



Expediente Número: COM - 10130/2020 **Autos:**
N., J. S. c/ BANCO BBVA ARGENTINA S.A. s/
MEDIDA PRECAUTORIA **Tribunal:** CAMARA
COMERCIAL - SALA F /

Excma. Cámara:

1. En su resolución de fecha 29/12/2020, el juez de primera instancia decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, ordenando a la demandada que de forma inmediata suspenda los efectos del crédito concedido por la suma de \$ 303.000, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, y reintegre la suma de \$ 91.562,45 en concepto de débitos efectuados por el cobro de las cuotas de dicho crédito.

No obstante, se declaró incompetente para seguir entendiendo en las actuaciones, ordenando la remisión de la causa a la Justicia Nacional en lo Civil, al considerar que la cuestión de autos versaba sobre un supuesto ilícito civil, siendo la acción encuadrable en las disposiciones del art. 43, inc. B del decreto 1285/58, sin que aquello fuera modificado por las reglas emergentes de la ley 24.240.

2. Contra la mentada resolución, el actor opuso recurso de apelación, mediante su presentación efectuada en fecha 9/2/2021 y la demandada, por su parte, en fecha 22/3/2021.

Lo propio realizó la Fiscalía de primera instancia el 10/2/2021, conforme los argumentos que habían sido esbozados en el dictamen que fuera agregado el 15/12/2020.

2.1. En su recurso, fundado en fecha 18/2/2021, el actor manifestó que la acción de marras no versaba sobre un accionar presuntamente delictivo, sino que se pretendía la nulidad de un acto jurídico y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva que le cabía a la entidad bancaria sobre la base de incumplimientos contractuales y la violación de los deberes a su cargo en materia consumeril.

Aclaró el recurrente, que los hechos debatidos en estos autos versaban sobre temas de índole estrictamente mercantil.



2.2. Por su parte, la accionada fundó su recurso en fecha 12/4/2021, agraviándose respecto de la procedencia de la medida cautelar solicitada por el accionante, negando que se encontrara cumplido el requisito de la verosimilitud en el derecho, habiéndose dictado la medida sin que se requiera previamente las actuaciones motivadas por la denuncia policial efectivizada por el actor ante la Policía de la Ciudad de Buenos Aires, o al menos, un informe sumario sobre dichas actuaciones, respecto de la efectiva ocurrencia de los hechos objeto de la investigación y denunciados por aquella parte.

2.3. El Fiscal de grado, en el suscitado dictamen, había manifestado que, a su entender, el asunto debatido era de naturaleza mercantil, ya que el ámbito de la responsabilidad endilgada a la accionada no podía variar los preceptos en torno a la actividad bancaria por la cual se habría generado el daño.

3. Elevadas que han sido las actuaciones, corresponde expedirme respecto de la vista que me fuera conferida por cédula electrónica en fecha 17/5/2021.

Adelantando mis conclusiones, esta Fiscalía General mantendrá en la Alzada el recurso propuesto por la Fiscalía de primera instancia, respecto a la competencia que corresponderá a estos actuados.

Por otro lado, conforme los fundamentos que se expondrán a continuación, se propicia el rechazo del recurso incoado por la demandada respecto a la procedencia de la medida cautelar otorgada por el a quo.

4. Atribución de competencia.

No todos los jueces tienen la misma competencia; su potestad de juzgar está limitada por la Constitución Nacional o por la ley, atendiendo ya a la organización propia del sistema federal, a la materia (civil, comercial, del trabajo, etc.); al territorio; al valor y al grado: no puede iniciarse un juicio directamente en una instancia, que no sea la primera, salvo, desde luego, cuando corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.





En otros términos: el juez sólo puede ejercer su jurisdicción dentro de los límites de su competencia (Kiper, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado. Tomo I", Ed. La Ley, año 2011).

Augusto M. Morello señalaba que el órgano judicial - Juez o Tribunal- es competente para conocer en un asunto determinado cuando, por la ley, tiene aptitud o capacidad para ejercer la función jurisdiccional judicial en ese conflicto, causa o asunto (Morello Augusto M. - Sosa Gualberto L. - Berizonce Roberto O., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Tº II-A, Ed. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1984, pág. 9).

La distribución de la potestad judicial entre los distintos órganos del Estado se lleva a cabo mediante la aplicación de diversos criterios que responden fundamentalmente, a las circunstancias territoriales, objetivas y funcionales.

La competencia, como bien señala Palacio, comprende todos los poderes inherentes a la función judicial, se refieran ellos a la cognición o a la ejecución (Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales en los Civil y Comercial Pcia. de Bs. As. y de la Nación, Librería Editora Platense SRL, II-A, 1994, pág. 9).

