

“Phishing bancario y medidas cautelares”

por Santiago Cappagli¹ y Sofía M. de Gainza Artagaveytia²

I. Introducción

La digitalización masiva de los procesos de gestión pública y privada no ha sido ajena a los sistemas bancarios. Con el objetivo de abaratar costos operativos, simplificar trámites y -en la época de la pandemia- suplantar la presencialidad como medida preventiva frente al COVID-19, los bancos han promovido e intensificado el uso de esta modalidad para la realización de múltiples transacciones que antes suponían el apersonamiento físico del cliente en la institución financiera³.

En concreto, del Informe de Inclusión Financiera emitido por el BCRA surge que la pandemia COVID-19 y la necesidad de distanciamiento social ha dado lugar a un aumento en la utilización de los medios de pago electrónicos y disminución del uso de efectivo. Así las cosas, en el año 2020, por cada 100 extracciones de efectivo por adulto, se efectuaron más del doble de operaciones por medios electrónicos de pago, con un incremento en el uso de los pagos sin contacto en comercios -tarjetas contactless, pagos QR- y un mayor uso remoto de instrumentos de pago, impulsado principalmente por el comercio electrónico.

Para una mayor precisión, se registró que durante el año 2020 - respecto del año 2019- las transferencias electrónicas se acrecentaron en un 90%, producto de un aumento en las operaciones por medio de homebanking

¹ Abogado (2007). Secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial N°3. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de la UBA (2019-actualidad) y Ayudante de Segunda (2012 al 2018). Realizó la maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral y dos diplomaturas de Derecho Constitucional (Universidad de San Andrés y Austral).

² Abogada (2008). Escribiente en el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 24, Secretaría 47.

³ La principal manifestación de la digitalización bancaria ha sido la expansión cuantitativa (cada vez más clientes se adhieren al sistema digital) y el desarrollo cualitativo (cada vez son más diversas las operaciones que pueden realizarse a través de este medio) de la banca electrónica, en tanto servicio a distancia para operaciones bursátiles y financieras que se caracterizan por su autonomía y disponibilidad full time sin necesidad de dirigirse a un espacio físico bancario con topes de horarios y filas (conf. Gerscovich Carlos, “Contratación electrónica y banca electrónica”, RDCO, 2008, p. 4).

(86%) y mobilebanking (167%), y los pagos remotos con tarjeta de débito crecieron en un 227%⁴.

Por su parte, del Informe sobre Protección a las Personas Usuaras de Servicios Financieros del mes de diciembre de 2022, surge que, a través de Twitter, el BCRA recibió numerosas consultas sobre el proceder ante operaciones desconocidas posiblemente fraudulentas, ascendiendo a un porcentaje del 12% sobre el total.

En el año 2022 la entidad recibió 6005 quejas ingresadas por el formulario web de su página oficial, siendo el 7% referido a “Canales electrónicos - posibles fraudes” donde se “relacionan con la existencia de operaciones no reconocidas por los usuarios/as y posiblemente fraudulentas (retiros de dineros a través de cajeros automáticos, compras, robo de identidad, transferencias no autorizadas de dinero, robo de datos personales y de claves bancarias, etc.) producidas desde los canales electrónicos (...) Se detectó -dice la entidad- que, en la mayoría de los casos, los usuarios son víctimas de situaciones de estafas que los llevan a la entrega de claves y datos para acceder a las cuentas, facilitando así la llave para el robo del dinero allí disponible”⁵.

Un Informe de Gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia da cuenta de que se registró un incremento de alrededor del

⁴ Información de acceso público, disponible en <https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Informe-Inclusion-Financiera.asp> (última consulta 12.11.2023).

⁵ Información de acceso publica, disponible en <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Boletin-PUSF-122022.pdf> y que es citada por Abad Gabriela, “Comunicación “A” 7724 del BCRA: incidencia en el derecho de consumo”, Jurisprudencia Argentina, diario del 27.10.2023, quien informa que “...un 5% de las quejas ingresan dentro de la categoría de “préstamos”, donde el BCRA registra los reclamos referidos de usuarios que desconocen el origen de estos, con motivo a una maniobra de fraude. Siguiendo esa misma línea de información, podemos detenernos en el Informe de Gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI), que concluye que en lo que refiere a las maniobras informáticas, la tendencia tiene una dirección clara al alza. No solo en lo que respecta al número de casos, sino también, al surgimiento de nuevas modalidades delictivas...”.

De acuerdo a estadísticas difundidas por la Asociación de Bancos Argentinos, en octubre de 2020 la descarga en celulares de aplicaciones bancarias aumentó 45% mientras que los nuevos usuarios de home banking se han elevado a un 28% en comparación con el 2019 (conf. Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022).

6550% en reportes (no necesariamente denuncias formales) de accesos indebidos a cuentas bancarias y posterior fraude por movimientos no autorizados entre marzo de 2020 y marzo de 2021. Seguidamente, el estudio revela que “las maniobras asociadas a las plataformas bancarias giraron fundamentalmente en torno a la obtención, por parte de los atacantes, de las credenciales para acceder a las cuentas de sus víctimas y el acceso a las mismas, para luego realizar transferencias y otro tipo de operatorias perjudiciales para sus titulares, como toma de préstamos preaprobados”⁶.

Este cambio en el modo de operar ha servido para neutralizar riesgos tradicionales asociados al factor presencial (salideras bancarias, asaltos, etc.) pero simultáneamente ha abierto un nuevo horizonte delictivo forjado al calor de las reglas propias del espacio virtual.

Sobre esto último, es de público y notorio conocimiento el fuerte aumento de casos de fraudes electrónicos, phishing, ciberataques, suplantación de identidad en el entorno digital, entre otros tantos males que han soportado los usuarios en el escenario descrito⁷.

De todas estas variantes, centraremos nuestra atención en el phishing bancario, que ha sido descrito como: “...la maniobra consiste en el accionar de un delincuente que se hace pasar por un tercero -como un empleado del banco, organización estatal o incluso conocido de la víctima- y a través de llamados o comunicaciones electrónicas le hace creer al usuario financiero que se encuentra interactuando con alguna de las mencionadas personas que, en los hechos, no es tal.

⁶ Información pública disponible en https://www.mpf.gob.ar/ufeci/files/2021/09/UFECI_informe-pandemia.pdf y que ha sido citada por Abad, ob. cit.

⁷ Conf. Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022.

Por su parte, y en línea con esto, Abad expresa: “[e]l aumento del uso de entornos digitales resultó ser el escenario propicio para la comisión de ciberdelitos y el avance de los atacantes en el espacio virtual, afectando principalmente a usuarios de servicios financieros, quienes a partir de numerosas técnicas -en gran parte con ingeniería social- resultaron ser víctimas de numerosas operaciones fraudulentas sobre sus cuentas bancarias, generando daños patrimoniales de enorme consideración” (Abad Gabriela, “Comunicación “A” 7724 del BCRA: incidencia en el derecho de consumo”, Jurisprudencia Argentina, diario del 27.10.2023).

Engañado respecto a la verdadera identidad del interlocutor, la víctima: o bien le brinda información confidencial de su identidad o cuentas bancarias (como claves, tokens o códigos de seguridad generados en cajeros) o bien ingresa a un falso link o enlace de una comunicación electrónica recibida, que la lleva a una página similar a la de su institución financiera, lo que a su vez hace que ingrese su usuario y contraseña pensando que lo hace en su página oficial de la institución bancaria.

De esta manera, con la información obtenida, el perpetrador del delito ingresa a la cuenta bancaria de la víctima, solicita un préstamo preaprobado y transfiere aquel monto de capital y todo otro monto disponible en la cuenta, a diferentes cuentas bancarias de terceros que éste también controla. Como resultado, la víctima se ve despojada de la totalidad de sus fondos disponibles y por si fuera poco con ello queda endeudado frente al banco con un préstamo...”⁸.

