones 1, 2, 3 y sigts). En el caso la prestación remota de servicios, enfocado, en la red de cajeros automáticos por la cual presuntivamente se obtuvo por terceras personas un crédito e inmediata transferencia a terceros, lo que refleja la documental de fs. 1, en formato PDF, referidos a los movimientos bancarios (Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires, SENTENCIA 15 de Mayo de 2008, CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Gerardo G. Vassallo - Juan J. Dieuzeide - Pablo D. Heredia, Id SAIJ: FA08971926), prima facie acredita el cumplimiento de los recaudos propios del marco cautelar. En rigor, una de las obligaciones primordiales del Banco, que constituye el presupuesto básico de los servicios que ofrece, es que éstos sean brindados, tanto cuando se lo haga en forma personal como cuando lo sea por medio de elementos mecánicos o electrónicos, con total seguridad para el cliente. No está de más recordar que los servicios ofrecidos por cualquier Banco inciden directamente sobre el patrimonio del usuario, tanto en sus operaciones pasivas como en las activas (ver clasificación de las operaciones bancarias a Garrigues J., "Curso de Derecho Mercantil", T. IV, página 165). La garantía de inocuidad prevista en el art. 5 de la Ley 24.240 supone la presencia de un producto seguro, que no genere daños en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles. Por tal razón, el Banco Central de la República Argentina ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática" que garanticen la confiabilidad de la operatoria (Comunicación A 6878, 3.8.5), como también que en el marco de la emergencia sanitaria la Comunicación A 6942, prorrogada por la Comunicación A 6949 derivo la operatoria del sistema financiero a los canales electrónicos y de cajeros automáticos, principalmente. A efectos de cumplir con el recaudo de contracautela, en razón que el peticionante reviste la condición de consumidor, y la gratuidad establecida por las normas para los reclamos que realizan los

consumidores, estimo justo y razonable establecer la caución juratoria que considero rendida con el escrito inicial de demanda (art. 195, 199 CPPC; art. 53 Ley Nacional 24.240). TERCERO) Atento todo ello y teniendo en cuenta asimismo el dictamen favorable emitido por el Ministerio Público Fiscal de fs. 4, corresponde decretar el anticipo jurisdiccional innovativo requerido inaudita parte, teniéndose por rendida la caución juratoria con la presentación del escrito de inicio, conforme el beneficio de gratuidad otorgado de pleno derecho precedentemente (Art. 53 Ley 24.240), a dichos fines se librára cédula a la accionada B. P. de B. A. C. M., con carácter de urgente y habilitación de días y horas inhábiles (art. 153 Cód. Procesal), para que en el plazo de CINCO DIAS, haga cesar los descuentos al actor H. G. M. DNI, que se efectúen en su cuenta sueldo N° originados por el préstamo obtenido por la suma de \$153.000 el 29/4/2020 origen -datos éstos obtenidos del extracto de cuenta adjunto en PDF-, bajo apercibimiento de pasar estos obrados a la Fiscalía en Turno, ante la eventual y posible comisión de delito (arts. 106 y 239 del C. Penal), debiendo la parte demandada desplegar la actividad administrativa que estime corresponder a los efectos de cumplimentar la presente manda. POR TODO ELLO, fundamentos legales y lo normado en los arts 34 inc. 3, 161, 195, 199, 232 y concs. del C.P.C.C.; 1, 2, 5, 52, 53, 65 y concdts. ley 24.240; RESUELVO: I) Hacer lugar a la medida cautelar INNOVATIVA requerida en el escrito en vista, por un término de NOVENTA DIAS CORRIDOS, que se cumplirían el 30 de Octubre de 2020, de consuno al Considerando precedente en el que se analizara su prorroga de conformidad al grado de avance de los autos que tramitan ante el fuero penal descripto en las Resultas y/o la acción civil que promueva. II) En consecuencia, intimar al Banco P. de B. A. C. M., para que en el plazo de CINCO DIAS, haga cesar los descuentos al actor H. G. M. DNI, que se efectúen en su cuenta sueldo N° originados por el préstamo obtenido por la suma de \$153.000 el 29/4/2020 origen -datos éstos obtenidos del extracto de cuenta adjunto en PDF-, bajo apercibimiento de pasar estos obrados a la Fiscalía en Turno, ante la eventual y posible comisión de delito (arts. 106 y 239 del C. Penal), debiendo la parte demandada desplegar la actividad administrativa que estime corresponder a los efectos de cumplimentar la presente manda. III) La cautelar se otorga con carácter provisional y la caución en atención al beneficio de gratuidad otorgado de pleno derecho se considera rendida con la presentación del escrito de inicio (art 53 ley 24.240; 195, 199 CPPC); IV) En el término de diez días de notificado de la presente deberá denunciar en autos la acción principal que promovería a consecuencia de los hechos descriptos en la pretensión cautelar. REGISTRESE. NOTIFIQUESE íntegramente la presente a la parte actora por Secretaría por cédula electrónica en los términos del art. 7 segundo párrafo del Ac.3845/17 SCBA, con carácter urgente y habilitación de días y horas inhábiles, y al B. de la P. de B. A. por cedula, quedando en cabeza de la parte actora la confección de la misma en los términos de la Res. 10/20 SCBA, con carácter urgente y habilitación de días y horas inhábiles a la parte demandada conforme se ordenará supra (arts. 38, 135, 143, 143 bis, 153 del C.P.C.C., texto según ley 14.142; 1° y sgtes, del Reglamento para la notificación por medios electrónicos que constituye el Anexo I del Ac. 3845/17 S.C.B.A.). Déjase constancia que más allá que el escrito en proveimiento fue recibido en el módulo de presentaciones electrónicas y firma digital (Ac. 3886/18 S.C.B.A.), y que el presente proveído es firmado por el Infrascripto digitalmente, corresponde su impresión únicamente a los fines de su registro, por tratarse el presente de un expediente íntegramente digital (arts. 11 y sgtes. Ac. 3975/20 S.C.B.A.). CARLOS JOSÉ CATOGGIO JUEZ Firmado digitalmente art. 5 Ac. 3975/20 S.C.B.A. Correlaciones:

Piccirilli, María E. - Delitos informáticos en el proyecto del Código Penal de la Nación Argentina - Suplemento Especial. Reforma del Código Penal - abril 2019 - Cita digital IUSDC286498A Kukva, Vanesa E.: ?El delito de phishing en consumidores bancarios ? - Nota al fallo - Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor - setiembre/2020 - Cita digital IUSDC3287744A 001299F