----En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y PROTECCION DE DERECHOS c/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES S.A. s/ Contencioso Administrativo – Presunta Infracción Ley 24.240”** (Expte. N° 590 - año 2009 venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 70.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación deducido fundadamente por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. (fs. 54/59) en contra de la disposición Nº 196/09 de la Directora General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la provincia del Chubut (fs. 41/51 y vta.) por la cual se sanciona a la recurrente por infracción a los arts. 4º, 19º y subsiguientes de la ley 24.240, reformada por Ley 26.361, al pago de una multa de $ 3.000, con más la sanción accesoria de publicar -a su costa- su parte dispositiva, en el diario de mayor circulación de la zona donde se cometió la infracción y en el Boletín Oficial de conformidad con el art. 47º de la ley 24.240 y ley 4219, fijando el plazo de diez (10) días para su cumplimiento. Asimismo, condena a resarcir a la usuaria Sra. Elba Cepeda con una suma de $ 2.996,10, por los daños y perjuicios padecidos conforme lo dispuesto en el art. 40 bis de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, estableciendo en el punto 3º de la parte resolutiva que para determinar el quantum de la multa se consideró el perjuicio resultante de la infracción y la posición que tiene en el mercado la empresa sancionada.----------

----Los fundamentos en sostén del recurso impetrado son que se observa falta de coherencia y relación entre la imputación que oportunamente realizara el Director de Defensa del Consumidor con la disposición Nº 196/09 que se ataca. Así, expone que de la lectura de la imputación realizada oportunamente surge que se partió de una supuesta falta al deber de información al cliente y del abuso del contrato de adhesión –arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24.240-. Detalla que se apoyó la imputación en el derecho que los clientes tienen de recibir información clara, cierta y detallada de las características esenciales de los bienes y servicios que adquieren, por lo que se expresó que se debería determinar si el denunciante ha sido correctamente informado acerca de las condiciones en que accede al servicio de cajeros automáticos. Ante esa imputación, continúa, dada la incoherencia e inconsistencia de la misma, su parte se limitó a defenderse indicando que no tenía relación alguna con la Sra. Cepeda para poder cumplir con el indicado deber de información. Agregó, refiere, a que quien sí tenía

una relación con la denunciante y que debió haberla informado adecuadamente del funcionamiento de los cajeros y del manejo de las tarjetas de débito fue el Banco del Chubut S.A.. Seguidamente la Directora General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, intentó “acomodar” –expresa- los defectos de la imputación realizada apartándose de la misma y realizando un análisis totalmente ajeno a ella, en el cual se apoyó para decidir sancionar a su parte. Sostiene que no advertir que no puede apartarse de los puntos planteados en la imputación, en base a los cuales prepararon el descargo, implica afectar su derecho de defensa de su parte dado que planteó cuestiones nuevas respecto de las cuales no fue escuchada ya que no pudo realizar el descargo pertinente. Más allá de lo dicho pasa a señalar los agravios en relación a la disposición Nº 196/09 siguiendo los puntos que fuera desarrollando la autoridad de aplicación. Rememora que la presente tuvo su origen en una denuncia de la Sra. Cepeda en la cual indicaba que había realizado una extracción bancaria por un cajero BANELCO, en la sucursal de Puerto Madryn del Banco Galicia y Buenos Aires S.A., en la cual supuestamente el cajero le habría entregado el ticket donde constaba la extracción realizada pero no el dinero correspondiente. Señala que la denunciante adjuntó copia del ticket y especificó que el hecho tuvo lugar el día 25 de febrero de 2008, pero no realizó la denuncia sino hasta el 03 de abril del año 2008, puntualizando que esperó para hacer la denuncia más de un mes. Alude a que en la disposición en crisis se realiza un análisis por demás amplio y arbitrario de la supuesta relación laboral que podría haber tenido lugar entre su parte y la Sra. Cepeda. Reitera que la denunciante firmó un contrato con el Banco del Chubut S.A. por el cual se le entregó la tarjeta de débito con la que dice haber realizado la extracción en cuestión y que la extracción se realizó en un cajero de la firma BANELCO que no es de la red de cajeros que habitualmente opera con ese banco pero que permite la operación. Destaca que la única vinculación con su parte es que el cajero está ubicado en una de sus sucursales pudiendo haber realizado la operación en el cajero de cualquier banco. Sin embargo, la disposición bajo cuestión, dice, concluye que existe un sistema de contratos en el cual queda comprendido su parte a lo que agrega que existe una relación de consumo, dado que el cajero está dispuesto por el Banco para su propio beneficio y ha sido utilizado por Cepeda como destinataria final del mismo. Al respecto señala que no puede simplemente realizarse una extensión genérica como la que realiza la autoridad de aplicación sin haber analizado el caso puntual. Expresa que si bien la disposición en crisis establece que el Banco entró en lo que sería un sistema de contratos basta con realizar un mínimo análisis de las entidades vinculadas con la Sra. Cepeda en el presente caso y su relación con ella para darse cuenta que entre su parte y la denunciante no existió una relación de consumo. Así, revisa la relación entre Cepeda y el Banco del Chubut S.A. concluyendo que hay entre ellos una auténtica relación de consumo dado que la entidad financiera ofreció un servicio –caja de ahorro- por un

costo con el servicio adicional que le permite a su cliente retirar fondos de distintos cajeros distribuidos en todos los bancos, a través de un convenio que el Banco tiene con las empresas de cajeros (LINK y BANELCO). No cabe duda, entiende, que el Banco del Chubut, debió informar a la Sra Cepeda la forma correcta de utilizar la tarjeta de débito así como que debió darle alguna alternativa en caso de cualquier incidente por el funcionamiento del cajero automático. A la vez, la relación de consumo entre la empresa BANELCO y la Sra. Cepeda, surge con claridad –expresa- dado que la red de cajeros firma un convenio con los distintos bancos y a partir del mismo proporciona un servicio a los clientes de las entidades por el cual recibe un beneficio. Postula en cambio, que en el presente caso, es diferente el papel de su parte, ya que nunca tuvo ninguna vinculación contractual ni de ningún tipo con Cepeda, así como tampoco le ha prestado un servicio con el Banco del Chubut S.A. como intermediario. Indica que su parte tiene cajeros de la red BANELCO para prestarles facilidades y servicios a sus clientes, sin embargo, no tiene relación alguna con los clientes de otras entidades –como en el presente caso- los cuales solo por los convenios que los vincula con sus respectivos bancos y con la red BANELCO pueden utilizar los cajeros ubicados en las sucursales de su parte. De ello, concluye, que su parte no presta por su voluntad servicio alguno a clientes de otras entidades bancarias, así como tampoco obtiene beneficios de su utilización, sino que son reglas impuestas por BANELCO y por el banco que tenga por clientes a los usuarios. En conclusión, no existió relación de consumo alguna entre la denunciante y su parte. Finalmente, advierte que su parte en relación a sus cajeros solo puede realizar el arqueo final entre los resultados de las operaciones y los montos depositados y extraídos. Por otro lado, cuenta con cámara de seguridad –cuyas cintas solo se conservan por treinta días- y se ocupa en llamar a los técnicos pertinentes, cada vez que se descompone alguno de los cajeros señalando que los técnicos no son ni siquiera contratados por su parte sin que son empleados de empresas contratadas por BANELCO. Destaca por ello que es arbitrario e injusto que se considerase que existió una red de contratos o sistema de contratos, que solo se la haya citado a las audiencias de conciliación y que se le haya imputado la falta sancionándola a su parte dejando afuera a la entidad vinculada al hecho en cuestión. En otras palabras, expresa, sin explicación alguna se dejó afuera del caso y de la tramitación de la denuncia nada más ni nada menos que al Banco del Chubut S.A. y a los representantes de la red BANELCO, quienes son justamente los que tienen una clarísima relación contractual con la denunciante. No encuentra razón alguna para entender porqué no se los haya citado, ni siquiera por omisión, dado que su parte en busca de la verdad objetiva tal como consta del acta del 13 de junio de 2008, propuso expresamente ante la imposibilidad de probar la veracidad de los dichos de la denunciante, que se cite al Banco del Chubut S.A. o, en su caso, mediar entre Cepeda y dicho Banco para obtener más datos de la transacción. Alude al desarrollo y análisis de las cargas dinámica de la prueba que se realizara en la disposición que ataca y de la