Se ha dicho que “[l]a falta de educación digital de los usuarios bancarios, la alta especialización de las organizaciones dedicadas al ciberdelito, las limitaciones técnicas de los sistemas de seguridad informática han convergido como un peligroso tridente para que la proliferación de este tipo de estafas se vuelva moneda corriente en nuestro país”⁹.

En este contexto, aunque los usuarios de banca en línea son cada vez más conscientes de lo que es el phishing, muchos de ellos siguen siendo víctimas de él.

DECONOMI

⁸ Bekerman Uriel y Bastus Guido, “Cibercriminalidad financiera y phishing bancario: diagnóstico y herramientas de tutela judicial”, Riquert Marcelo (dirección) y Sueiro Carlos (coordinación) en “Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. TICs”, Tomo V, ed. Hammurabi, Bs. As., 2019, p. 200.

Desde la jurisprudencia, se lo ha descrito del siguiente modo: “...el phishing consiste en el engaño y manipulación psicológica de la víctima para que revele datos o autenticación que no brindaría en otras circunstancias...” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Necochea, “G., V. G., c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y Otro s/nulidad de contrato” del 09.08.2022, diario El Derecho del 22.05.2023, comentado por Barreira Delfino Eduardo, “Afirmación del deber de seguridad en bancos ante maniobras de phishing”).

⁹ Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022.

II. Objeto del trabajo

Nuestra práctica profesional nos ha llevado a colaborar en varios juicios en los que los demandantes invocan haber sido víctimas de phishing bancario.

Generalmente el objeto de esas demandas está dirigido a obtener una sentencia que declare la nulidad del préstamo bancario (artículos 271, 272 y 1839 del CCCN y art. 37 in fine de la ley 24.240) y ordene al banco demandado resarcir al demandante por el daño patrimonial y extrapatrimonial que le ha generado la estafa virtual.

Se suele reclamar, también, la imposición de una multa civil (el daño punitivo regulado por el artículo 52 bis de la ley 24.240).

En la mayoría de estos asuntos, el demandante -además de la acción de fondo- pretende obtener una medida cautelar que disponga que, hasta tanto el tribunal dicte sentencia sobre el fondo del asunto, se ordene una medida innovativa (como por ejemplo, la devolución al consumidor de importes percibidos con base en el contrato de mutuo cuya nulidad se persigue [artículo 195 del CPCCN]) o de no innovar (por ejemplo, la suspensión de los débitos por las cuotas correspondientes al mutuo cuestionado [art. 230 del CPCCN]).

En este aporte pretendemos sistematizar aquellos precedentes judiciales que han tratado, en concreto, la temática del phishing bancario pero limitado a la esfera de las medidas cautelares.

Centraremos el análisis en los precedentes judiciales pertenecientes a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (“CNCom.”), no solo por su prestigio sino también por contar con un alto índice de litigios sobre el tema.

III. Precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala A¹⁰

¹⁰ Integrada por la doctora María Elsa Uzal y los doctores Alfredo Kolliker Frers y Héctor Osvaldo Chomer.

1.1. El tribunal confirmó la decisión del juez de primera instancia¹¹ que admitió la medida de no innovar que solicitó la demandante enderezada a que el banco con el que ella operaba se abstuviera de cobrar las cuotas mensuales de cierto préstamo bancario hasta que se resuelva la cuestión de fondo y, simultáneamente, rechazó la solicitud de no innovar respecto de la anulación del referido préstamo.

1.2. Los antecedentes del caso son los siguientes: una persona humana que tenía abierta una caja de ahorros en una entidad bancaria, solicitó una medida cautelar consistente en ordenar a aquella "...que anule el crédito otorgado en el marco de una defraudación que sufrió y que se abstenga del cobro (...) correspondiente a dicho crédito".

En la petición de medida cautelar, la demandante manifestó que "...el 20.04.21 ante una publicidad de tarjeta de crédito que el banco promocionaba en la red social Instagram, consignó sus datos de contacto solicitando información respecto del producto, brindando solamente nombre, apellido, DNI, nacionalidad y mail de contacto, reservándose todo tipo de dato que pudiera comprometer la seguridad de sus cuentas.

Al día siguiente una persona que se identificó como personal de la entidad bancaria se contactó para verificar sus datos personales, haciéndole saber que le llegarían una serie de mensajes a su celular con claves que debía informarle. Inmediatamente una vez que abrió los referidos mensajes logró observar que nada decía acerca de la tarjeta de crédito de su interés por lo que intentó ingresar al Home banking advirtiéndole que no podía hacerlo ya que la cuenta se encontraba bloqueada.

Al día siguiente se apersonó en una sucursal del banco demandado donde el personal le informó que se le había otorgado un crédito por un importe de \$527,000, cuya cancelación se debitaría en 60 cuotas mensuales destacando que, por fortuna, la plata no fue retirada de su cuenta.

¹¹ Juzgado Nacional en lo Comercial N°24 a cargo del doctor Horacio Robledo, dictada el 29.06.2021 "Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria".

Peticionó la anulación del crédito sustentando su requerimiento en el hecho de que no había solicitado el producto, negándose el banco a hacerlo informándole que para ello tenía que abonar un costo por la cancelación.

Ante ello alega que efectuó la denuncia policial como así también la solicitud de cancelación del préstamo y la denuncia de fraude ante la entidad bancaria, quedando registrada bajo cierto número de reclamo y cuyo resultado fue desfavorable.

Continúa relatando que el 14.05.2021 remitió una carta documento que no fue respondida y que citó a mediación al banco demandado agotando de ese modo todos los recursos a su alcance para concluir con esa situación.

Por último, señala que mientras esperaba una respuesta el día 10.06.2021 la entidad bancaria procedió al débito de la primera cuota por el monto de \$ 61,710”.

1.3. En ese escenario fáctico, el juez de primera instancia, luego de realizar algunas precisiones conceptuales en torno de la medida de no innovar, ponderó que “...de las constancias adjuntas se desprende que el actor habría intentado con fecha 10.05.2021 dar de baja el préstamo que le habrían otorgado de manera fraudulenta, sin obtener respuesta favorable de parte de la entidad bancaria, a quién también intimó por carta documento”¹².

El juez de primera instancia valoró especialmente la circunstancia de que “...a partir de la documentación digital incorporada, pueden darse por acreditados ambos extremos, es decir la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, pues el actor no ha tenido respuesta favorable por parte de la entidad bancaria y se desprendería que el importe del préstamo otorgado (\$ 527.000) se encontraría disponible en la cuenta del accionante”.

Desde esa perspectiva, el juez consideró procedente “...decretar la medida solicitada relacionada con el cese del cobro del préstamo otorgado, hasta tanto se resuelva la acción de fondo que se iniciará”.

¹² Juzgado Nacional en lo Comercial N°24 a cargo del doctor Horacio Robledo dictada el 29.06.2021 “Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria” [considerando 2, párrafo 8].

1.4. En lo atinente a la solicitud de que, como medida cautelar, “...se ordene a la entidad bancaria la anulación del préstamo otorgado...”, el juez de primera instancia rechazó el pedido con fundamento en que, de admitírsele, “...el instituto precautorio adquiriría un carácter autónomo impropio de su naturaleza accesoria...”.

2.1. Como anticipamos en el primer apartado, la Sala A de la CNCom. confirmó la decisión¹³ adoptada en la primera instancia.

El Tribunal refirió que “...del análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa se aprecia, en principio al menos, cierta verosimilitud en relación a los hechos descritos por la parte actora en punto a que podría haber sido víctima del otorgamiento de un préstamo de manera presuntamente fraudulenta” y agregó que “...el reclamo cautelar estaría respaldado, en este estadio, con las denuncias policiales y aquéllas efectuadas al banco como la carta documento enviada por la parte actora, que no fue respondida por el recurrente”.