Ahora bien, "...para establecer en un caso concreto a que órgano judicial corresponde el conocimiento de un asunto, debe comenzarse por examinar si es de la competencia de la justicia federal o de la justicia ordinaria; luego cualquiera sea la conclusión a que se llegue acerca de ese extremo, es preciso determinar la circunscripción territorial en que ha de radicarse y, dentro de ella, la competencia por razón de la materia y por razón del valor.(...) las reglas atributivas de competencia por razón de la materia, del valor y del grado propenden fundamentalmente a asegurar la eficiencia de la administración de justicia, y se basan por lo tanto en consideraciones de interés general" (Palacio Lino Enrique "Derecho Procesal Civil" Tomo II, sujetos del proceso, 4ta. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires pág.473).





En virtud de lo expuesto en párrafos anteriores, se advierte en autos que el objeto del reclamo efectuado por el accionante tiene una relación directa con los derechos que le asiste a dicha parte en su rol de consumidor de los servicios brindados por la entidad bancaria demandada.

La relación entre las partes tiene su fuente en un vínculo contractual de carácter comercial, que, a su vez se encuentra regido por el art. 42 de la Constitución Nacional y, sustancialmente, por la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación.

La acción entablada corresponde al conocimiento de la Justicia en lo Comercial, por cuanto deriva de una actividad propia de contratos regidos por las leyes mercantiles, en los que prevalece la actividad lucrativa realizada de modo organizado en forma de empresa. (conf. analog. "Banco de Crédito Liniers S.A. c/ Corbalan, Julia s/ sum", Sala E, 16-11-89).

Así pues, ante la prevalencia del fin lucrativo, hace procedente la radicación de los presentes autos en la jurisdicción mercantil (conf. art. 3, ley 19.550; Fontanarrosa, Derecho Comercial Argentino, T. I, pág. 164; arts. 8, 5 y 6 del Código de Comercio; conf. analog. "Martinez Marquiegui-Aguirre Sociedad de Hecho c/ Telefonica de Argentina S.A. s/ ordinario" dictamen 117.324 del 26-11-07; "GSM Grupo Soluciones Moviles S.A. c/ Axm Argentina S.A. s/ ordinario" (F.G. 102.481); Exxicom S.A. c/ AXm Argentina S.A. s/ ordinario", del 27-11-10 (F.G. nro. 111724; "Schneider S.A. c/ Axm Argentina S.A (Claro) s/ ordinario", del 5-6-11 (F.G. 113543); "Telecom Personal S.A. c/ Beiguel Oscar s/ ordinario" del 6-6-14, "Telecom Personal S.A. c/ Oliver Caning s/ ordinario" del 5-9-14 (F.G. 123985).

5. Procedencia de la medida cautelar.

Una de las más relevantes características que exhibe el actual derecho de daños es su finalidad de prevención. Se asigna mayor importancia a evitar que el daño se cause que a la reparación posterior, ya se trate de hechos ilícitos o de incumplimiento contractual.





Se procura dar una solución *ex ante* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización). Desde el ámbito doctrinario, se ha señalado esta función de prevención y evitación de los daños como una de las modernas orientaciones que se vienen imponiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos (Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989).

La Corte Suprema ya ha señalado oportunamente que mediante una acción preventiva y estando reunidas las condiciones para el ejercicio de una tutela anticipada o coincidente, puede anticiparse la satisfacción del actor ante la inminencia del *periculum in damni* que se cierre sobre aquél (CSJN “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. Y otros. s/ Daños y perjuicios”, del 7 de agosto de 1997).

Ahora bien, cabe señalar que las medidas cautelares pueden tener diversas formas de expresión, de acuerdo al objeto que persigan y a la necesidad impostergable de su proveimiento, en atención a que, de acuerdo a las especiales circunstancias del caso, pueden asegurar preventivamente la efectividad del proceso al que acceden, conservando bienes o pruebas, o bien anticipando total o parcialmente la pretensión principal (Torres Traba, José M., “Utilidad procesal de las medidas cautelares atípicas. La tutela anticipada de los derechos y la medida innovativa”. Revista La Ley, Doctrina Judicial, 5 de noviembre del 2008).

En este sentido, la urgencia de su proveimiento y las circunstancias particulares de la situación jurídica a preservar en el presente caso, serán determinantes tanto para evaluar si corresponde mantener su procedencia.