desidia procesal que se le atribuye a su parte para concluir que no puede no tener pruebas de la situación que permita acreditar el hecho por lo que debe cargar con tal omisión. Al respecto indica que esas afirmaciones carecen de coherencia alguna generando una verdadera situación de arbitrariedad en su contra. Señala que su parte solo dispone de prueba para colaborar de conformidad al art. 53 de la ley 24.340, con los resultados de los arqueos de la caja y las filmaciones. Las filmaciones –estima- no son prueba segura pero podrían aclarar el caso, sin embargo reitera que el banco las conserva solo por 30 días. La razón por la cual no las aportara antes fue que la denuncia se realizó más de un mes después del día de la supuesta extracción fallida. Por otro lado, continúa diciendo, en relación a los arqueos de caja, tal como se le informó el día que Cepeda planteo el caso en la sucursal de Puerto Madryn y se reiteró en la audiencia de conciliación, de los mismos no surgió que el día 25 de febrero del año 2008 hubiese diferencia alguna entre el dinero extraído y lo informado por los ticket. Es decir que el hecho denunciado por Cepeda no guarda relación con los resultados del arqueo, siendo en consecuencia casi imposible que sea real el hecho en torno al cual gira la denuncia. Insiste en que la autoridad de aplicación mal puede pretender que su parte aporte otra prueba porque no existe otra prueba que pueda aportar. Por lo tanto mal puede exigírsele una prueba imposible bajo el pretexto de la carga dinámica de la prueba. Pone de resalto que no es un caso en el cual el denunciante aporte pruebas fehacientes o al menos indicios en relación a sus dichos, sino que directamente no aportó prueba de ningún tipo ni testigo ni nada. Insiste que ni siquiera realizó la denuncia en tiempo coherente ya que esperó más de un mes para interponerla lo cual resulta sospechoso dado que si una persona le desaparecen $ 700 no es coherente que espere un mes para actuar al respecto. Asimismo, manifiesta que la autoridad de aplicación no puede fundar su sanción en el principio que establece la ley 24.240, respecto que en caso de duda la interpretación debe beneficiar al consumidor dado que en el presente caso no han siquiera lugar a duda alguna, sino directamente no hay nada que sostenga la denuncia realizada. Destaca finalmente que la disposición que se apela señala el deber de su parte de soportar la imperfección de la tecnología por no permitir aclarar el caso en cuestión lo que postula es totalmente arbitrario e injusto dado que Cepeda no era cliente del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sino del Banco del Chubut S.A., por lo cual no se entiende con que parámetro se puede hacer cargo de las supuestas deficiencias de un servicio a quien es ajeno a la contratación del mismo. Expresa que no puede dejar de señalar que el caso denunciado en el cual un cajero acredita la extracción del ticket pero no da el dinero, es por lo menos improbable en un sistema que es utilizado a diario por millones de usuarios en todo el mundo. Especula que si se da lugar a la multa impuesta a su parte cualquier persona de poca moral podrá guardar los tickets de extracciones correctamente realizadas y presentarlas después de un tiempo en Defensa de Consumidor para asegurarse un dinero en

concepto de daño directo. Esto pondría en crisis todo el sistema de cajeros con las facilidades que hoy en día le otorgan a la gente.----------

----II.- En los límites provistos por los agravios reseñados ingresaré a su tratamiento individualizándolos según sea los motivos de cuestionamiento que nominaré del siguiente modo, a saber: 1) incongruencia derivada de la sanción disociada de la imputación que diera origen al proceso administrativo; 2) acreditación del hecho fundante de la denuncia; y 3) vinculación jurídica por la cual se sanciona a la entidad bancaria recurrente.----------

----1); y, 3) **Incongruencia derivada de la sanción disociada de la imputación que diera origen - vinculación jurídica por la cual se sanciona a la entidad bancaria recurrente**: Trataré en conjunto los agravios nominados en el epígrafe por cuanto, más allá de la cronología con la que fueran expuestos y reseñados “supra” ambos son susceptibles de ser examinados en un mismo espacio de apreciaciones por cuanto el tópico que les da contenido se encuentran conectados, sea porque se pone bajo cuestión la validez del juicio intrínseco por el cual se arriba al veredicto sancionatorio y de condena por los daños y perjuicios sufridos por la denunciante; o, sea porque se niega que la entidad bancaria impugnante se encuentre vinculada con la denunciante de tal manera que sea viable la aplicación de las normas tutelares del Derecho del consumo que dieran origen y andamiento a la presente causa.----------

----Al primero de los agravios formulados corresponde examinarlo atendiendo, de manera preliminar, al tenor literal de la denuncia realizada por la usuaria del servicio bancario el que fuera prestado a través del cajero automático existente en la sucursal de la entidad bancaria denunciada.----------

----Así pues, de la nota de fecha 03 de abril de 2008 obrante a fs. 3 de estas actuaciones surge que el contenido de la denuncia se apoyó casi con exclusividad en el relato de los hechos. Textualmente se expone en dicha nota lo siguiente: *“...el día 25 de febrero ppdo. Intenté retirar de mi Caja de Ahorro en el cajero automático de la sucursal local del Banco mencionado la suma de Pesos Setecientos ($ 700). Dicha suma nunca fue emitida por este cajero, contrariamente a lo que se expresa en los tickets que en fotocopia adjunto...”*(sic). Dicha nota fue ratificada por ante el organismo de aplicación de la Municipalidad de Puerto Madryn por acta de denuncia obrante a fs. 2.----------

----Con lo transcripto descarto de plano y desde el mismo inicio del presente análisis que, en verdad responda a las circunstancias de la presente causa la susodicha supuesta incongruencia a la cual se alude. Esto es, cuando la entidad bancaria recurrente asevera en el sostenimiento de su recurso que se le endilgó en la imputación que diera origen a la disposición apelada una supuesta falta al deber de información al cliente y abuso en la contratación por adhesión, olvida de manera injustificada que desde la instancia de información y conciliación previa tuvo real y concreta noticia de cuáles eran los hechos por los cuales se labraban estos actuados por ante la autoridad de aplicación.----------

----Es más, concordantemente con lo anterior, es de ver, que el acto administrativo cuestionado en esta instancia revisora, al comienzo de sus considerando resumió los agravios de la usuaria y el descargo del banco, ateniéndose estrictamente a los hechos expuestos en la denuncia antes transcripta como al responde que mereciera de la ahora apelante, para de continuo emitir fundadamente su veredicto (vide: considerando de fs. 41 y vta.).----------