Asimismo, consideró el carácter de consumidor del demandante y la favorable interpretación que impone dicha circunstancia, a la vez que ponderó el “...perjuicio patrimonial que podría derivarse para aquél, de continuar inmutable la situación actual, teniendo en cuenta los montos involucrados y la grave situación que, prima facie, se ha suscitado, ello, ante la falta de autorización del accionante en torno a la operación de que aquí se trata”¹⁴.

En definitiva, el Tribunal valoró -para tomar su decisión- la prueba documental que acompañó el demandante, que consistía en una denuncia policía y una carta documento dirigida al banco (y que no fue respondida) y, por otro lado, el perjuicio patrimonial que se le podría generar al demandante de mantenerse el statu quo, teniendo en cuenta el monto de dinero involucrado (\$527.000) y su carácter de consumidor.

Este último argumento (perjuicio patrimonial de mantenerse la situación actual y valoración del monto de dinero en cuestión), ha sido

¹³ CNCom., Sala A, 16.07.2021 “Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria”.

¹⁴ Apartado 4 párrafo 5.

nuevamente invocado por el Tribunal el 04.05.2021¹⁵ al admitir una medida cautelar enderezada a que el banco demandado se abstenga de percibir cualquier cuota de un mutuo supuestamente celebrado entre las partes, en la que el demandante habría sido víctima de la maniobra delictual objeto del presente análisis.

Resulta particularmente interesante la carga que el Tribunal impuso al demandante de promover demanda dentro del plazo de diez días finalizada la etapa de mediación, bajo el apercibimiento de decretar la caducidad de la medida ordenada.

3.1. En un asunto con matices fácticos similares al descrito en los apartados que anteceden, el 25.10.2021 la Sala confirmó la decisión adoptada en la primera instancia que, en el marco de una medida cautelar de no innovar, ordenó al banco demandado que se abstenga de "...continuar debitando las cuotas de cierto préstamo otorgado sin su consentimiento. Ello por cuanto, en el caso, el análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa, coadyuva a dotar de verosimilitud al relato de la accionante en punto a que habría sido víctima de una maniobra delictual mediante el acceso a su cuenta bancaria por parte de terceros que habrían gestionado un préstamo personal ante la entidad bancaria.

Véase que acompañó copia de los resúmenes de cuenta de los que resulta la acreditación del préstamo por determinada suma y la transferencia al día siguiente del importe. También aportó constancia de la denuncia penal realizada detallando los hechos acontecidos y el reclamo efectuado al banco por carta documento, el cual no fue canalizado de manera satisfactoria"¹⁶.

4.1. En el marco de una acción declarativa de certeza (art. 322 CPCCN) en la que el demandante solicitó una medida cautelar de no innovar consistente en que se ordene al banco demandado abstenerse de informarlo como moroso en los registros de deudores de la propia demandada y del BCRA,

¹⁵ CNCom. Sala A, 04.05.2021 "Carino Rodrigo Emmanuel c/ Banco BBVA Argentina S.A. S/ Medida Precautoria" (expediente N° 2357/2021).

¹⁶ CNCom. Sala A, 25.10.2021, "Filippo, Gustavo Emilio C/ Banco Santander Rio S.A. S/ Ordinario S/ Incidente de Apelación".

en virtud de cierto préstamo bancario otorgado por la suma de \$ 180.000 y que -según afirmó- nunca solicitó, el 14.07.2021¹⁷ la Sala confirmó la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

Dicha decisión consistió en decretar la medida de no innovar para lo cual “...consideró suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho invocado por el accionante en la documentación acompañada que acredita las denuncias formuladas ante la autoridad policial, penal como así también ante la entidad bancaria, explicando los detalles del hecho ilícito denunciado (copia de e-mail y cartas documento efectuando reclamo a la entidad bancaria; denuncia policial; copia donde consta el registro como moroso dentro del Veraz por el préstamo otorgado)”.

La Sala -al confirmar la decisión de la primera instancia- valoró que el “...análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa, coadyuva a dotar de verosimilitud el relato de la parte actora en punto a que habría sido víctima de una maniobra delictual mediante el acceso a sus cuentas bancarias por parte de terceros que habrían gestionado un préstamo personal ante la entidad bancaria”.

Como se señaló párrafos arriba, el demandante había acompañado copia del e-mail y cartas documento efectuando el reclamo a la entidad bancaria, denuncia policial y copia de donde consta el registro como moroso dentro del veraz por el préstamo otorgado.

Es del caso señalar que a fin de resolver en el sentido señalado, tuvo en cuenta el carácter de consumidor del accionante, y la consecuente interpretación favorable a sus intereses que dicha circunstancia impone (arg. art. 3° párrafo segundo LDC y 42 CN).

4.2. Si bien el objeto de este trabajo es exponer precedentes judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, nos parece útil compartir

¹⁷ CNCom, Sala A, 14/07/2021, “Arredondo Miguel Osvaldo c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo” (expte. N° 7979/2021).

un precedente de primera instancia de ese Fuero¹⁸ -que se encuentra firme, pues no ha sido apelado- que trata la misma temática expuesta en el apartado anterior, es decir, de una petición de medida cautelar tendiente a obtener una orden judicial que disponga que el demandante, quién invocó ser víctima de una maniobra de estafa, no sea informado como deudor moroso en la base de datos del BCRA.

En este precedente, se aborda la cuestión como un matiz distinto al expuesto en el apartado anterior.

Trata de una demanda que inició una persona humana contra un banco y una administradora del sistema de tarjeta de crédito con el objeto de obtener una sentencia que condene a estos últimos a indemnizar “...los daños ocasionados por la sustracción de los datos de mi tarjeta de crédito y la realización de compras a mí nombre, generando deudas” y que contiene una solicitud de medida cautelar dirigida a “...que se ordene de manera cautelar el inmediato cese y/o levantamiento de toda información crediticia que afecte mi condición personal (ya sea por la afectación de mi patrimonio o por perjudicar mi buen nombre y honor) y el cese de la persecución por parte del área de cobranzas”.

En concreto, el demandante pidió que, bajo la modalidad de una medida cautelar, “...se rectifique la información proporcionada al BCRA, al Veraz y a las empresas privadas de riesgo crediticio que fueran informadas por alto riesgo de insolvencia y cese la persecución e intimaciones cursadas por la empresa de cobranzas GCA Group ya que la deuda generada tiene causa en el robo de los datos personales suministrados al Banco Santander Río SA”.

El juez rechazó las solicitudes de que se impida a los demandados reclamarle extrajudicialmente o judicialmente el pago de la supuesta deuda¹⁹ y

¹⁸ Juzgado Nacional en lo Comercial N°3 a cargo del doctor Jorge Sícoli, Secretaría N°6 a cargo del doctor Santiago Cappagli, del 02.11.2022 “Ponce, Héctor Martín c/Banco Santander Río SA y Otros s/ordinario” (expediente N°20264/2021).

¹⁹ “...[C]reo atinado recordar que es prácticamente unánime la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de que cautelares de esa naturaleza (que generalmente son encuadradas bajo la denominación de prohibición de innovar) no pueden apuntar a la paralización de una

de que sea rectificada la información suministrada al BCRA²⁰; sin embargo, y he aquí lo novedoso del asunto, dispuso comunicar a dicha entidad la existencia de la disputa.

Lo hizo en los siguientes términos: “...empero, sí considero viable disponer -como medida cautelar- que sea comunicado a las entidades individualizadas en apartado V del escrito de ampliación de demanda (que contiene la petición de medida cautelar que aquí se provee) que, en el marco del presente juicio, el demandante ha cuestionado judicialmente los gastos de tarjeta de crédito en base a los cuales el banco emisor ha informado a aquellas que éste no ha abonado esos gastos (arg. art. 229 del CPCCN). En efecto, si bien -como ya señalé- la coincidencia del objeto de la acción de fondo con el objeto de esta medida cautelar impide admitir la medida cautelar tal como fue propuesta, nada impide readecuarla en el sentido indicado (conf. art. 204 del CPCCN).