Dentro de las funciones jurisdiccionales y, específicamente, como manifestación de la eficacia de la gestión judicial, se establece la posibilidad de requerir medidas cautelares tendientes a garantizar el cumplimiento de una sentencia





eventualmente favorable (Gozáni, Osvaldo; Tratado de Derecho Procesal Civil, La Ley, 2009, Tomo I, pág. 585).

Empero, las medidas precautorias no advierten como única función las de ser un medio de satisfacción de intereses que aguardan una respuesta jurisdiccional. Por el contrario, desde una visión moderna y dinámica del derecho adjetivo, en virtud del peligro que evidencia el tiempo que insuma el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas.

En esta inteligencia, se ha sostenido que las medidas cautelares constituyen una garantía jurisdiccional de la persona o de los bienes para hacer eficaces las sentencias, asegurando los elementos formales y materiales del proceso y preservando de daños a los sujetos del interés sustancial, mediante la guarda y satisfacción de sus necesidades urgentes (CNFed. Cont. Adm., Sala II, 13/04/00, La Ley, 2000-D-914, jurispr. agrup., caso 15.173)

Dicho ello, por las precisiones que se expondrán a continuación, se pueden divisar claramente en autos los presupuestos de procedencia de la medida cautelar.

En primer lugar, debe cumplirse con la exigencia de que el derecho del peticionario de la cautelar sea aparentemente verdadero, ya que su certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (Fallos, 327:3202), en otras palabras, debe existir verosimilitud en el derecho, la cual se encuentra reconocida en el caso de marras, en relación a que, según fuera denunciado, el actor habría sufrido una estafa, mediante la cual un tercero habría podido acceder a su sistema de *home banking*, y a partir de ello, solicitado un préstamo personal a su nombre y sustraído fondos de su cuenta bancaria.

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, cabe señalar que el examen de su concurrencia requiere 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, originando por la sentencia dictada como acto final





y extintivo del proceso, así como que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar el accionar reprochado en autos (Fallos: 331:108, entre muchos otros).

Tal circunstancia, se advierte en el caso, toda vez que, de no ser otorgada la medida solicitada en autos, el accionante incurriría en un sobreendeudamiento con la entidad bancaria que no podría afrontar, sufriendo mes a mes una disminución sensible en sus ingresos, lo cual provocaría una afectación en el derecho alimentario y su vida personal.

En tal sentido, se advierte que mediante la cautelar solicitada, la intención del accionante no es otra que la de salvaguardar su patrimonio de las consecuencias que los hechos narrados en la demanda podrían traer en su situación financiera, en medio de un contexto de suma vulnerabilidad e incertidumbre, siendo que los derechos que pudieran serle reconocidos a aquella parte en una eventual sentencia de mérito relativa a esta controversia pudieran verse afectados, obteniendo el reintegro de las sumas que alega haberle sido cobradas indebidamente.

Por otro lado, como último requisito, a fin de cumplir con la contracautela, las medidas cautelares deberán ser dispuestas bajo responsabilidad de la parte actora, prestando aquella caución juratoria a tal fin, ante eventuales costas y daños que pudiere ocasionar el otorgamiento de la suscitada medida de no innovar, tanto a la demandada, como a los terceros que pudieran verse afectados, en los términos del art. 199 CPCCN.

A todas las consideraciones expuestas previamente, debe añadirse una circunstancia particular que no puede ser eludida: el presente proceso transcurre en un contexto de completa incertidumbre, pudiendo ser encuadrado el accionante en el concepto de “consumidor hipervulnerable”, en los términos que han sido precisados en la Resolución N° 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, la cual se encuentra alineada con todas las disposiciones esbozadas por el P.E.N., en el





marco de excepcionalidad que trajo aparejada la pandemia del Covid-19, lo que deberá ser contemplado a la hora de decidirse sobre la procedencia de las medidas cautelares en cuestión.

Ello, sumado a que, en el supuesto de autos, se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la cautelar ordenada, me lleva a la convicción de que debe ser rechazado el recurso incoado por la demandada.

6. Conforme lo expuesto se propicia: a) mantener la competencia en razón de la materia en el fuero comercial, teniéndose por fundado con el presente el recurso interpuesto por la fiscalía de primera instancia; y b) rechazar el recurso interpuesto por la demandada respecto a la procedencia de la medida cautelar.

7. Reserva de caso federal.

Para el caso de que se dicte una sentencia que afecte el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción y defensa en juicio de los consumidores, formulo planteo de cuestión federal y la reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía extraordinaria.

8. Dejó así contestada la vista conferida.

Buenos Aires, mayo de 2021.

23.