----Y, si bien puedo compartir que el desarrollo argumental de la disposición Nº 72 de la Dirección de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia del Chubut, anterior a la ahora apelada, en verdad resulta equívoco y desajustado a los hechos y particularidades que presenta el caso, tal circunstancia no es determinante para que acaezca la dicente eventual incongruencia como se denuncia.----------

----Es que, por dicho acto administrativo se le formula una imputación al Banco de Galicia y Buenos Aires por presunta infracción a los arts. 4º -deber de información-, 37º -principio de interpretación de los contratos de consumo-, 38º -contratos de adhesión y su control- y 39º -modificación de los contratos tipo-, todos ellos de la ley 24.240 (ver: fs. 33/35 vta.). Empero, insisto, ello no forja la susodicha incongruencia que ahora se postula, toda vez que independientemente de la errónea imputación que formalmente efectuara la autoridad de aplicación, no puede predicar válidamente la entidad bancaria que se pudiera ver afectado por tal circunstancia su debido y pleno ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio.----------

----Ello habida cuenta que, insisto, en todo el trámite conciliatorio previo no solo tuvo noticia de los hechos denunciados sino que se expidió respecto a ellos por lo que, luego, no es factible que se consienta que, agotada la instancia conciliatoria y por la errónea motivación sustancial de la imputación dirigida en su contra, en la continuidad del mismo trámite administrativo –ya en sede provincial-, se restringiera en su descargo a invocar argumentos basados estrictamente en dicha imputación desoyendo adrede los hechos sobre los cuales trató y tratan éstas actuaciones.----------

----La palabra congruencia proviene del latín *congruentia* o *congruere* que significa conformidad, coincidencia. El Diccionario de la Real Academia señala como primer significado “conveniencia, coherencia, relación lógica” y un segundo como: “conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio”.----------

----Es que, debe tenerse presente que la congruencia, es un principio tributario del debido proceso legal (añadido a los principios de igualdad y bilateralidad), importando un requisito de validez de cualquier tipo de proceso y juicio que se expida como resultado del mismo, sea que éste fuera tramitado en sede administrativa o en la judicial, y se basa en que los hechos esenciales o constitutivos de la *causa petendi* –que es el fundamento de la petición u oposición- sean los que determinan el *tema decidendum*.----------

----En tal inteligencia, se adecua a una correcta técnica decisoria atenerse a los hechos invocados al denunciar y sobre los cuales se expidiera la denunciada al efectuar su contestación, lo cual es lo que conduce a que se dé cumplimiento a que el órgano decisor respete el principio de congruencia, que reitero, le impide considerar otras cuestiones que las incluidas en la relación controversial traída a su conocimiento y resolución, como pronunciarse sobre peticiones no deducidas, o en más o en menos de las pedidas (*extra petita*, *supra petita* y *citra petita*).----------

----Insistiré, no resulta factible que la entidad bancaria recurrente se pretenda ahora amparar en las mismas razones que expusiera en el descargo que formulara por escrito obrante a fs 37/38, y cuyos fundamentos defensivos reproduce al sostener su recurso de apelación, en el que se ciñó voluntariamente solo a puntualizar los evidentes yerros de la imputación que el organismo administrativo de aplicación le formulara soslayando deliberadamente cuáles eran los hechos motivo del procedimiento tramitado en su contra. Lo dicho, sin perjuicio de la evidente incongruencia que efectivamente se operó entre la descripción de los hechos denunciados por la Sra. Cepeda y las normas que se invocaran en la imputación formulada ciñéndose a señalar solo que *"...como lo tenemos dicho es estas actuaciones, las filiaciones se conservan durante 30 días, por loo que resulta imposible saber si realmente puede haber sucedido lo que la denunciante alega. A lo cual cabe sumarle el hecho que de los arqueos de caja de la fecha indicada por la presentante no surge la diferencia ni anomalía alguna, debiéndose entender por ende que la operación fue exitosa."*(sic)(vide: escrito de fs. 38).----------

----Es que los hechos claramente expuestos por la denunciante, sobre lo cuales –repito- se tramitó la etapa informativa y de conciliación, eran sobre los cuales debía expedirse en su descargo, magüer de la imputación que se le efectuara y por la cual se ordenara el traslado pertinente al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.. No hecho así, mal puede sustentarse en un potencial menoscabo de su derecho de defensa en juicio, el que –a todo evento- derivaría de su propia omisión de pronunciarse sobre los hechos de la causa que sobradamente conocía y que se relacionaban con el traslado que oportunamente se le concediera.----------

----En consecuencia, propongo al acuerdo desestimar este primer agravio. Así lo voto.----

----Asimismo, diré que en el marco legal vigente en la actualidad y digo más, aún antes de la última reforma a la ley 24.240 por ley 26.361, no abrigo duda alguna de que la entidad bancaria recurrente es uno de los posibles sujetos pasivos legitimados para el reclamo nacido de la concreción de una indudable relación de consumo nacida al momento de utilizar la Sra. Cepeda un cajero automático ubicado en una de sus sucursales y a disposición del público bancarizado en general. Nótese que el art. 3º de la ley 24.240 en su texto actual, en concordancia con el texto del art. 42 de la Constitución Nacional, alude a *"la relación de consumo"* al anunciar ciertos derechos de los consumidores y de los usuarios. Asimismo, el art. 2º de la L.C., define al proveedor como *"la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que desarrolla de*

manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción...comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios"(sic)(Ver: Stiglitz, "Últimas resistencias contra la protección del consumidor", en J.A., 1999-II-843; ídem, Mosset Iturraspe, "El cliente de una entidad financiera –de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240", en J.A., 1999-II-841; ver también: Alterini, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", L.L., 2008-B-1239).-

----Ello así desde que, de tal manera, se constituye y funge en el mercado como una proveedora de un servicio bancario que forma parte de su actividad de índole profesional (Conf. Art. 2º, 1er. párr. de la ley 24.240, según texto modificado por ley 26.361); es decir, disponiendo de su estructura empresarial, la cual se encuentra especializada en la explotación comercial del área de la actividad económica que le es propia, prestó un servicio bancario –cajero automático-, aun cuando lo hubiera hecho ocasionalmente en relación a la denunciante.----------

----Esto es, doctrinalmente, aún antes de la reforma aludida ya se expresaba que debía establecerse una marcada identidad entre el concepto amplio de cliente bancario, no ceñido rigurosamente a una relación contractual, y el concepto genérico de consumidor o usuario (Conf. Barbier, Eduardo Antonio, en "Contratación bancaria. Consumidores y usuarios", Ed. Astrea, año 2000, pág. 73 y sgtes., & 25 y 26; ídem, Piedecasas, Miguel A., "Los servicios y la ley de defensa del consumidor", Rev. De Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2005-2,, "Contratos de Servicios-II, págs. 295/333; ídem, Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 3ra. ed., año 2004, págs. 103 y sgtes., & 26; ídem, Mosset Iturraspe, Jorge "El cliente de una entidad financiera –de un Banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240", en J.A., 1999-I-84; ídem, Frustagli, Sandra A., "Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en Rev. de Der. Priv. y Com., T. 2009-1, "Consumidores", págs. 225 y sgtes.; ídem, Alterini, Atilio A., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", L.L., 2008-b, 1239).---------