Y, a esos efectos, pondero que se encontraría prima facie acreditada la verosimilitud en el derecho invocado pues el demandante habría acreditado haber desconocido los cargos que se le atribuyen en tanto titular de la tarjeta de crédito emitida por la demandada. En apoyo de aquello, ha acompañado la denuncia penal que oportunamente formuló y de cuya lectura se desprende un relato relativamente coherente y verosímil y que, al menos en líneas generales,

eventual demanda a iniciarse -o iniciada contra quien la peticiona- sin perjuicio de los derechos que el impetrante estime le corresponden y haga valer por la vía oportuna.

Consecuentemente, no parece viable que -en el marco de una decisión cautelar- sea dispuesta una orden judicial orientada a impedir aquellos reclamos” (apartado 3.2.).

²⁰ “En cuanto al pedido de medida cautelar enderezada a que las codemandadas rectifiquen -en esta etapa del proceso- la información brindada a las entidades respectivas, tampoco parece ser este el marco adecuado.

En efecto, hago notar que este aspecto de la medida cautelar solicitada, coincide con el objeto de la demanda de fondo, lo que -de por sí resultaría suficiente para rechazar su procedencia toda vez que una decisión en ese sentido, podría importar un adelanto indebido en este estado embrionario del proceso- de la cuestión de fondo que, en la etapa procesal pertinente, será objeto de prueba y debate.

Con esa orientación se ha dicho que “...es inadmisibles adoptar medidas cautelares que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo y que lleven a anticipar la decisión pues la figura cautelar se vería desvirtuada si se convirtiera en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría acceder mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito” (apartado 3.3).

coincide con la versión de los hechos que ha dado en su escrito de demanda y ampliación de demanda.

Complementa aquello la copia de “reclamo por consumos cuestionados” que habría sido emitido por la codemandada Santander Río SA y que es acompañada como evidencia documental por el demandante y que, a la luz de los resúmenes de gastos de la tarjeta de crédito acompañados, da cuenta de que los gastos que el demandante ha desconocido habrían sido, finalmente, imputados en los resúmenes de gastos de tarjeta de crédito, lo que demostraría que el desconocimiento de esos gastos habría sido rechazado por la emisora de la tarjeta y por el banco involucrado (aunque no fue agregado al expediente la respuesta del banco y la emisora).

Desde esa perspectiva, la medida cautelar que aquí se dispone hasta que sea definida judicialmente la conducencia o no de aquellos desconocimientos de los cargos, no solo no se aprecia perjudicial para las eventuales partes sino para los terceros y la comunidad en general (conf. Barbier Eduardo Antonio, “Litigiosidad en la actividad bancaria”, Editorial Astrea, Bs. As, 2008, p. 654)²¹.

²¹ Por cuestiones de espacio, transcribimos en nota al pie los fundamentos que expuso el juez Sícoli: “...agrego, además, que esta es la solución a la que llegó la Sala D -aunque con otra composición- en un asunto con elementos fácticos similares al presente, y en la que se decidió: “...esta Sala no encuentra óbice para conceder al actor protección cautelar, tanto más cuando no afecte a los destinatarios del mandato precautorio que será dispuesto (el Banco Central de la República Argentina y las agencias de información referidas en este pronunciamiento).

La protección cautelar adecuada no consistirá, contra lo inicialmente pretendido por el apelante, en prohibir la difusión de la situación del recurrente ni disponer la desaparición de los datos presuntamente desacertados, pues lo registrado y publicado deriva de hechos efectivamente ocurridos.

Esta Sala dispondrá, en cambio, como medida cautelar innovativa, completar la información de modo de hacer constar que lo publicado respecto del actor habría derivado del extravío y ulterior utilización por terceros no autorizados de la tarjeta Mastercard emitida por el Bank Boston NA cuyo saldo fue impugnado por el titular (cpr 204).

Se mencionará la fecha de este pronunciamiento, el tribunal que provee la solución, y la naturaleza cautelar del decreto, cuya publicación será mantenida hasta que sea dictada sentencia definitiva en el juicio principal”.

Es en base, entonces, a las consideraciones formuladas en los apartados anteriores, que será dispuesta la medida cautelar con el alcance y en los términos fijados en el apartado 3.4.”.

Sala B²²

1.1. Hay un novedoso asunto²³ que contiene dos particularidades: (i) la Sala dispuso que el banco restituya al demandante la totalidad del dinero que invocó haber sido sustraído mediante una estafa virtual; (ii) admitió la pretensión del demandante dirigida a que el banco se abstenga de iniciar acciones judiciales.

Para colocar al lector en contexto, el objeto de la demanda está dirigido a obtener una sentencia de fondo que declare la nulidad o inexistencia ciertas transferencias bancarias y obtener una indemnización en concepto de daño moral, daño punitivo y daño directo.

La petición contiene además una solicitud de que sea dictada una medida cautelar "...ordenando a la demandada proceda a la inmediata restitución de la suma de \$1.241.900, sumas que jamás debieron haber sido transferidas desde mi cuenta, puesto que como se acreditará, jamás fue efectuada por esta parte, siendo víctima de un ardid y engaño mediante el mecanismo de phishing que la demandada permitió al no establecer los mecanismos de seguridad informática a los que está obligada para resguardar los bienes encomendados a su guarda. Al mismo tiempo se solicita se ordene a dicha entidad bancaria a que se abstenga tanto de efectuar acciones judiciales en contra de la accionante."

Fundó la solicitud de medida cautelar en los siguientes términos "...de mantenerse la situación en curso se corre el riesgo serio e inminente de que caiga el actor en grave situación económica de sus ingresos en una incesante escalada inflacionaria de la economía argentina (...) En consecuencia, pido que se le ordene al banco Supervielle S.A. proceda al reintegro íntegro de las sumas transferidas y legalmente desde su cuenta caja de ahorro en pesos por una suma de \$1.241.900".

²² Integrada por las doctoras Matilde Ballerini y María Guadalupe Vásquez.

²³ CNCom. Sala B, 17.05.2023 "Carballo Quibel, Luis Rene c/Banco Supervielle s/Ordinario" (expediente N°104744/2022).

Dijo que la verosimilitud del derecho se encuentra acreditada “...con la documentación que se adjunta a esta presentación: saldos de cuenta, denuncia penal, reclamo ante el COPREC”.

Y, en lo atinente al peligro en la demora, refirió que “...queda claro que por medio de maniobras fraudulentas se utilizó el sistema de home banking de la demandada para vulnerar los derechos del actor despojándolo de sus ahorros sin ningún tipo de control por parte del banco quien tiene el deber de cuidar y aplicar las normas y los procesos tendientes a la protección de las sumas bajo custodia”.

1.2. El Tribunal, concordemente con lo dictaminado por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial²⁴, revocó la resolución de primera instancia que rechazó la medida cautelar descripta en el párrafo que antecede.

En lo medular, la Sala afirmó lo siguiente: “...si bien en similares situaciones esta Sala no accedió a las medidas cautelares por falta de indicios referidos a la verosimilitud del derecho, de la documental agregada en fs. (...) puede colegirse con suficiente grado de certeza la versión de los hechos provista por el accionante en su libelo inicial.

Baste señalar a estos efectos, que la documental acompañada -en particular las denuncias formuladas ante Defensa del Consumidor y la División de Operaciones de la Comisaría Vecinal 12° de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires- resultaría correlativa con su relato de los hechos y de la que podría colegirse el acaecimiento de la versión del actor.

