



(13) R - Juzg. 9

**"M., A. M. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ DAÑOS
Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)"**

VISTOS:

Los presentes autos, traídos a despacho a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto el 23 de diciembre por el doctor M. A. Z. representante de la parte actora contra la resolución del 21 de diciembre de 2020; y

CONSIDERANDO que:

I.- Antecedentes:

El 28 de octubre de 2020 se presentó la señora A. M. M., patrocinada jurídicamente por el doctor Z., e interpuso demanda contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que se declare la nulidad de un préstamo y un adelanto de haberes realizado desde su "home banking" en dicha entidad. Asimismo, reclamó una indemnización por los daños y perjuicios que sufrió a raíz de la operatoria.

En dicha pieza, manifestó haber sido víctima de una estafa electrónica llamada "phishing", habiendo un tercero sustraído mediante diversas maniobras sus datos de acceso a su banca electrónica y describió los préstamos que pretende anular.

Finalmente, y en lo que al presente recurso importa, solicitó como medida cautelar que "*...se ordene a la demandada la abstención en lo sucesivo de efectuar los débitos automáticos y mensuales en mi caja de ahorro 0014-6101 003-210374 por el préstamo personal de \$ 376.000 de fecha 17/09/2020 y se ordene la restitución de las sumas de \$ 20.141,48 (en concepto de débito cancelación adelanto de haberes y el saldo existente al 16/09/2020)...*" (textual escrito del 28/10/2020).

En la resolución del 12 de noviembre el señor Juez de primera instancia proveyó la demanda incoada y abordó el tratamiento de la medida



cautelar requerida.

Explicó que no halló acreditado el grado de probabilidad exigido, es decir, el recaudo de la verosimilitud en el derecho. Relató que si bien la documentación aportada resulta idónea para tener por acreditada la vinculación existente entre actor y demandado, no alcanza para tener por configurado "prima facie" con el grado de probabilidad en el derecho (no certeza) exigidos.

El 25 de noviembre la actora amplió y modificó la demanda instaurada, acompañó nueva documentación (entre ella, copia de la causa penal que tramita ante la fiscalía de delitos económicos) y requirió nuevamente la medida cautelar que fuera rechazada.

II.- Resolución recurrida:

En el proveído apelado el señor Juez de primera instancia desestimó nuevamente el pedido cautelar.

Para resolver así relató que *"...no encontrando, entre los nuevos elementos aportados, motivos que ameriten variar el criterio fijado en la resolución de fecha 12/11/2020, se desestima -en este estado- el pedido de revisión formulado..."* (textual, resolución del 21/12/2020).

Añadió que de la causa penal surge que la fiscalía interviniente solicitó medidas probatorias autorizadas por el Juez de Garantías pero no advirtió que se hubieran tomado decisiones relevantes en cuanto a la forma en la que se habrían llevado a cabo los hechos materia de investigación.

III.- Recurso interpuesto:

El doctor Z., invocando los beneficios del art. 48 del CPCC en nombre de su representada, interpuso recurso de apelación el 23 de diciembre de 2020, fundándolo el 8 de febrero de 2021.

Entendió que según surge del informe del Secretario al Fiscal que da cuenta que se ha tramitado en dicha Fiscalía IPP 15800-20 en que se investiga el ardid desplegado por personas no identificadas, que consistió en que su representada entregara los datos personales que permitieron el



ingreso indebido a la cuenta del homebanking y la realización de transferencias desde allí.

También dijo que la conclusión a la que llega la Juez a quo respecto a que en la causa penal no se han tomado decisiones relevantes en cuento a la forma en la que se habrían llevado a cabo los hechos que son materia de investigación, no se condice con las constancias existentes. Detalló las medidas de prueba ordenadas.

Narró que la letra del art. 288 del Código Civil y Comercial dispone que en caso de negarse la autenticidad de una firma electrónica le corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Recordó que su representada es una consumidora en estado de vulnerabilidad y encuadró el obrar de la entidad financiera accionada como un caso de responsabilidad objetiva, conforme la Ley de Defensa de los Consumidores.

