

6 de julio de 2021

DELICIAS Y DESVENTURAS DEL “HOME BANKING”

Las estafas con los sistemas electrónicos de acceso a las cuentas bancarias son cada día más frecuentes en la Argentina.

Javier no la estaba pasando bien. Sin trabajo, su situación se complicó sobremanera cuando, al acceder a su cuenta bancaria desde su computadora personal, descubrió que, mediante algún ardid electrónico, alguien había pedido un préstamo de 300.000 pesos a su nombre, había obtenido los fondos y ahora se le estaban debitando las cuotas respectivas por capital e intereses. (La descripción quizás no corresponda exactamente con lo ocurrido, pero es lo que se puede reconstruir de los antecedentes a la vista)¹.

Recurrió entonces a la justicia. Su primer paso fue pedir que se dictara una medida cautelar para que se ordenara al banco “suspender los efectos del crédito concedido” y que se le reintegraran alrededor de cien mil pesos ya debitados.

El pedido de Javier fue hecho en el marco de una demanda “por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de información y de debida diligencia, asistencia y de adecuado control en el funcionamiento del servicio financiero que la demandada provee”.

El juez accedió al pedido de Javier. Debe tenerse en cuenta, para que nuestra explicación tenga sentido, que las medidas cautelares se otorgan sin que la parte contraria se entere del asunto. Quienes aman los latines dicen que se las dicta *inaudita altera pars* – esto es, “sin escuchar a la otra parte”–.

Nos hemos referido más de una vez a los requisitos legales de las medidas cautelares². Lo que siempre cambian son las circunstancias en las que se las otorga (o se las niega).

Cuando la medida se hizo efectiva, el banco apeló. (Hubo varias otras incidencias en el caso, referidas a cuáles eran los tribunales competentes –si los civiles o los comerciales–, pero nos concentraremos en la cuestión de la medida cautelar).

La Cámara de Apelaciones revisó la cuestión. Su sentencia –que nos parece excelente en cuanto al fondo del asunto– es un alarde de destreza en el manejo del lenguaje expulso de nuestros tribunales.

Así, por ejemplo, en lugar de escribir “los daños sufridos”, se puso “los perjuicios que

¹ In re “Novoa, J. c. Banco BBVA Argentina”, CNCom (F), 18 junio 2021; exp. 10130/2020 SIL. *ElDial.com* XXIII:5732, 2 julio 2021, AAC524

² Ver, por ejemplo, “El turismo ‘en el aire’”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:902, 13 octubre 2020.

se pregonaron irrogados”. Seguramente Javier debió consultar a su abogado más de una vez para entender exactamente qué se quiso decir en algunos párrafos de la sentencia.

El tribunal, al analizar la apelación presentada por el banco (en lenguaje expulsivo “el recurso incoado”), recordó que “para conseguir el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar es preciso –cuanto menos– la comprobación de la apariencia del derecho invocado en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede reconocerse ese derecho”.

En otras palabras, para que se otorgue una medida cautelar (entre otras cosas) hay que mostrar que el pedido no es disparatado sino razonable. Los romanos hablaban de la necesidad de demostrar que había un tufillo de verosimilitud: *fumus bonis iuris*.

Los jueces aclararon que “no se trata de exigir para esa comprobación una prueba concluyente, porque su certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo”. (“Pronunciamiento” es lo mismo que “sentencia”, pero considerado más elegante).

Y agregaron que “de lo contrario, si el juzgador estuviese obligado a extenderse en un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada –a favor de cualquiera de las partes– sobre la cuestión sometida a su jurisdicción”. (“Juzgador” es lo mismo que “juez”, pero suena mejor).

En resumen: si bien el juez no puede (ni debe) adelantar su opinión acerca de cuál de las partes del pleito tiene razón, debe decidir

si el pedido de la cautelar parece tener algún sustento, *no como solución del problema planteado sino como medida para evitar males mayores*.

Otro requisito de las medidas cautelares es que se demuestre que no se las puede demorar (lo que los romanos llamaban “el peligro en la demora”: *periculum in mora*).

La Cámara lo explicó así: “también debe acreditarse el peligro irreparable en la demora que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo, o al menos derivar de hechos que puedan ser apreciados por terceros. El examen de su concurrencia exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso”. (“Acreditar” quiere decir “probar”, pero es más largo).

Dicho de otra manera, establecer si existe un peligro en demorar la medida cautelar exige analizar si sus consecuencias (en caso de que se la otorgue equivocadamente) pueden ser reparadas al terminar el pleito, si quien la pidió no tenía razón.

