



Poder Judicial



**GIAGANTE, DARDO NORBERTO C/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES
SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

21-02962757-3

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 7ma. Nom.

N°358

T°108

F°152

Rosario, 26/04/23

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “GIAGANTE, Dardo Norberto contra BANCO DE GALICIA y BUENOS AIRES y OTROS sobre DAÑOS y PERJUICIOS”, CUIJ 21-02962757-2, de los que resulta que,

Mediante escrito cargo N° 12741 Dardo Norberto Giagante, por apoderado, inicia demanda de nulidad de las operaciones realizadas con su tarjeta de crédito Mastercard del Banco de Galicia y de las transferencias realizadas como consecuencia de una estafa virtual y pretende también la reparación de los perjuicios que dice padecidos, contra Banco de Galicia y Buenos SAU y Mastercard Mercosur Inc.

En prieta síntesis, explica que revisando el resumen de cuenta de su tarjeta advirtió un consumo que no había realizado y que, con motivo de los trámites que le indicó el propio banco, terminó siendo víctima de una estafa virtual mediante la cual transfirieron desde su cuenta a terceros, determinadas sumas de dinero.

Considera que los demandados resultan responsables por tales maniobras y pide el despacho de una medida cautelar consistente en que se ordene el cese del cobro de las sumas que Mastercard imputa mensualmente en los resúmenes de cuenta bajo el rubro “Caja S04/2321616200001” y el reintegro total de la suma de \$714.700 extraídos de su caja de ahorro como consecuencia del aludido delito.

El Tribunal confirió traslado de la medida cautelar a las accionadas.

Banco de Galicia no contestó el traslado de la medida cautelar aunque sí el de la demanda, postulando su rechazo por no intervenir en la liquidación, autorización de compras e investigación de reclamos relacionados con el sistema de tarjetas Mastercard, siendo solo el banco emisor y pagador.

Respecto de las transferencias alega, en lo esencial, que las realizó el propio

demandante y, aún cuando las hubiera hecho un tercero, la responsabilidad recae en el propio demandante que facilitó las claves personales que habrían posibilitado la maniobra.

Mastercard sostuvo, en relación con la cautelar, que no celebró contrato alguno con el demandante no percibiendo los pagos de los resúmenes de cuenta, ni le corresponde tampoco proveer la seguridad; todo lo cual demuestra que se trataría de una medida de imposible cumplimiento para su parte.

No existiendo escritos sueltos pendientes de agregación según se informa en autos, quedan los presentes en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO: Como toda medida cautelar, las peticionadas están sujetas a las condiciones propias de aquéllas, las que, se anticipa, concurren en el presente.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sentado que "Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho protegido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad" (Fallos: 306-2-2060).

Y bien, una apreciación "provisoria" del mérito de la pretensión, propia de este marco cautelar y sin perjuicio de lo que pueda decidirse en el momento de sentenciar con toda la prueba producida y mayor tiempo de reflexión y análisis, conduce a dar por satisfecho el presupuesto atinente a la verosimilitud del derecho.

Se computa, en este sentido, que los hechos desencadenantes del conflicto se producen en el marco de un vínculo contractual en el que el peticionante es un consumidor y, como tal, amparado por el artículo 42 de la C.N., la ley 24.240 (en adelante LDC) y modificatorias, los artículos 1092, 1384 y sig. del CCC y por las normas pertinentes de la ley 25.065. Además, se trataría de contratos de adhesión, resultando alcanzados "prima facie" por las disposiciones contenidas en los arts. 984 y sig. del CCC.

Se tiene particularmente en cuenta a los fines del despacho tutelar lo normado en el art. 42 de nuestra CN al establecer "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios



Poder Judicial

tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz...” y también el art. 4 de la LDC en cuanto dispone *“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.*

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

En tal sentido, se pondera que la plataforma fáctica descrita por el usuario -acreditada prima facie con la constatación notarial formalizada mediante escritura pública N° 113 del 6.7.2022 y demás constancias incorporadas a la causa- da cuenta de la situación de un usuario de tarjeta de crédito que buscó el asesoramiento de personal del banco con el que contrató dicha tarjeta para consultar acerca de un rubro de su resumen de cuenta.

El seguimiento de las sugerencias derivadas de esa consulta habría desatado una serie de consecuencias negativas para el demandante, tales como el “vaciamiento” de su caja de ahorro a través de una maniobra de transferencias bancarias que podría encuadrar en lo que se ha dado en llamar phishing o vishing.

No es irrazonable sostener, en este nivel cautelar al menos, que el consumidor habría sufrido daños que podrían atribuirse a una deficiente información o a un incorrecto sistema diseñado para resolver los cuestionamientos de los usuarios.

Asimismo se pondera que el demandante realizó la denuncia de los hechos ante las autoridades del Ministerio Público de la Acusación de nuestra provincia en fecha concomitante con su acaecimiento y formuló reclamos ante la demandada.