Y si bien no ha sido acompañado reclamo alguno ante la entidad bancaria, tal extremo no podría ser requerido en esta instancia, teniendo en cuenta que el accionante señaló que los reclamos fueron efectuados de forma presencial en la sucursal bancaria, hecho este sobre el cual se ofreció prueba (...) De tal manera (...) parece prudente acceder a las medidas solicitadas, considerando además la condición de consumidor hipervulnerable que ostentaría el accionado y que fue señalada en el dictamen fiscal; de la que

²⁴ Dictamen N°808/2023 del 27.04.2023 emitido por la doctora Gabriela Boquín.

claramente deriva también el peligro en la demora pues podría colocarlo en una situación de sobreendeudamiento de por sí gravosa (CNCom., esta Sala, “Iriarte, Rodolfo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Ordinario” del 1.02.22²⁵).

2.1. Lo novedoso de este asunto es que la Sala, al decidir “...acceder a las medidas solicitadas...”, admitió -como anticipamos- la devolución al demandante de la totalidad del dinero que invocó que le fue sustraído mediante una maniobra de phishing²⁶ y también admitió la pretensión de medida cautelar dirigida a ordenarle al banco que se abstenga de iniciar reclamos judiciales contra el demandante con motivo de esta operación.

Y afirmamos que es un novedad pues, como señaló el juez de primera instancia en la decisión adoptada el 13.04.2023 al rechazar la medida cautelar, “...es prácticamente unánime la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de que cautelares de esa naturaleza no pueden apuntar a la paralización de una eventual demanda a iniciarse -o iniciada contra quien la peticiona- sin perjuicio de los derechos que el impetrante estime le corresponden y haga valer por la vía oportuna”.

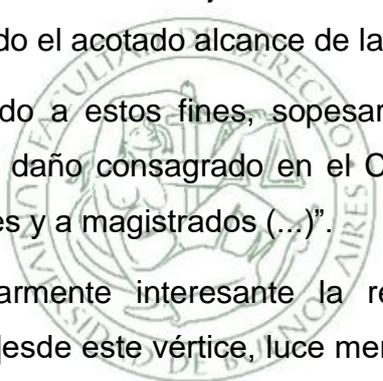
²⁵ En este asunto, el Tribunal resolvió en igual sentido y con argumentos similares con fecha 01/02/2022, en virtud de apreciar como “... prudente acceder a las medidas solicitadas, considerando además la condición de consumidor hipervulnerable que ostentaría el accionado y que fue señalada en el dictamen fiscal de foliatura digital 43/51; de la que claramente deriva también peligro en la demora pues podría colocarlo en una situación de sobreendeudamiento de por sí gravosa, máxime si la misma es utilizada para percepción de haberes jubilatorios...”. Cabe destacar que en los autos referidos, se habían solicitado dos medidas distintas, rechazadas por el Tribunal de Primera Instancia: la de no innovar, con el fin de que el demandado se abstenga de retener las cuotas en relación al crédito cuestionado, y la innovativa, consistente en ordenar a la entidad bancaria a que proceda a la reversión provisional de los débitos efectuados con motivo del crédito en cuestión.

²⁶ Otros tribunales no han admitido medidas cautelares con ese alcance. Puede verse un precedente de la Sala D de la CNCom., en el que se resolvió lo siguiente: “corresponde rechazar la medida autosatisfactiva solicitada por un cliente bancario, orientada a obtener la inmediata restitución de cierta suma de dinero que -según afirmó- fueron ilegítimamente transferidas por terceros, o un embargo sobre las cuentas de la entidad financiera emplazada. Ello así, pues no es posible tener por acreditado a partir de la prueba documental acompañada (denuncia policial, denuncia ante la entidad bancaria y resumen de cuenta) y con el grado de nitidez que el caso amerita, la responsabilidad del banco emplazado por la sustracción de los fondos de la cuenta del actor por parte de terceros o bien la negligencia de la entidad en su deber de cuidado sobre el sistema informático de seguridad” (CNCom., Sala D, 08.11.2022, “Miglioriano Humberto Antonio c/Banco Supervielle SA s/medida precautoria”, sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom. Aclaremos que no hemos podido acceder a la resolución completa).

Sala C²⁷

En un asunto resuelto el 02.06.2021²⁸, el Tribunal decidió confirmar la decisión adoptada en la primera instancia “...que ordenó al banco accionado abstenerse de efectuar los descuentos y/o retenciones sobre dos préstamos que se invocaron concertados de modo fraudulento”.

Como sustento argumental, la Sala indicó que “...si bien cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles; no obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura de la accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor -de rango constitucional y considerando el acotado alcance de la petición cautelar.

También es válido a estos fines, sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el CCCN 1710 y ss., el cual interpela igualmente a partes y a magistrados (...).”.

Resulta particularmente interesante la reflexión que formula el Tribunal cuando afirma: “[d]esde este vértice, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que su denegatoria.

Ello, en la suposición que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito de sendos préstamos -cuestionados- su cliente asalariada. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional”.

²⁷ Integrada por la doctora Julia María L. Villanueva y el doctor Eduardo Roberto Machin.

Los autores sólo hemos encontrado un precedente de la Sala C sobre la temática que es objeto de este trabajo. Empero, claro está, esto no significa en modo alguno que no existan más precedentes emanados de este tribunal. Aclaramos, además, que solo hemos podido acceder al sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom.

²⁸ CNCom. Sala C, 02.06.2021, “Salom Noelia Romina c/Banco Santander Río SA s/medida precautoria”.

Sala D²⁹

1.1. En el marco de una acción de fondo tendiente a que se declare la nulidad de las operaciones referidas a supuestos créditos generados en forma ilícita y se condene al banco demandado a la restitución con intereses de las sumas cobradas en forma compulsiva, con más los daños y perjuicios, el demandante solicitó una medida cautelar de no innovar con el objeto de que el banco suspenda el cobro de las cuotas de aquel préstamo que, según afirmó, no fue solicitado por él sino por terceros.

Además, requirió una medida cautelar que ordene a la demandada abstenerse de iniciar cualquier acción en relación al préstamo en cuestión³⁰.

Los antecedentes del caso son los siguientes: "...el 29.04.2021, al intentar ingresar al home-banking del banco Patagonia, notó que no lo podía hacer porque al ingresar sus datos de identificación surgía que su usuario se encontraba bloqueado. [P]or ese motivo, llamó al banco para informar tal circunstancia y realizar el procedimiento de reseteo de la clave.

Una vez efectuado el procedimiento de reseteo, y al acceder con una nueva clave, pudo constatar -en la misma fecha- que el saldo de su caja de ahorro era diferente, pues antes del incidente era de \$5.743 y después de éste existían fondos por \$643. Asimismo, al consultar los movimientos, detectó la acreditación de dos préstamos, supuestamente solicitados en forma online, por \$495.000 y \$9.900; operatoria que desconoció haber efectuado e impugnó inmediatamente ante el banco Patagonia. En síntesis, dijo haber sido víctima de un fraude bancario³¹.

²⁹ Integrada por los doctores Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto.

³⁰ Lo expresó del siguiente modo: "... que la demandada se abstenga de: i) formular cualquier tipo de acción judicial a los efectos de perseguir el cobro de los préstamos, como así también de solicitar cualquier medida que pudiera afectar bienes o el sueldo del actor; ii) realizar cualquier tipo de gestión de cobranza, en especial, pero no exclusivamente, que no realice llamadas telefónicas, ni utilice sistemas de mensajería tanto respecto del suscripto como a contacto y/o terceras personas. No envíe correspondencia ni virtual ni en papel, ya sea al domicilio particular, y mucho menos al domicilio laboral; y iii) informar la falta de pago del crédito a la central de deudores morosos del B.C.R.A. durante la tramitación de este proceso".

³¹ Apartado II.1. de la resolución del 03.11.2021 del Juzgado Nacional en lo Comercial N°19 a cargo del doctor Gerardo Santicchia dictada en el marco del expediente "Tozzi Adrián Horacio c/Banco Patagonia SA s/ordinario" (expediente N° 180313/2021).