----En relación a la prestación del servicio de cajero automático, el que advierto, es de aquellos mecanismos provistos por las entidades bancarias en general para el uso promiscuo del publico usuario de dicho servicio, esto es, para cualquier cliente bancario, sea que sea propio o ajeno. De allí que respecto a la afirmación de la recurrente de que no obtiene beneficios de los servicios que presta a los clientes de otras entidades bancarias (fs. 56 "in fine"), cabe señalar que este tipo de servicio se encuentra comprendido en lo que ha sido dado en llamárselos como "operatorias de servicios de los bancos de carácter neutra", toda vez que la entidad realiza prestaciones no crediticias por cuenta y orden del cliente.----------

----En tales operaciones neutras el banco no otorga ni recibe crédito sino que simplemente intermedia. No se trata de un universo residual, todo lo contrario. En los últimos tiempos, debido a la alta concentración e intensa concurrencia en la actividad

bancaria, a lo que se suma el desarrollo de la nueva tecnología, se ha configurado un mercado bancario novedoso y dinámico, con productos que se podrían llamar no tradicionales como las tarjetas de débito, el dinero digital, el *e-banking*, los sistemas de atención telefónica, etc. Estos productos o servicios bancarios que dan contenido a las denominadas “operaciones neutras” lejos de no producir beneficios económicos a los bancos son muchas veces de las más importantes fuentes de ingresos, sino la más importante (Ver: Saravia Frías, Bernardo, “Reflexiones sobre derecho bancario moderno”, en Rev. de Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal Culzoni, año 2005-3 “Contratos bancarios”, págs. 7 y sgtes.).----------

----En tal dirección, es de toda evidencia que la misma se inserta en un sistema contractual complejo, multifacético y sistémico que implica la ausencia de necesidad de que se hubiere verificado un vínculo negocial directo entre la entidad bancaria y el consumidor o usuario de tal servicio para que resulte de aplicación el régimen de protección al consumidor (Conf. Barreiro Delfino, Eduardo, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, obra colectiva bajo la dirección de los Dres. Picasso y Vázquez Ferreira, T II, págs. 325 y sgtes., apart. IV).----------

----Lo expuesto viene a descartar la postura impugnaticia centrada en pretender eximirse de toda posible reclamación derivada de la situación de hecho denunciada en la especie. Igualmente, puntualizo que toda referencia a otros partícipes del sistema, como ser la entidad bancaria de la cual es contratante del servicio prestado la denunciante, “Banco del Chubut S.A.” y la organizadora de la red BANELCO resulta indiferente desde que, en todo caso, dichas empresas importarían sujetos pasivos que pueden integrar o no válidamente un litisconsorcio pasivo de carácter facultativo. Es decir, la denunciante podía involucrar a todos o a uno solo de los integrantes del sistema prestador del servicio de cajeros automáticos y obtener igualmente un pronunciamiento de mérito sobre el fondo del asunto de la autoridad de aplicación.-------

----Pues bien, lo hizo respecto de quien de manera ostensible y pública era quien le proveyó el servicio de cajero automático sin que fuera menester que se le exigiera a la Sra. Cepeda que conociera la formación de los eslabones de la cadena que conforman todos los partícipes que integran ese conjunto. Lo dicho, sin perjuicio de las acciones de contribución o de recupero de la cuota parte con la que les pueda corresponder responder a título de contribución de una obligación mancomunada existente entre los obligados solidarios por aquello que abonare el integrante de ese sistema que fuera denunciado, sancionado y condenado por el pago de los daños provocados a terceros consumidores o usuarios de los servicios que prestan.----------

----Breve referencia haré en relación a la aseveración efectuada por la recurrente en cuanto que sostiene que *“...no presta por su voluntad servicios alguno a clientes de otras entidades bancarias, así como tampoco obtiene beneficios de su utilización, sino que son reglas impuestas por BANELCO por el banco que tenga por clientes a los usuarios...”* (sic) (fs. 56). La primera porción de la afirmación transcripta resulta

palmariamente inaudible desde que no puede predicarse seriamente que los servicios de cajero automático que presta a los usuarios del sistema y que no sean clientes del banco sean realizados sin su voluntad puesto que ello se contesta por sí solo con el párrafo que de inmediato acompaña a tal alegación. Es incontestable hoy en día que los bancos prestan servicios, que de antaño eran considerados como accesorios o secundarios en el sentido que el centro de interés de su actividad estaba concentrada en las operaciones activas y pasivas que constituían su actividad principal, pero que ahora han tornado en extremo importante para su buen desarrollo empresarial en el mercado. Es que, su importancia no reside solo en que constituyan una fuente de ingresos –que adelanto lo es-, sino más bien, por constituirse en un medio de atracción de potenciales clientes o para conservar los propios dada la inserción de los servicios en la gestión misma de los bancos. Hoy los servicios bancarios son más que un elemento instrumental, ya que se han convertido en una finalidad de la comercialización bancaria que responde a los nuevos hábitos de los partícipes del sistema bancario en general.----------

----Insistiré en resaltar que cuando se alude a un sistema contractual o redes contractuales que integran un único sistema, significa que la suerte de cada operación bancaria o el funcionamiento de cada entidad financiera no pueden considerarse y tratarse de modo autista, sino inmerso en el conjunto de unas y otras, en atención a la indudable repercusión o resonancia que toda situación tiene y trasciende en todos los restantes intervinientes de la dinámica del mercado. Ello es así precisamente por estar en presencia de un “sistema”.----------

----La presencia de un sistema implica que el ámbito donde se desarrollan las operaciones bancarias y financieras y donde se movilizan los recursos inherentes, no sólo es cambiante y dinámico sino, además, interconectado en su integridad, de forma que todas las partes intervinientes que ingresan y operan en el sistema son interdependientes y están sujetas –inexorablemente- a influencias de unas y otras. Todos los interactuantes se relacionan con los demás (ver: Barreira Delfino, op. Cit., T. II, pág. 326).----------

----De lo expuesto, en síntesis, debido a que por las consideraciones efectuadas resulta fuera de toda duda que el vínculo jurídico por el cual debe responder la entidad es derivado de la relación de consumo que la uniera con la denunciante Sra. Cepeda con motivo de la puesta a disposición del cajero automático ubicado en una de sus sucursales y que utilizara, sostengo y así lo dejo propuesto al acuerdo que se expida, son de aplicación en el caso las normas protectorias del consumidor y usuario. Así lo voto.----------

----2) **Acreditación del hecho fundante de la denuncia**: Paso ahora si al tratamiento del punto concreto sobre el cual se asienta la materia del agravio, consistente en la falta de acreditación del hecho fundante de la denuncia, cual es, que el día 25 de febrero de

2008, en horas de la mañana, la Sra. Cepeda intentó realizar la extracción de dinero de su cuenta (por la suma de $ 700) emitiendo el cajero automático el extracto con la operación realizada pero sin expedirle el dinero correspondiente a ella.----------

----El pronunciamiento de la autoridad de aplicación apelado expone con profusa cita jurisprudencial que la carga de probar lo contrario, es decir, que la operación fue realmente “exitosa” como lo alegara en su descargo, recaía sobre la prestadora del servicio de cajero automático que fuera denunciada (vide: considerando de fs. 46/48).----

----A ello la impugnante opone el siguiente argumento, el que ya había expuesto al momento de realizar su descargo, cual es, que cuenta con cámaras de seguridad cuyas cintas conserva por treinta (30) días habiéndose realizado la denuncia más de un mes después del día de la supuesta extracción fallida y que del arqueo de caja correspondiente a la fecha del evento denunciado no se observó diferencia alguna entre el dinero extraído y lo informado por los ticket. Añade que no puede exigírsele una prueba imposible y que en el supuesto no existe siquiera duda como para que se interprete a favor del consumidor.----------