Las argumentaciones defensivas, que en definitiva representan recíprocas atribuciones de responsabilidad entre los demandados, no resultan computables, dicho

esto siempre en este ámbito cautelar.

La doctrina especializada ha dicho que “...quien organiza el desarrollo de su empresa a través de una estructura de crédito y servicio especializado, utilizando para su concreción la participación de otras entidades -que son quienes efectivizan la relación de consumo que da vida y esencia a ese sistema-, no puede considerarse ajeno al negocio por no ser el contratante directo ni puede por ello oponer la barrera del principio de los res inter alios acta...” (cfr. Muguillo, Roberto A. “Tarjeta de Crédito”, Astrea, 2004, pág. 163)

Además, la alegada ausencia de responsabilidad del banco por ser “solo” emisor y pagador, no parece condecirse con las funciones y responsabilidades que le asigna la ley 25.065 (cfr. art. 2 inc. a), 27 y cc ley citada).

Otro tanto puede agregarse respecto del argumento de Mastercard Mercosur Inc en cuanto ni siquiera ha explicado detalladamente cuál es su actividad y su rol dentro del sistema de tarjeta de crédito, siendo que utiliza nada más y nada menos, en su propia denominación, la palabra “Mastercard”, limitándose a realizar afirmaciones genéricas acerca de marketing, promociones y acciones de esa índole.

Finalmente, las aristas esenciales que rodean este caso son similares a las que concurrían en el antecedente “Novoa, Javier Segundo c. Banco BBVA Argentina S.A. s/ Medida Precautoria”, resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional Comercial en fecha 18.6.2021 (LL on line AR/JUR/95965/2021).

En los presentes, al igual que en aquel caso, de un lado se alega que la ineficiencia del sistema de seguridad y controles instrumentado por el banco habrían permitido la consumación de una estafa; mientras que, del otro lado, se aduce que las operaciones son genuinas o, en caso de no serlo, le resultarían atribuibles a la demandante que habría descuidado sus datos confidenciales posibilitando así la realización de actos por terceros.

Como se anticipó, se comparte la decisión adoptada en el precedente antes citado.

El Tribunal capitalino sostuvo en aquella oportunidad 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*



Poder Judicial

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, 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 Carga Magna (art. 43 CNC) sino que persiste en todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. arts. 1092/1122, arts. 1384 y ss., por citar los más emblemáticos).

En esta situación, 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 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 que seguidamente se explicitará (cfr. mutatis mutandi, esta Sala, “Trejo Saravia Isela Guadalupe y ot. c/Falabella SA y otros s/ordinario s/incid. art. 250 CPCC”, Expte. N° 30314/2012/1).

También es válido a estos fines, sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el art. 1710 y ss. CCyCN, el cual interpela igualmente a partes y a magistrados (cfr. esta Sala, 14/3/2019, “IIG TOF B.V. c/Frigorífico Regional Industrias Alimenticias Reconquista SA y ot. s/ejecutivo”, Expte. COM N° 13899/2017).

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 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- a su cliente, de 58 años y desempleado según alegó en su demanda. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y

provisional” (Tribunal y resolución citadas).

Otros tribunales han seguido el mismo temperamento (cfr. CNCom, sala A, “Marastoni, Victor Enrique c. Banco BBVA Argentina S.A. S/Medida precautoria”, del 14.04.2021; Sala D misma Cámara “Arco, Elba Graciela c. BBVA Banco Francés S.A. s/ Ordinario s/ incidente de apelación”, del 18.05.2021, entre otros) y es también el criterio adoptado por este Juzgado en causas similares.

Parece propicio recordar, en el sentido que se viene apuntando, que *“la contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos que, en principio, deben caer sobre el banco, que no sólo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que debe garantizar a los usuarios seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco”* (CNCom., Sala C, “Campana, Fabiana L. c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/Sumarísimo”, 16.07.21 (cita on line TR LALEY AR/JUR/110708/2021).

El peligro en la demora y la posibilidad de causar daños de difícil reparación ulterior vienen ínsitos en el caso ante la postura de los demandados que han proclamado su falta de responsabilidad en los hechos.

Las medidas se despachan previa constitución de contracautela, correspondiendo que la actora preste fianza o caución real bastante en los términos del art. 277 CPCCSF, en la forma de estilo y se extenderán mientras dure el presente proceso judicial.

Las costas se imponen a la accionada por resultar vencida (art. 251 CPCC).

Por lo expuesto y derecho citado, RESUELVO: Hacer lugar a las medidas cautelares solicitadas y, en consecuencia, previa constitución de contracautela, ordenar a las demandadas a que cesen en el cobro de las sumas que se imputan mensualmente en los resúmenes de cuenta bajo el rubro “Caja S04/2321616200001” y a que procedan al reintegro de la suma de \$714.700 depositándola en la caja de ahorro del demandante. Costas a la parte demandada. Insértese y hágase saber.



Poder Judicial

DRA. LORENA A. GONZÁLEZ
Secretario

DR. MARCELO N. QUIROGA
Juez