1.2. Tras hacer algunas consideraciones conceptuales acerca de la medida innovativa, el juez de primera instancia ponderó el contenido del correo electrónico enviado por el banco demandado al demandante en ocasión de responder el reclamo extrajudicial. Allí el banco informó al demandante que, luego de una investigación interna, fue verificado que “...los movimientos por Ud. cuestionados fueron efectuados a través de la plataforma E-Bank, accediendo a la misma con usuario y clave de manera correcta. Adicionalmente al operar el sistema requirió el uso de la clave token [de modo que, en definitiva] no se detectaron anomalías ni irregularidades en la operación mencionada, la misma se efectuó con normalidad sin rechazos ni inconsistencias...”³².

En este escenario fáctico, el juez de primera instancia concluyó “...que existiría controversia entre las partes respecto a la toma de los mencionados préstamos” por lo que rechazó la medida cautelar innovativa.

1.3. Y, en lo atinente al pedido para que la demandada se abstenga de formular cualquier tipo de acción judicial a los efectos de perseguir el cobro del préstamo cuestionado, el juez de primera instancia aplicó la clásica jurisprudencia -ya citada en este trabajo- que rechaza peticiones de esa naturaleza.

2.1. El demandante apeló la decisión de primera instancia y, el 30.11.2021, la Sala D revocó parcialmente la decisión, admitiendo la medida cautelar de no innovar aunque mantuvo lo decidido respecto de la improcedencia de ordenar que el demandado se abstenga de formular reclamos³³.

En lo medular, el Tribunal afirmó lo siguiente: “...sin soslayar que no es posible definir en este estadio embrionario del proceso la responsabilidad por el deber de cuidado sobre los datos personales y el sistema de seguridad bancaria que debe brindar la entidad emplazada, lo cierto es que de acuerdo con el relato efectuado en ocasión de promover la acción y los elementos de prueba acompañados por el pretensor -principalmente con la denuncia penal

³² Apartado II.2. de la resolución del 03.11.2021 del Juzgado Nacional en lo Comercial N°19 a cargo del doctor Gerardo Santicchia.

³³ CNCom., Sala D, “Tozzi Adrián Horacio c/Banco Patagonia SA s/ordinario” (expediente N° 180313/2021/CA1), 30.11.2021.

oportunamente efectuada respecto de la estafa alegada y el extractos bancarios de la cuenta de titularidad del señor Tozzi correspondiente a la caja de ahorro (...), la Sala juzga que, a priori, el derecho invocado aparece verosímil.

Lo expuesto, máxime teniendo en cuenta, el carácter de consumidor que detenta el iniciante de la litis frente a la institución demandada, lo cual en principio, impone una interpretación favorable a sus intereses (arg. LDC, 3, segundo párrafo, y CN 42)”.

Y, en lo atinente a la ponderación del peligro en la demora, la Sala afirmó “...que en el caso es factible percibir los perjuicios que desde el plano económico le podría acarrear a la parte actora el devengamiento de las cuotas del monto del préstamo -vgr. ante una eventual mora por imposibilidad de pago- ; de modo que a juicio de este Tribunal el peligro en la demora, prima facie, también se encuentra demostrado y justifica la concesión de la medida cautelar solicitada”³⁴.

2.2. Respecto de la pretensión tendiente a que se ordene a la demandada a abstenerse de iniciar cualquier acción en relación al préstamo en cuestión, la Sala rechazó esa solicitud.

Sustentó su decisión indicando que “...debe tenerse presente que la medida de no innovar no puede interferir en otro proceso distinto de aquel en que se solicitó, tanto sea que el mismo ya se encuentre resuelto, en trámite o por promoverse, pues de lo contrario se violentaría la autoridad de la res judicata o

³⁴ El Tribunal ha adoptado decisiones similares en otros asuntos, tales como “Mendoza Edgardo Omar y Otro c/Banco Santander Río SA s/ordinario s/inc. de apelación art. 250” del 07.09.2021 y “Lucero Gladys Noemí c/Banco Santander Río SA s/sumarísimo” del 18.11.2021. Se trata de casos similares al expuesto en el cuerpo principal de este trabajo pero sin contener la pretensión cautelar de que el demandado se abstenga de iniciar reclamos en razón del préstamo cuestionado.

Asimismo, en los autos “Migliorino, Humberto Antonio c/ Banco Supervielle S.A. s/ Medida Precautoria” (expte. N° 17337/2022), el 08.11.2022, el Tribunal rechazó una medida autosatisfactiva “...orientada a obtener la inmediata restitución de cierta suma de dinero que -según afirmó- fueron ilegítimamente transferidas por terceros, o un embargo sobre las cuentas de la entidad financiera emplazada...”. Fundó su decisión en que “...no es posible tener por acreditado a partir de la prueba documental acompañada (denuncia policial, denuncia ante la entidad bancaria y resumen de cuenta) y con el grado de nitidez que el caso amerita, la responsabilidad del banco emplazado por la sustracción de los fondos de la cuenta del actor por parte de terceros, o bien la negligencia de la entidad en su deber de cuidado sobre el sistema informático de seguridad...”. Sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom. Aclaremos que no hemos podido acceder a la resolución completa.

el derecho que tiene toda persona de ocurrir ante el órgano jurisdiccional para hacer valer los reclamos que entienda legítimos -que integra su defensa en juicio-, sin perder de vista que ello importaría, además limitar las propias facultades del órgano judicial en el ejercicio de la aplicación del derecho o en el cumplimiento de sus propios pronunciamientos, sin que ello, en principio, importe colocar a la accionante en una situación de indefensión por cuanto, de considerarlo procedente, podrá solicitar en el actual o eventual juicio la suspensión del trámite o ya su acumulación”.

2.3. Por último, en lo que respecta a la contracautela, la Sala la fijó con la modalidad de caución juratoria porque “...advierte un contexto de suficiente verosimilitud en el derecho (...) y además, decidir lo contrario atentaría contra la propia finalidad que se persigue mediante el dictado de una medida innovativa como la de la especie”.

Sala E³⁵

1.1. El Tribunal confirmó³⁶ la decisión adoptada en la primera instancia³⁷ mediante la cual se admitió la medida cautelar pretendida por el demandante y se le “...ordenó al demandado que se abstenga de reclamar compulsivamente el pago de las cuotas correspondientes al préstamo cuestionado, y de cualquier otro concepto derivado del mismo -con excepción del saldo remanente de dicha operación que aún hubiere en la cuenta del actor-, como así también de continuar realizando débitos con causa en dicho crédito, hasta tanto recaiga pronunciamiento definitivo en las presentes actuaciones”.

Los antecedentes del caso son los siguientes: el demandante promovió una demanda contra el banco en el que tenía una cuenta bancaria activa. El objeto de la demanda estaba dirigido a obtener una sentencia que declare la nulidad de un préstamo bancario personal que habría sido obtenido

³⁵ Integrada por los doctores Miguel F. Bargalló, Hernán Moncla y Ángel O. Sala.

³⁶ CNCom., Sala E, 04.05.2021 “Zapata Federico Eduardo c/Banco BBVA Argentina SA s/incidente art. 250” (expediente N°8216/2020).

³⁷ Decisión adoptada el 18.09.2020.

mediante phishing. Junto con la pretensión de fondo, el demandante pidió una medida cautelar de prohibición de innovar, tendiente al que el banco se abstuviera de realizar débitos sobre su cuenta bancaria, con motivo de un préstamo bancario de \$1.000.000 obtenido por terceros por medio de phishing³⁸.

1.2. La jueza de primera instancia, si bien inicialmente rechazó la medida cautelar³⁹, tras un recurso de revocatoria, concedió la medida cautelar.