----Del cotejo de las motivaciones esgrimidas y que se encuentran sobradamente fundadas por la autoridad de aplicación con aquellas que, de su lado, expone la entidad bancaria apelante, encuentro evidente la insuficiencia técnica en la que se incurre sobre el punto. Ello así, en tanto que se remite a reiterar argumentos manidos con anterioridad y que merecieron el condigno análisis y respuesta de parte del órgano administrador competente sin merecer un concreto y puntual ataque que lo ponga realmente en crisis.----------

----De allí es que, estimo, este Tribunal revisor se encuentra realmente huérfano de material de análisis con el cual poder ejercer apropiada y estrictamente su función revisora.----------

----Y efectúo tal señalamiento, a pesar de que no soslayo que la materia especial que importa la presente vía impugnativa, en tanto el pronunciamiento a revisar se trata de un acto administrativo como lo es la disposición N 196/09 DGDP.CyU, impone que igualmente ingrese y me pronuncie sobre el motivo del agravio sin perjuicio de tal insuficiencia en el modo de expresarse. Tal señalamiento lo efectúo por cuanto en mucho, sino en todo, incurriré en meras repeticiones de lo ya dicho fundadamente por la autoridad de aplicación provincial.----------

----No hay espacio para titubeos ni vacilación respecto a que es una regla general en materia de atribución de la carga de la prueba, imponer que cada parte acredite los hechos que son los presupuestos que tornan aplicable la normativa que invocan a favor de su pretensión activa o pasiva (Conf. Art. 377, 2do. Párrafo del C.P.C.C.). Empero, esta regla del derecho procesal común ha sido morigerada por la doctrina y jurisprudencia en materia de derecho del consumo.----------

----Básicamente, se trata de que, si existe un hecho controvertido respecto del cual una de las partes se encuentra en mejores condiciones de aportar certezas sobre su veracidad, resulta entonces válido exigirle que la produzca y la aporte al proceso.---------

----Y, entonces, si aquél prestador de productos o servicios que es denunciado omite u obstruye la producción de la prueba necesaria podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto al acaecimiento o no del hecho en cuestión. Es que, tal tesitura propicia que en el derecho del consumo la parte débil de la relación – consumidor o usuario de bienes o servicios- pueda lograr que se tengan por acreditados hechos respecto de los cuales le resulta imposible aportar prueba directa, pues su contraparte es la única que se encuentra en condiciones de incorporar los elementos probatorios que desacrediten las afirmaciones en las que se sustente los hechos de su denuncia (Conf. Bilesio, Juliana y Gasparini, Marisa, “Algunos aspectos probatorios en el Derecho del Consumidor”, J.A., 2000-II-821; ídem, Sáenz, Luis R. J. Y Silva, Rodrigo, en “Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, año 2009, T. 1, págs. 664 y sgtes.) ----------

----En esta inteligencia se inserta el 3er. párrafo del art. 53º de la Ley de defensa del consumidor, al establecer que los proveedores son quienes deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el proceso.----------

----Ello no implica que se exima a la consumidora o usuaria del servicio denunciante del deber de colaboración que opera por igual sobre ambas partes del proceso, quien debe de buena fe aportar todas las pruebas que se encuentren en su poder.----------

----En tal dirección, es natural interrogarse qué otra probanza pudo haber tenido en su poder la Sra. Cepeda que no sea la que aportó al tiempo de formular su denuncia, la cual consiste básicamente en el ticket que le emitiera el cajero automático. Es que no resulta razonable exigirle la aportación de testigos como lo sugiere la impugnante en su escrito de sostenimiento del recurso impetrado (vide: fs. 58), pues de común nadie ingresa al cajero con el acompañamiento de un tercero, salvo que fuere del grupo familiar o amigo íntimo, lo cual seguramente daría lugar a que el valor probatorio de sus dichos sea también puesto bajo cuestión precisamente por el parentesco o la amistad.--

----En cambio, la entidad bancaria no puede limitarse a abroquelarse en la postulación defensiva consistente en que, por caso, la filmación correspondiente al día 25 de febrero no la habría aportado por cuanto aduce que solo conserva las grabaciones por 30 días.----------

----Paralelamente a ello, descarto que la actora hubiera incurrido en una demora en denunciar como lo postula la impugnante para justificar que no conservara la filmación que interesa al caso. Basta para sostener tal aserto con remitir a las constancias de las consulta de movimientos de la caja de ahorro de la Sra. Cepeda emitidas por el “Banco

del Chubut S.A.” con fecha 27 de febrero de 2008, para concluir que no se incurrió en tal dicente demora.----------

----Es que según se puede constatar del sello correspondiente al sector denominado “pool de operaciones sucursal Puerto Madryn” obrante a fs. 5 y 6; y, concordantemente, la nota remitida por dicho banco -estimo que a BANELCO- en la misma fecha, para que se verifique la extracción del día 25/02/2008 en cajero 2635 (Banco Galicia) *“...YA QUE LA MISMA NO ENTREGO DINERO, SEGÚN LO MANIFESTADO POR EL CLIENTE...”* (sic)(fs. 7/8), es dable inferir que la Sra. Cepeda habría reclamado oportunamente a la entidad bancaria -de la que es cliente- por la situación que motivara su denuncia formulada por ante la Dirección del Consumidor del Municipio de Puerto Madryn, ante las infructuosas gestiones realizadas a fin de obtener que se le reintegre el débito de las sumas que intentara extraer de su caja de ahorro por intermedio del cajero automático aunque –a su decir- sin éxito.----------

----En tal marco fáctico, ante lo sucedido no es oponible al consumidor o usuario el uso o práctica seguida por la entidad bancaria consistente en conservar en su poder solo por treinta días las filiaciones correspondientes a las transacciones realizadas en sus cajeros automáticos.----------

----Por lo demás, el arqueo de caja realizado por la propia entidad bancaria tampoco es oponible al consumidor desde que ésta fue realizada unilateralmente y sin posible control de parte del mismo. A su vez, lo supuestamente informado por la “red BANELCO” no pasa de ser un dato basado en los dichos del banco denunciado, toda vez que no existe constancia alguna en estos actuados de la cual se pueda constatar la verdad de esta afirmación formulada en la audiencia de fecha 30 de junio de 2008 (ver: acta obrante a fs. 26).----------

----En resumen, pues, la entidad bancaria no aportó ninguna prueba que permita descartar la verdad de los hechos denunciados por la Sra. Cepeda, conformando las consecuencias disvaliosas derivadas de esta falta de satisfacción de su carga de probar un riesgo propio y connatural a su actividad de intermediación como partícipe de los servicios bancarios que prestan a través del sistema de cajeros automáticos de cual forma parte.----------

----Finalmente en cuanto el banco recurrente se queja por considerar arbitrario e injusto que se le asigne a su parte la soportación de la imperfección de la tecnología, diré que ello a todo evento es imputable a la cuenta de las eventualidades propias y connaturales al riesgo empresario que cabe contemplar asumido por los bancos adherentes al sistema que permite el funcionamiento de la operatoria bancaria a través de la utilización de los cajeros automáticos.----------