Expuso que luego de remitirle al banco una carta documento, este le contestó que no podría dar de baja el préstamo ni el adelanto de haberes de no existir una orden judicial.

Por último remarcó que el Banco Provincia falló en su deber de seguridad y solicitó que se revoque la resolución apelada ordenando la medida cautelar solicitada.

IV.- Tratamiento del recurso:

a) Resumiremos a continuación el **encuadre legal** del caso bajo estudio.

De las constancias obrantes en autos surge que existe una relación de consumo entre las partes del proceso. También hay una tutela efectiva que tiene la actora de raigambre constitucional y convencional (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 15 Const. Pcia. Bs. As).

Así, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, define a este grupo como *"...aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad*



base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor..." (conf. art. 2 Conv. cit.)

El artículo cuarto de ese cuerpo normativo dice que los estados partes *"...adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos..."* (conf. art. 4 Conv. cit).

En cuanto a la relación de consumo, la Resolución n° 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación, dice en su artículo primero: *"Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores..."* (conf. Res. 139/2020 Sec. Com. de la Nación).

Repárese que, entre la vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables como en el presente caso en relación a la condición de "adulto mayor" de la actora, permite identificar en el derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo.

La intervención de la justicia en auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica y constituye expresión cabal del principio *pro homine o pro persona*. Desde ese enfoque, la protección del consumidor vulnerable se afianza en el nuevo el Código Civil y Comercial de la Nación, en razón que se exige que los derechos humanos encuentren eficacia



concreta en la aplicación las reglas de Derecho privado (conf. art. 1 CCyCN, y argto. conf. doct. Sandra A. Frustagli "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino", cita online: <https://shortest.link/8Ec>).

Recientemente el Banco Central publicó la comunicación "A" 7199 del 06/01/2021 (relacionada con la contratación por medios electrónicos) en la que señala: "*...que los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en toda relación de consumo, a: -la protección de su seguridad e intereses económicos; -recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten - incluyendo sus términos y condiciones- , así como copia de los instrumentos que suscriban; -la libertad de elección; y -condiciones de trato equitativo y digno...*" (textual).

Como podrá observarse el plexo normativo aplicable al caso de autos coloca a la demandante en un marco protectorio ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria.

b) Sentado lo anterior, analizaremos la **medida cautelar peticionada** teniendo en vista el encuadre legal expuesto en los párrafos precedentes.

Adelantamos que la resolución denegatoria dictada en la instancia de origen debe ser revocada por los argumentos que se explicarán a continuación.

i) Verosimilitud en el derecho

El primer extremo requerido para el progreso de toda medida que se encuadre como precautoria es la demostración liminar de la apariencia de razón en el reclamo que se está llevando ante el órgano jurisdiccional, lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como acreditación de la verosimilitud en el derecho (argto. jurisp. esta Sala causa N° 148.746, RSI 369/11 del 31/8/11; Sala II, causa N° 106972 RSI 864/98 del 20/10/1998; entre otras; argto. doct. Eduardo N. de Lázzari, "*Medidas Cautelares*", T. I,



Ed. Platense, Cdad. de La Plata, 1995, pág. 23).

Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una **aceptable verosimilitud** como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite.

Si bien **debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y "prima facie" lo demuestren** (argto. doct. Jorge L. Kielmanovich, *"Medidas Cautelares"*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Bs. As., 2000, pág. 51).

En esa línea de pensamiento este Tribunal ha dicho en reiteradas ocasiones con relación a la verosimilitud en el derecho que constituye una **mera apariencia de su existencia**, no requiriéndose la demostración de un derecho cierto, líquido y consolidado, sino tan sólo probable y aún dudoso, o sea, un derecho incipiente (argto. jurisprud. esta Cámara, Sala III, causa N° 148.746, RSI 369/11 del 31/8/2011, Sala II, causas N° 93097 RSI 1008/94 del 27/12/1994, N° 95155 RSI 7/96 del 2/2/1996, N° 115742 RSI 1318/0 del 26/12/2000; Sala I, causa N° 124786 RSI 748/3 del 12/6/2003, causa N° 128333 RSI 811/5 del 9/6/2005; entre otros).

ii) Peligro en la demora

En relación al peligro en la demora debe apuntarse que este tópico no versa sobre *"... el peligro genérico de daño jurídico, sino que es específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que **podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario...**"* (Ramírez, Jorge O.; *"Función precautelar"*, Astrea, Bs. As., 2005, p. 160).