En concreto, la jueza ponderó la prueba que acompañó el demandante que consistía en: “...(i) comprobantes de la acreditación en su cuenta del crédito personal por la suma de \$1.000.000 -que afirmó jamás haber solicitado-; (ii) constancias de la transferencias efectuadas con fecha 22/7/2020 por \$300.000 y por \$600.000 a CBU y CUIT destinatarios que señaló como desconocidos por su parte; (iii) correos electrónicos que evidencian el reclamo realizado el Banco BBVA Argentina S.A. con motivo del préstamo y de las transferencias que afirmó no haber efectuado, así como el resultado negativo del mismo; (iv) la carta documento remitida a dicha entidad que no habría obtenido respuesta y (v) copia de la denuncia penal realizada⁴⁰.”

³⁸ Los detalles del asunto son los siguientes: el demandante relató que “personas desconocidas ingresaron utilizando maniobras y técnicas aún no determinadas a su sistema de homebanking y solicitaron un préstamo personal por la suma de un millón de pesos. Indicó que luego de haberse acreditado en su cuenta el importe señalado, recibió diversos llamados en su teléfono celular por individuos que simulaban ser empleados del banco. Manifestó que ante las dificultades que había experimentado para operar en los días previos a la operación cuestionada, los atendió y les brindó la información por ellos solicitada. Advirtió que con posterioridad a ese hecho se realizaron dos transferencias una por \$300.000 y otra por \$600.000 a números de CBU cuyos titulares desconoce. Señaló que con posterioridad concurrió a su sucursal bancaria, en donde realizó la denuncia pertinente. Indicó, no obstante, que el 05.08.2020 recibió un correo electrónico de la entidad bancaria donde se le informó que su reclamo había sido rechazado y que, ante la negativa del banco, el 07.08.2020 formuló una denuncia penal por estafa y defraudación informática que quedó radicada en un Juzgado Criminal de la ciudad de Buenos Aires. Por último apuntó que el día 11.08.2020 remitió carta documento notificando al banco de la radicación de la denuncia, desconoció el préstamo solicitado y las transferencias realizadas inmediatamente después de que el mismo se acreditara e intimó a no realizar débito alguno en su cuenta para la cancelación de cuotas o por cualquier otro concepto del préstamo antes indicado, sin obtener respuesta alguna a dicho reclamo”.

³⁹ Decisión adoptada el 07.08.2020 por la doctora Paula María Hualde, titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N°9 Secretaría N°17.

⁴⁰ El Tribunal apuntó que “...en lo que respecta a esta última, adquiere significación probatoria la denuncia efectuada en sede penal por quien manifiesta haber sido víctima del delito descrito, pues resulta poco probable que una persona, en el particular marco del ASPO dispuesto por el Gobierno Nacional, se tome la molestia de efectuar los diversos reclamos descriptos a Banco BBVA Argentina S.A. y tras ello realice una falsa denuncia al respecto en el fuero represivo”.

Ese escenario fáctico resultó suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho.

1.3. En lo atinente al peligro en la demora, la jueza señaló que aquél “...se desprende del impedimento denunciado por el peticionante de la medida para afrontar los pagos de las cuotas cuestionadas y las obvias consecuencias que se derivarían de la ejecución del préstamo impugnado hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. Y más allá de lo difícil que puede resultar demostrar dicho impedimento, no cabe duda que el hecho de tener que afrontar el pago de cuotas de un préstamo que se dice no haber solicitado -ni percibido como destinatario final- constituye sin duda un peligro inminente, cualquiera sea la situación financiera en que el sujeto se encuentre”.

2.1. La CNCom., al confirmar la decisión adoptada en la primera instancia que había sido apelada por la demandada, trató con detalle el planteo del demandado en el que sostenía que, de acuerdo con una investigación informática interna, no advertía registrados indicios de fraude sobre las operaciones detalladas y manifestó (en el memorial pero también en un carta documento dirigida al demandante) que aquellas transferencias bancarias “...sólo pudieron haberse efectivizado con su usuario y clave personal, teniendo Ud. la obligación de no divulgar ni suministrar dichos datos a terceros conforme lo establecido en las Condiciones Generales de Contratación de Productos y Servicios por Ud. suscriptas oportunamente...”, deslindándose de cualquier tipo de responsabilidad que “...usted pretenda imputar a esta entidad en relación a los hechos narrados en su misiva...”.

El Tribunal neutralizó este argumento haciendo una valoración de la prueba producida en el expediente penal del que “...se puede advertir que ya se habrían identificado a las dos personas que recibieron las transferencias realizadas desde la cuenta del actor por la suma de \$ 900.000 (Emanuel Rubén Varela y Milagros Rojas), existiendo, según la Fiscalía allí actuante, suficientes argumentos para dirigir una imputación concreta en su contra.

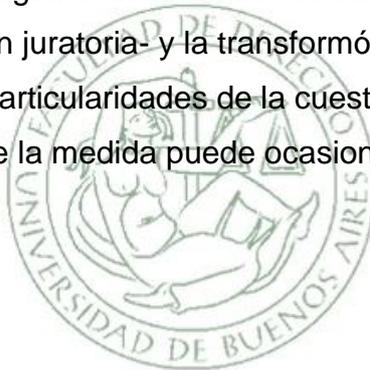
Y en este marco cautelar resulta esencial puntualizar que en dicha sede también se pudo establecer que el alta del préstamo a través del home-banking del actor se habría realizado el 22 de Julio de 2020, a las 11.39 horas,

desde la IP no 170.51.84.17; habiendo informado la empresa AMX CLARO, que tal IP resultaba ser “dinámica”, con lo cual no poseía titularidad”.

En ese escenario, el Tribunal concluyó que “...no es posible descartar que en el primer tramo de la operatoria denunciada, necesaria e inicial para su conclusión donde habría tenido intervención el actor, no hubiese existido una situación de vulnerabilidad del sistema informático del Banco ajeno al consumidor”.

Este argumento ha sido utilizado por la Sala en otros asuntos, de modo que pareciera ser su doctrina⁴¹.

Con este hilo argumental, confirmó la decisión de primera instancia aunque la Sala modificó el régimen de la contracautela -que había sido dispuesto con la modalidad de caución juratoria- y la transformó en una caución real. Para ello, tuvo en cuenta “...las particularidades de la cuestión, la índole de la medida ordenada, los perjuicios que la medida puede ocasionar al Banco y la necesaria



⁴¹ CNCom., Sala E, 16.07.2021 “Abal Pablo Alberto c/Banco BBVA Argentina SA s/ordinario s/inc. art. 250” (expediente N°14446/2020); 14.09.2021, “Escalante, Marisa Rosana c/ BBVA Francés S.A. s/ Ordinario” (Expte. N° 41699/21). Puede verse también la decisión adoptada el 18.06.2021, “Grosso Luciana c/Banco de Galicia y Buenos Aires SAU s/ordinario” (expediente N° 4487/2021). Los hechos del caso son los siguientes: “la actora demandó a su banco porque le otorgó dos créditos que ella no había solicitado. Dijo que se contactó a través de la cuenta de Instagram registrada bajo el dominio “Banco Galicia oficial ok” y que de manera inmediata recibió respuesta de alguien que invocó ser su asistente personal. Con esa comunicación, más una conversación telefónica y unos mails recibidos, lograron extraerle los datos necesarios para gestionar los créditos y poder realizar las transferencias de los fondos depositados en su cuenta. Como sustento probatorio de su relato, no solo aportó el posterior intercambio epistolar con el banco demandado sino copia de la documentación vía Instagram, del mail invocado, de las constancias de movimiento de la cuenta y del recibo del sueldo que percibe como docente del Instituto Modelo Esteban Echeverría SRL (...) también acreditó la denuncia penal realizada...”. El Tribunal apuntó que “...del intercambio epistolar se advierte que la entidad bancaria, más allá de manifestar una formal negativa de los hechos, intentó desligarse de toda responsabilidad por los daños sufridos por su cliente. Todo indicaría que el banco no habría controvertido que el alta de los préstamos se ejecutaron a través del home banking de la actora en las fechas denunciadas. Por otro lado, es llamativo que el banco tenga preadjudicado préstamos en una cuenta sueldo que exigiría el pago mensual de cuotas muy elevadas en relación al sueldo que la accionante percibe en dicha cuenta”. En ese contexto, el Tribunal afirmó que “...no es posible descartar que en el primer tramo de la operatoria denunciada, necesaria e inicial para su conclusión donde habría tenido intervención la actora, no hubiese existido una situación de vulnerabilidad del sistema informático del banco ajeno al consumidor o que fuere realmente ajeno a la existencia de cuentas de Instagram bajo nombre que lo identificarían”.

vinculación que debe existir entre la garantía y el grado de verosimilitud del derecho que se apreciara...”⁴².