----La idea de riesgo empresario arrastra connotaciones de diversa índole, comprendiendo aquellos “peligros” que el hombre de negocios está dispuesto a asumir al tomar la decisión de encarar cierta actividad económica, en donde ponderará aspectos como el que presenta el caso de autos (fallas mecánicas, electrónicas o de

cualquier otra naturaleza) donde puede sospecharse que por un desperfecto del cajero automático la operación se registro como exitosa no expendiéndose el dinero que la usuaria del sistema infructuosamente intentara extraer (Conf., “Servicios prestados por empresas: La problemática del riesgo empresario”, en Rev. de Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal Culzoni, T. Año 2005-2, págs. 179 y sgtes.).----------

----Y tal perspectiva del riesgo empresario desde la óptica jurídica implica su traducción en el deber de seguridad que corresponde asignar sin dudar que pesa sobre las entidades bancarias intermediadotas en el mercado del dinero. Es que no puede quedar de lado en tal hermenéutica que para la viabilidad de dicha intermediación debe ponderarse que concurre una obligación tácita de seguridad, que confluye con la confianza como valor intrínseco que como pilar básico de todo mercado, es connatural a la actividad bancaria (Conf. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., “La ley de defensa del consumidor”, obra colectiva bajo la dirección de Picasso y Vázquez Ferreira, Ed. La Ley, op. Cit,, T. 1, pág. 77).----------

----A propósito de ello, traigo a colación por su adecuación al pensamiento expuesto lo dicho por destacada doctrina desde una visión económica del Derecho en que se dijo que *“la clara percepción de la necesidad de vincular la estructura jurídica resarcitoria con las reglas macroeconómicas del sistema en orden a los costos, la prevención y el seguro que, como lo postula el Teorema de Coase, pone bajo las reglas del mercado los conceptos de “riesgo” y “utilidad” frente a las externalidades del daño previsible”* (sic)(conf.: Saux, Edgardo I. Muller, Enrique C., “Responsabilidad civil contractual y aquiliana”, Universidad Nacional del Litoral, año 2005, pág. 298).----------

----Y, en esta línea interpretativa es donde comparto plenamente el argumento expuesto por el organismo administrativo de aplicación, en cuanto a partir de establecer la concurrencia de la duda sobre lo realmente acontecido en la especie, se define a favor de la usuaria del servicio bancario (vide: considerando de fs. 48 vta./49), en tanto que tal orientación no solo se adecua al estatuto de defensa del consumidor –presidido por la propia Constitución Nacional- sino, paralelamente, propone, a mi ver acertada y eficazmente, la protección de la confianza pública en el sistema bancario y en el circuito económico, superando satisfactoriamente el antagonismo dogmático entre consumidores y empresas, para procurar la compatibilidad que debe concurrir entre el ánimo de lucro y la solidaridad de quienes son protagonistas del mercado.----------

----Por tales razones, también propondré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.----------

----III. Conclusión: ----------

----Por todo lo dicho corresponderá confirmar la disposición Nº 196/09 DGDP.CyU, en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de alzada a cargo de la parte recurrente vencida en ella (Conf. art. 279 del C.P.C.C., de aplic. por vía del art. 7 de la ley 4219).----------

-----Los honorarios de los Dres. Jorge Francisco Chialva, letrado apoderado de la parte impugnante, por sus tareas desempeñadas por ante este Tribunal, apreciándolas por su calidad, extensión y eficacia, estimo adecuado fijarlos en la suma de Pesos Doscientos Cincuenta ($ 250), con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).----------

----Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, respecto de la Disposición Nº 196/09 de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de fs. 41/51 vta. y de los agravios que contra la misma expusiera la apelante a fs. 54/59, me remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

----I.- A los fines de un mejor seguimiento de las cuestiones a tratar, seguiré el mismo orden de análisis que instrumentara el colega preopinante.----------

----1) La recurrente, ante todo, se agravia de que en la decisión atacada se incurrió en incongruencia debido a la falta de coherencia y relación entre la imputación que en su momento realizara el Director de Defensa del Consumidor y la disposición Nº 196/09. A tal fin rememora que en la imputación señalada se partió de una supuesta falta de su parte al deber de información al cliente y del abuso de los contratos de adhesión (conf. arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24240). Agrega que ante dicho cargo su mandante se limitó a señalar que carecía de relación con la denunciante Cepeda, quien en todo caso la mantenía con el Banco del Chubut S.A., quien tenía para con ella el deber de información. Concluye que la Directora General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios intentó acomodar los defectos de la imputación realizada, apartándose de ella y efectuando un análisis totalmente ajeno a la misma (ver apelación a fs. 54 “in fine”/55, primeros párrafos).----------

----Habré de coincidir con la apelante en cuanto a que es cierto que la Disposición Nº 72 de la Dirección de Defensa del Consumidor (ver fs. 33/35 vta.) se centró en el deber de información dentro del derecho de los consumidores, expresándose que *“...este expediente deberá pasar el riguroso examen que permita determinar si el denunciante ha sido correctamente informado acerca de las condiciones en que accede al servicio de los cajeros automáticos...”* (ver fs. 34, 3er. párrafo), y que la imputación se fundamentó en la presunta infracción a los arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24240 (ver fs. 35 vta., pto. 1). Sin embargo es también de destacar que en la mentada disposición se efectuó un prolijo relato de los hechos denunciados por Elba Cepeda que originaron la denuncia, esto es, que se dispuso a extraer la suma de $ 700 a través del sistema electrónico conocido como “cajero automático en una sucursal del banco demandado, y a pesar de no recibir el dinero, se le “entregó” el ticket indicativo de que la operación se realizó en forma exitosa (ver fs. 33). Asimismo se hace mención de la respuesta dada

por la entidad bancaria al reclamo de la denunciante, en cuanto a que la operación habría sido concretada exitosamente (ver fs. 33 “in fine”), así como de lo alegado por el letrado de la denunciada en la audiencia de conciliación en cuanto a la prueba referida al hecho relatado, ratificando que la operación fue exitosa (ver fs. 33 vta. “in fine”/34, 1er. y 2do. párrafos). Por lo demás en las consideraciones realizadas en la citada disposición a fs. 34 vta./35, se vuelve a hacer referencia al hecho motivante de la denuncia, así como de la prueba esgrimida por la entidad denunciada.----------

----Lo reseñado me lleva a compartir lo expuesto por el Dr. Lucero en cuanto a que de las constancias del expediente se desprende que la demandada estaba en perfecto conocimiento de los hechos denunciados y de cuál era el cuestionamiento a su conducta como prestadora de un servicio, más allá del derecho citado en la imputación. Ello se desprende de las constancias de la denuncia (ver fs. 02/03, 12 y 25/26). Debe recordarse que, tal como lo definió alguna vez Guasp, el principio de congruencia importa la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones y teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila en cuanto delimitan ese objeto (conf. aut. cit., “Derecho procesal civil”, Madrid, 1956, p. 555, nº 4, ap. III; conf. cita en SCBA, Ac. y Sent., 1975, p. 56, DJBA, v. 106 p. 173). La decisión, por consiguiente, debe ser con arreglo a las acciones deducidas, resolviendo los temas sometidos a su juzgamiento en los términos en que ha sido trabada la relación procesal, con prescindencia de toda defensa que se haya planteado con posterioridad (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1971, v. II, p. 635; DJBA, v. 95, p. 57). En el mismo orden de ideas se ha sostenido que cuadra subrayar que una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativo a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Es cuando se supera este marco de operatividad que se produce el quebrantamiento del principio de congruencia (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1971, v. 9, 1978, v. II, p. 210; DJBA, v. 94, p. 29; v. 118, p. 108; v. 120, p. 387). En similar sentido se concluyó que al principio de congruencia, base de nuestro ordenamiento jurídico adjetivo, que se deriva a su vez del sistema dispositivo, puede definírselo como la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Y la praxis judicial ha expresado en torno al mismo, que las sentencias judiciales deben atenerse a la situación que existía al momento de trabarse el debate, resolver con arreglo a las acciones deducidas en el

juicio, pronunciarse sobre todo lo que piden las partes y nada más que sobre lo que piden, decidir las peticiones concretas, encuadrarse en el marco de los hechos y pretensiones precisas que se hayan traído a conocimiento y resolución del órgano, y guardar correspondencia con la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa (conf. CN. Civ., Sala A, 11/8/75, LL, 1976-A-265; ídem., Sala B, 11/10/76, LL, 1977-D-581; ídem, Sala C, 13/11/79, ED, 87-407; entre muchos otros).----------