Sobre esas bases (o, como dijo coloridamente el tribunal “al cobijo de tales conceptualizaciones”) y teniendo en cuenta que esas medidas son siempre provisorias (en lenguaje expulsivo: “dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características”) los jueces dijeron que el banco no logró convencerlos. En su jerga, dijeron que “el esfuerzo discursivo de la demanda [*rectius*: “demandada”] no logró forzar la revocación del temperamento adoptado en la anterior instancia”.

Al analizar los argumentos de Javier al pedir la medida cautelar y del banco para que fuera levantada, los jueces resaltaron que, por un lado, “no podía pasar inadvertido que [Javier] había alegado que la ineficiencia del sistema de seguridad bancario fue determinante para que se concretara el ilícito del que fue víctima” y que, por el otro, y a la inversa “el banco estimó que la medida cautelar había sido concedida sin ponderarse adecuadamente uno de los recaudos de su procedencia –la verosimilitud en el derecho– y las consecuencias gravosas que implica para su parte”.

Según la Cámara, semejante disparidad de criterios no podía ser resuelta dentro del marco reducido y estrecho que brindan las medidas cautelares, donde hay escasas pruebas y no se admiten contrapruebas y, sobre todo, cuando lo ocurrido estaba siendo investigado por la justicia penal.

Claro que no lo dijo de esa manera, sino que explicó que “el deslinde de responsabilidades en torno a los hechos relatados y que se encuentran en curso de investigación penal, resulta un tópico que exorbita con creces las fronteras de aquellas cuestiones que pueden ser objeto de abordaje en materia cautelar, al requerir un *despliegue probatorio* que los elementos documentales hasta ahora allegados no logran mitigar”.

“Empero”, agregó, “no debe perderse de vista la especialísima protección que el ordenamiento jurídico depara a los consumidores, la cual no se restringe a su expresa consagración en la Carta Magna sino que persiste en todo el articulado del Código Civil y Comercial”.

En consecuencia, y hasta que los aspectos penales de la cuestión no fueran aclarados, era difícil establecer si los argumentos de Javier eran verosímiles como para que su pedido de medida cautelar fuera admitido.

En lenguaje tribunalicio, “en esta situación, cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles”.

Sin embargo, entre ambas posiciones, la Cámara se puso del lado de Javier: “no obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura del 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”. En otras palabras, dada la protección especial que las leyes otorgan a los consumidores (y Javier era uno de ellos), entre la postura del banco y la de su cliente, el tribunal se resolvió por esta última. Nos queda por establecer qué se quiere decir con “especial tuitiva”.

En su apoyo, la Cámara citó la obligación legal que tienen tanto las partes de un conflicto como los jueces de mitigar los daños posibles que aquél pueda originar.

Lo dijo en estos términos: “también es válido a estos fines sopesar la incidencia del deber genérico de prevención del daño el cual interpela igualmente a partes y a magistrados”.

En consecuencia, resultaba menos dañoso y perjudicial admitir la medida cautelar en beneficio de Javier, un simple consumidor, que negarla en beneficio de un banco, para quien el impacto de esa medida podía ser enfrentado con los mayores recursos a su alcance. En lenguaje expulsivo, “desde este vértice, en el escenario fáctico reseñado y en vista de los intereses económicos en tensión, luce menos gravosa la concesión de la medida 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– a su cliente, de 58 años y desempleado”.

Las diferencias entre el banco y su cliente constituían, para el tribunal, “un marco de asimetría estructural que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional”.

Pero para que la decisión no fuera tan desequilibrada o asimétrica, el tribunal ordenó que los fondos debitados a Javier (y que éste pidió que le fueran devueltos), en lugar de que le fueran reintegrados, se los depositara “en una cuenta a abrirse a la orden del juzgado interviniente, [...] suma que quedará depositada en resguardo mientras se sustancie el proceso y que será invertida a plazo fijo”. En la práctica, será prácticamente devorada por la inflación.

El tercer requisito de las medidas cautelares es pedir una garantía a quien la solicita, para

el caso que su contraparte sufra un daño a raíz de su concesión. En el caso, la Cámara confirmó lo decidido en primera instancia: bastaba una simple caución juratoria (esto es, una promesa de Javier de indemnizar al banco si como consecuencia de la medida, y al final del proceso, se resolvía que éste había sido perjudicado).

Como corolario de todo lo anterior, el tribunal rechazó la apelación del banco y mantuvo la medida cautelar a favor del consumidor.

Ante el dilema de favorecer al banco o al consumidor, la decisión parece la más sensata. “Es cierto”, dice el Filosofito que nos lee en borrador, “pero las decisiones judiciales no se deben dictar sobre la base de identificar al más débil para entonces favorecerlo, sino sobre la base de qué y cuánto se logra demostrar. Aquel criterio puede servir para ordenar una medida cautelar, pero no para resolver una cuestión de fondo”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**