3.1. Por otro lado, en un asunto dictado el 11.07.2022⁴³, el tribunal confirmó una resolución dictada en primera instancia, que “... si bien admitió la medida cautelar solicitada por el actor, orientada a evitar que el banco prosiga descontando de la cuenta bancaria del actor los adelantos en efectivo efectuados a través de su tarjeta de crédito en forma fraudulenta por tercero y rechazó la medida orientada al reintegro de los fondos que sostuvo fueron “ilegalmente” sustraídos...”. Para resolver en el sentido indicado, consideró que “... la admisión de lo requerido, en el marco de cognición de este proceso en el cual se carece de todos los elementos necesarios para evaluar final y definitivamente si le asiste derecho al reintegro por parte del banco de las sumas debitadas de su cuenta bancaria, produciría los mismos efectos que si se hiciera lugar a la demanda que la actora deberá iniciar ...”.

Sala F⁴⁴

1.1. En un asunto⁴⁵ en el que el demandante habría sido víctima de phishing bancario al haber suministrado información confidencial y sensible a terceros, el Tribunal decidió confirmar la resolución adoptada en la primera instancia “...que concedió la medida cautelar solicitada tendiente a que la entidad bancaria en lo sucesivo se abstenga de realizar descuentos sobre las cuentas

⁴² Doctrina que ha reiterado el 18.06.2021, “Grosso Luciana c/Banco de Galicia y Buenos Aires SAU s/ordinario” (expediente N° 4487/2021) y el 16.07.2021 “Abal Pablo Alberto c/Banco BBVA Argentina SA s/ordinario s/inc. art. 250” (expediente N°14446/2020).

⁴³ CNCom, Sala E, 11.07.2022, “Lupi, Vanina Alejandra María c/ Industrial and Comercial Bank of China (Argentina) S.A. y otro s/ Medida Precautoria”

⁴⁴ Integrada por la doctora Alejandra N. Tévez y los doctores Rafael Barreiro y Ernesto Lucchelli.

Los autores sólo hemos encontrado los siguientes precedentes de la Sala F sobre la temática que es objeto de este trabajo. Empero, claro está, esto no significa en modo alguno que no existan más precedentes emanados de este tribunal. Aclaremos, además, que solo hemos podido acceder al sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom.

⁴⁵ CNCom., Sala F, del 13.04.2021, “Gabrielich Silvia Eliana c/Banco Santander Río SA s/medida precautoria”.

que posee la accionante en institución bancaria, siempre que los débitos tengan origen en cierto préstamo personal”.

La Sala señaló que adoptó esa decisión “...por cuanto, en el caso, la actora promovió un proceso cuyo objeto consiste en solicitar la nulidad del préstamo personal pre-aprobado y las transferencias realizadas sin su consentimiento, restitución de sumas abonadas y/o transferidas otorgados por la entidad bancaria demandada, sin ninguna intervención y solicitud de su parte que tuvieron como causa, un supuesto ilícito (“phishing”), a través de la red social twitter; y ciertamente resultan elementos de suficiente tenor para avalar la versión de los hechos apuntada por la accionante”.

El Tribunal invocó, como sustento de su decisión, que “...es deber de la judicatura el evitar la consumación de un daño mayor, en una operatoria amparada por una legislación de orden público, tal la ley 24240 (arg. LDC 65, CCCN 10 parte 3o, 960, 1710/11, 1082, 1388 último párrafo (...))”.

1.2. Además, y en lo atinente a la contracautela, el Tribunal adoptó un criterio novedoso al eximir al demandante de la prestación de contracautela.

Lo hizo expresamente y en los siguientes términos: “[c]onteste con ello tampoco habrá de exigirse prestación de contracautela alguna. Esta Sala ha extendido el alcance del CPR 200-2 a procesos donde no fue concedido el beneficio de litigar sin gastos en razón de circunstancias especiales (v. “Di Meo Marta Graciela c/ Lauro Lonzarich Fernando s/ ordinario” del 28/10/10). Particularidad que también cabe dar por acaecida en el caso, a que se recale en la interpretación amplia que este Tribunal formula de la LDC 53 y la innecesidad de transitar la vía del CPR 78”.

2.1. En una decisión adoptada el 15.03.2021⁴⁶ el Tribunal decidió “...revocar la providencia que desestimó la ampliación de la medida innovativa otorgada al actor. Ello por cuanto, en el caso, se pretendió que se ordene al banco demandado cesar en el cobro/débito de las cuotas del préstamo personal obtenido de modo fraudulento.

⁴⁶ CNCom., Sala F, 15.03.2021, “Corvini Alfredo Luis c/BBVA Banco Francés SA s/medida precautoria”.

Se invocó que un tercero, mediante el artilugio de su requerimiento telefónico procedió a retirar el dinero por la ventanilla de una sucursal de la entidad, portando el documento de identidad del accionante, el cual había sido hurtado de su vehículo junto con otros elementos en días anteriores.

De tal suerte y por haberse juzgados satisfechos en grado los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora, factible otorgar el alcance requerido por el accionante para la reversión de aquellos débitos.

De allí que resulte pertinente desde esta perspectiva precautoria, disponer que el cese ordenado ostente efectos retroactivos, debiendo proceder el banco a la reversión provisional de los cuatro débitos indicados, con la consecuente acreditación en la caja de ahorro de titularidad del actor”.

Por nuestra parte, agregamos que la solución a la que llega la Sala F es similar a la que ha llegado la Sala B en el precedente citado en la nota al pie número 19⁴⁷ del presente trabajo.

IV. Palabras de cierre

Los precedentes judiciales referidos dan cuenta de la existencia de un criterio que pareciera ser unánime en cuanto a la procedencia de la medida de no innovar, consistente en la suspensión de los débitos por los préstamos que habrían sido otorgados sin el consentimiento de la parte demandante, ello hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. Existen diferencias en torno al tipo de contracautela que fijan, ya sea caución juratoria (Salas A y D), caución real (Sala E) o sin caución (Sala F).

En lo que respecta a la concesión de la medida innovativa, consistente en la devolución al consumidor de los importes extraídos, existen criterios judiciales opuestos, en tanto que algunos tribunales han estimado procedente la medida (Salas B y F), y otros la han desestimado (Salas A, D y E).

⁴⁷ CNCom. Sala B, 17.05.2023 “Carballo Quibel, Luis Rene c/Banco Supervielle s/Ordinario” (expediente N°104744/2022).

DECONOMI

AÑO VII – NÚMERO 21

Adicionalmente, y como fruto de esta investigación, detectamos que algunos tribunales se han pronunciado a favor de la procedencia de la medida cautelar de no innovar consistente en disponer que el banco demandado se abstenga de informar al demandante como moroso en los registros de deudores (Sala A).

Por último, existen precedentes que han hecho lugar al pedido de que el banco se abstenga de iniciar acciones (Sala B), mientras que otros han desestimado tal pretensión (Sala D).



DECONOMI