Este Tribunal ha sostenido que *"... el peligro en la demora no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario ..."* (Esta Cámara, sala III, causa nro. 151.773,



RSI 927/12 del 11/09/2012).

El peligro en la demora para el caso específico de la medida innovativa está dado por ese riesgo de que mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío y llegar cuando el daño sea irremediable.

iii) Medida cautelar genérica

En la precautoria requerida por la accionante destacamos que las **medidas innovativas** apuntan a situaciones jurídicas aparentemente legales o vigentes que demandan una modificación o alteración urgente, pues, de mantenerlas en esos términos, y conforme vienen funcionando, pueden causar daños irreparables en derechos fundamentales (salud, vida, propiedad, acceso a la justicia, etc; argto. conf. doct. Torres Traba, José María, "Requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares atípicas" Publicado en: SJA 17/12/2014, 60, JA 2014-IV, Cita Online: AR/DOC/5719/2014).

Su "razón de ser", apunta la doctrina, se fundamenta en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 18 de la Constitución Nacional que garantiza la tutela judicial continua y efectiva. De allí que no pueda ser acotada estrictamente a pautas rígidas e inamovibles. Queda en mano de los letrados de las partes y de los jueces el rol creativo de modelar las figuras que garanticen los derechos en juego teniendo en cuenta sus peculiaridades, urgencia, trascendencia, incidencia respecto de terceros, etc. Se trata del poder cautelar genérico (argto. conf. doct. Camps. Carlos Enrique "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Comentado". Tomo I, Lexis Nexis).

c) Trasladando los principios expuestos al caso en particular, analizaremos los tres tópicos desarrollados en el punto anterior de acuerdo al orden en que fueron expuestos.

i) Verosimilitud en el derecho:

A nuestro entender, y haciendo una lectura *prima facie* de las



constancias obrantes en el expediente, el derecho invocado por la parte actora en -su presentación inicial y en la ampliación de la demanda- resulta verosímil en cuanto al "engaño" del cual denuncia haber sido víctima, y también -insistimos, prima facie- en cuanto a la eventual responsabilidad del banco accionado.

Específicamente de la documental acompañada surge:

- las capturas de las conversaciones vía "Facebook" entre la actora y un usuario que se hace llamar "Banca Provincia" como consecuencia de una publicidad inserta en ese sitio por la supuesta entidad financiera.

- la conversación vía "Whatsapp" entre la actora y el número identificado como "+54 9 11 2349 2571" en donde parecería -insistimos prima facie- configurarse el ardid o "phishing" del que fuera víctima la señora A. M. M..

Mediante esas maniobras tal cual denuncia la actora en su presentación inicial, la o las personas sin identificar "sustrajeron" sus datos personales bancarios para acceder a su cuenta de "home banking".

A continuación una vez conseguida esa información se accedió a la banca electrónica.

La accionante afirma que solicitaron un "...*préstamo personal de \$376.000, un adelanto de sueldo de sueldo por la suma de \$13.000, montos que fueran transferidos conjuntamente con el saldo disponible de \$ 7.000 aproximadamente...*" (textual, demanda del 28/10/2020).

Todo ello, se verifica -*prima facie*- con la documental acompañada. Específicamente con los resúmenes de la caja de ahorro y solicitud e "histórico del préstamo".

De acuerdo a la normativa de fondo el consentimiento para la suscripción del contrato de mutuo habría sido realizado por una persona distinta a la señora M..

Como se sostiene en la demanda, la entidad financiera pudo haber fallado en su deber de seguridad al permitirle a un tercero suscribir



una contratación en su nombre.