----A la luz de los conceptos vertidos, y de acuerdo a lo expresado “ut supra”, ha quedado claro que de acuerdo a los hechos relatados tanto en la denuncia de fs. 03, la notificación de fs. 12, lo alegado por la propia entidad denunciada a fs. 25/26, las disposiciones de fs. 27/28 y 33/35 vta., y en el propio descargo de fs. 37/38 (ver concretamente 38, 1er. y 3er. párrafos), siempre se consideró que el hecho motivante de la denuncia fue la alegada fallida extracción de dinero en un cajero automático en una sucursal de la denunciada. Y fue en base a dichas circunstancias de hecho que en la disposición recurrida se decidió la sanción a la misma y se la condenó al pago de daños y perjuicios.----------

----En consecuencia de lo antedicho es que habré de concordar con el colega prevotante en cuanto al rechazo de esta primera queja.----------

----2) La apelante aduce que la denunciante firmó un contrato con el Banco del Chubut S.A. por el cual se le entregó la tarjeta de débito con la que dice haber realizado la extracción en cuestión en un cajero de la firma Banelco, por lo que indica que la única vinculación con su poderdante es que el cajero está ubicado en una de sus sucursales (ver fs. 55, antepenúltimo y anteúltimo párrafos). Critica la disposición atacada por cuanto en la misma se decidió que existe un sistema de contratos en el cual queda comprendida su parte, entendiendo que el papel de su mandante fue muy diferente al del Banco del Chubut quien tenía el deber de informar a su cliente, y al de Banelco con quien Cepeda entabló una relación de consumo. Expresa que no tuvo ninguna vinculación contractual con la denunciante, ni le ha prestado servicio alguno, por lo que no existió una relación de consumo entre denunciante y denunciado, debiéndose haber citado al Banco del Chubut S.A. y a la red Banelco (ver fs. 56/57, primeros párrafos).----

----Ante todo cabe manifestar que la falta de citación a los demás eventuales prestadores de servicios utilizados por la denunciante no hace mella en la decisión contra la recurrente, ya que en todo caso se trataría de un litisconsorcio pasivo facultativo, por lo que era facultad de la denunciante la citación o no de los demás prestadores involucrados. Pero amén de ello, lo que no está controvertido es que la denunciante realizó la operación en un cajero automático de la red Banelco situado en una sucursal de la quejosa. El servicio de cajero automático fue creado para permitir la realización de diversas operaciones sobre cuentas bancarias pasivas -caja de ahorro cuenta corriente-, tales como depósitos, extracciones, transferencias, pago de servicios, consultas de saldos, mensajes al banco y también operaciones sobre cuentas de crédito (conf. Barbier, Eduardo Antonio: “Contratación bancaria. Consumidores y

usuarios", Ed. Astrea, 2002, Tº 1, págs. 292/293). Se lo ha conceptualizado como un negocio jurídico, más puntualmente como un contrato celebrado entre un banco y una persona física y jurídica, por el cual ésta puede acceder a operar en una cuenta bancaria sin limitaciones de horario de atención al público, por medio de un instrumento magnético, para realizar pagos, depósitos, extracciones, movimientos de fondos entre cuentas o consultas de saldos y enviar mensajes a la entidad bancaria. Y si bien en principio resulta un negocio jurídico bilateral puede también, y de hecho suele presentarse como multilateral en tanto no hay identidad entre el banco y la empresa que organiza y atiende el sistema (conf. Barbier, op. cit., ídem, págs. 294/295). Dentro de esa multilateralidad cabe incluir al banco que forma parte del sistema operativo aunque no sea con quien contrató directamente el cliente, por lo que queda comprendida la entidad apelante.----------

----Sin perjuicio de lo expuesto cabe considerar que el párrafo primero del art. 2 de la ley 24240, ya antes de la reforma de la ley 26361, calificaba como proveedor a *"...las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios...".* La doctrina era coincidente en destacar la amplitud de la definición, la cual resultaba suficientemente comprensiva de los agentes económicos implicados profesionalmente en el sector de la oferta de bienes y servicios a los consumidores. Y si bien con el texto actual se mantiene en líneas generales el criterio amplio que había sido consagrado en la ley 24240, la definición ha experimentado una leve variación que le confiere aún mayor extensión desde la perspectiva de las actividades desempeñadas (conf. Frustagli, Sandra A. : "Conexión entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la ley de defensa del consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009-1, "Consumidores", pág. 233). Por lo demás según el art. 1 de la ley 24240 queda en claro que en principio los servicios comprendidos son cualquiera contratado a título oneroso, con la amplitud que luego la reglamentación o la jurisprudencia le han dado a este término (conf. Piedecasas, Miguel A.: "Los servicios y la ley de defensa del consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005-2, "Contratos de servicios-II", pág. 305). Y jurisprudencialmente se ha sostenido que los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales (conf. C. Fed Corrientes, 11/05/00, in re: "Banco de la Nación Argentina c/ Hernández, Juana A." LL 2001-A-649, 43.300-S; LL Litoral 2000-1207; C. 1era. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 20/11/97, in re: "Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre", LLB.A. 1998-511; C. Civ. y Com. Rosario, sala III, 28/2/97, in re: "Moriconi Marcelo y otra c/ Banco Argencoop Ltdo.", LL, 1999-B-273).----------

----En sentido concordante desde la doctrina se ha predicado que el cliente general y el consumidor y usuario bancarios como expresión de uno de los mercados de la actividad financiera, padecen, al igual que el consumidor general, de una inferioridad relativa frente al cocontratante. De igual modo, como sucede en las relaciones de consumo general, la predisposición, la estandarización y las condiciones generales aparecen complacientemente justificadas por la necesidad de dinamizar los negocios y facilitar el acceso general a los servicios y productos bancarios (conf. Barbier, op. cit., ídem, pág. 70). La aplicación de la legislación de defensa del consumidor a la actividad bancaria se funda además en que el banco es una empresa mercantil que intermedia con profesionalismo en el mercado de crédito; esto es, se dedica a la mediación sobre dinero y títulos con habitualidad, en escala y con ánimo de lucro. La operación bancaria es aquella realizada por una empresa bancaria, que se destaca porque las lleva adelante “como una fuente constante de lucro en una serie interrumpida de operaciones iguales”, que son ni más ni menos que las notas determinantes del profesionalismo que caracteriza la actividad de los bancos (conf. Saravia Frías, Bernardo: “ Reflexiones sobre derecho bancario moderno”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005-3, “Contratos bancarios”, pág. 15). A lo que cabe añadir lo señalado por el Dr. Lucero, en cuanto a que la prestación del servicio de cajero automático, cabe ser incluido dentro de aquellas operaciones neutras en las que el banco intermedia, sin que se trate de un universo residual, sino que muchas veces representan las más importantes fuentes de ingresos de los bancos sino las más importantes (conf. Saravia Frías, op. cit., ídem, pág. 17).----------