Estas dos últimas cuestiones -el consentimiento y el deber de seguridad- se acreditarán en la etapa procesal oportuna y serán motivo de tratamiento al momento de dictarse la sentencia definitiva. Hoy encontramos *-prima facie-* el grado de verosimilitud suficiente para el dictado de una medida cautelar (arts. 1092, 1093, 1096, 1097, 1098, 1099 y cctes. del CCyC.).

ii) peligro en la demora:

De la documental acompañada surge que las cuotas que mensualmente derivan del préstamo se aproximan a veinte mil pesos mensuales mientras que los haberes que percibe como jubilada ascienden a cuarenta y cinco mil pesos mensuales.

La "indisponibilidad" de un porcentaje importante de sus ingresos resulta una afectación irreparable en el derecho de propiedad y a los fines cautelares entendemos que el peligro en la demora se encuentra configurado.

iii) En consecuencia se revoca la resolución denegatoria dictada en la instancia de origen.

Atento lo expuesto y en el carácter de consumidora hipervulnerable de la parte actora por ser una señora "adulta mayor" (conf. Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Resolución n° 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación), **se ordena a la entidad financiera demandada "Banco de la Provincia de Buenos Aires", en carácter de medida innovativa:**

a) Que se abstenga de realizar sobre la caja de ahorro de la señora A. M. M. identificada bajo el número "014-6101 003-....." cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado en esa cuenta el 17 de septiembre de 2020 por la suma de \$376.000. En caso



de haberse retenido fondos se ordena restituir la totalidad de forma inmediata a la caja de ahorro indicada.

b) Que reintegre la suma de trece mil pesos (\$13.000.-) que fuera solicitada ese mismo día como "Crédito adelanto haberes" y la de "\$7.052,80" existentes en la cuenta de la actora antes de que se lleve a cabo la supuesta maniobra fraudulenta.

c) Todo ello bajo caución juratoria y en el plazo que fije el Magistrado de Primera Instancia una vez devueltas las presentes actuaciones.

V.- Por ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3º ap. b), y 5to, 36, 161, 232, 241, 242, 246, 260 y ccds. del CPCC.,

RESOLVEMOS:

I) Hacer lugar al recurso de apelación deducido el 23 de diciembre de 2020, y en consecuencia, revocar el proveído del 21 de diciembre en lo que ha sido materia de agravio, ordenando que el "Banco de la Provincia de Buenos Aires", en carácter de medida innovativa: **a)** Se abstenga de realizar sobre la caja de ahorro de la señora A. M. M. identificada bajo el número "014-6101 003-.....i" cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado en esa cuenta el 17 de septiembre de 2020 por la suma de \$376.000. En caso de haberse retenido fondos se ordena restituir la totalidad de forma inmediata a la caja de ahorro indicada. **b)** Reintegre la suma de trece mil pesos (\$13.000.-) que fuera solicitada ese mismo día como "Crédito adelanto haberes" y la de "\$7.052,80" existentes en la cuenta de la actora. **c)** Todo ello bajo caución juratoria y en el plazo que indique el Magistrado de Primera Instancia una vez devueltas las presentes actuaciones.

II) Las costas se supeditan al momento de imponerlas por la acción principal atento a la naturaleza accesoria de la cuestión debatida (arts. 68, 69 y ccds. del CPCC.). **REGISTRESE** y devuélvase.

*Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del
Departamento Judicial Mar del Plata
171589*



En la ciudad de Mar del Plata se procede a la firma digital del presente conforme acuerdo 3975/20, SCBA.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 23/03/2021 10:33:30 - GÉREZ Rubén Daniel - JUEZ

Funcionario Firmante: 23/03/2021 10:35:57 - ZAMPINI Nelida Isabel
(nizampini@jusbuenosaires.gov.ar) - JUEZ

Funcionario Firmante: 23/03/2021 11:57:04 - LARRALDE Marcelo Miguel -
AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN

242102066019606661

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA III - MAR
DEL PLATA**