----Refuerza lo dicho hasta aquí la legitimación pasiva de la recurrente a los fines de la aplicación de la ley 24240, la circunstancia por la cual la misma forma parte de un sistema a través del cual se presta el servicio de cajero automático en forma masiva a los consumidores y usuarios del mismo y por intermedio de múltiples operadores, lo que evidentemente se enmarca dentro de su finalidad de lucro, por lo que resulta inaudible la invocada obligación de participar dentro del susodicho sistema. Y en tal marco fáctico es que corresponde interpretar el art. 40 de la ley 24240 en cuanto prevé la responsabilidad de toda una cadena de sujetos coligados por una operación económica que trasciende la mera vigencia de un contrato entre el consumidor y el proveedor, refiriéndose al daño al consumidor que resulte, entre otros, de la prestación del servicio. Esto importa que la ley se refiere a todo daño que para el consumidor se derive de la prestación del servicio, esto es, cualquier nocimiento que guarde relación causal adecuada con dicha prestación, quedando abarcado por esta disposición el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que resultan del contrato celebrado entre consumidor y proveedor. Pero la norma tiene el aspecto novedoso de la ampliación del espectro de responsables para el caso de daños derivados de la prestación del servicio, ya que en tales supuestos no se genera sólo responsabilidad para el prestador del servicio -el “proveedor” según la ley-, sino que más allá de la

enumeración legal que es meramente enunciativa, la ley quiere responsabilizar a todas aquellas personas físicas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio, no sólo quien lo provee en forma directa, sino también quien lo concibió, quien lo instrumentó, quien puso su marca en él (conf. Wajntraub, Javier H.: “La conexidad contractual en el derecho del consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007-2, “Contratos conexos”, págs. 237/239). ¿Cabe alguna duda acerca de que la recurrente, entidad bancaria a la que pertenecía la sucursal donde estaba ubicado el cajero automático en el cual la denunciante intentó extraer dinero, resulta comprendida dentro de aquellos operadores intervinientes en la cadena de concepción, creación y comercialización del servicio de cajero automático?. Entiendo que no.----------

----En síntesis, de todo lo razonado en este punto 2, concuerdo con el colega preopinante en que la apelante resulta alcanzada por las normas de la ley 24240 en relación a la denunciante en torno al hecho generador de la denuncia.----------

----3) La apelante se agravia, seguidamente, de que la autoridad de aplicación aplicara las cargas dinámicas de las pruebas, analizara el art. 53 de la ley 24240 y concluyera que el banco no puede no tener pruebas de situación que permitan acreditar el hecho. Critica que también se agregara que si Cepeda no pudo retirar el dinero, su mandante debe hacerse cargo de la imperfección del sistema, y que en caso de dudas debe cargarse a la parte fuerte de la relación contractual. Entiende que en virtud de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 24240, su parte sólo dispone como prueba para colaborar, con los resultados de los arqueos de la caja y las filmaciones, aclarando que estas últimas se conservan por treinta días y no se las aportó antes por cuanto la denuncia se realizó más de un mes después del día de la supuesta extracción fallida. Y en cuanto a los arqueos de caja, expresa que no surgió para el día 25/02/08 que hubiese diferencia alguna entre el dinero extraído y lo informado por los tickets. Añade que no se está frente a un caso en el cual el denunciante aportara pruebas fehacientes o indicios en relación a sus dichos, ni tampoco realizó la denuncia en un tiempo razonablemente coherente.----------

----Al respecto es de destacar que el principio general en materia de prueba que establece el art. 377 del CPCC dispone que incumbe probar a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Sin embargo, en el decisorio atacado se consideró sobrada y sólidamente que resultaba de aplicación la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual las obligaciones probatorias no deben ser distribuidas de manera apriorística, sino en función de circunstancias especiales (ver fs. 45/47), consideración respecto de la cual, habré de coincidir con el Dr. Lucero en que los agravios expresados no alcanzaron a conmover. Y concretamente el art. 53 de la ley 24240 (conf. ley 26361, vigente al tiempo del trámite de la denuncia), establece en su 3er. párrafo: *“Los proveedores deberán aportar todos los elementos de prueba que*

obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". Se trata de que si existe un hecho controvertido, respecto del cual una de las partes se encuentra en mejor posición de aportar certeza sobre su veracidad, es entonces que si aquél omite u obstruye la producción de la prueba necesaria, podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto del acaecimiento o no del hecho en cuestión. Y en esta materia, es sabido que los elementos probatorios principales, en general, se encontrarán en poder del demandado, quien es el que se encuentra en mejores condiciones técnicas para resguardar los elementos que determinan el alcance de la relación instaurada con el consumidor. Así, si esta prueba no es preservada por el proveedor, dicha circunstancia constituirá -por aplicación del principio en estudio- un indicio en contra del demandado, permitiendo presumir los hechos alegados por la contraria, ante el incumplimiento del deber de colaboración que le incumbe en cuanto a la dilucidación de los hechos del caso (conf. Sáenz, Luis R.J.-Silva, Rodrigo, en Picasso-Vázquez Ferreyra: "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", Ed. La Ley, 2009, Tº I, págs. 666/669).----------

----A la luz de lo razonado no puedo dejar de compartir lo expuesto por el colega prevotante, en cuanto no resulta razonable exigirle a la denunciante otra prueba que el ticket emitido por el cajero automático, ya que lo usual y prudente es que una persona concurra a extraer dinero de esa manera sin testigos, a menos que sean familiares o amigos, en cuyo caso se podría poner en duda la veracidad de los mismos. En cambio la demandada se limitó a señalar que el arqueo correspondiente no arrojó diferencias, siendo dicha prueba de carácter unilateral. Y agregó que las filmaciones se conservan por treinta días, no existiendo mayor motivo para que no se conserven por más tiempo que la propia decisión al respecto de la entidad bancaria. Tampoco puede concluirse que Cepeda demoró en exceso en denunciar el hecho, ya que habiendo ocurrido el hecho el 25/02/08 (ver fs. 08), de las constancias de fs. 05/07 se desprende que el día 27/02/08 lo había puesto en conocimiento del Banco del Chubut S.A.----------

----En suma, de las consideraciones efectuadas, concluyo en el rechazo de este agravio referido a la valoración de la actividad probatoria de las partes.----------

----4) Finalmente la recurrente se queja en cuanto considera arbitrario e injusto que en la disposición impugnada se señalara el deber de su parte de soportar la imperfección de la tecnología por no permitir aclarar el caso en cuestión, reiterando que Cepeda no era cliente de su mandante, que el hecho denunciado resulta improbable en un sistema utilizado a diario por millones de usuarios en el mundo, amén de que la sanción impuesta resulta un incentivo para usuarios inescrupulosos. Al respecto la autoridad de aplicación no hizo más que considerar que el presente es un caso dudoso, para lo cual se valió de lo alegado por la propia denunciada, en cuanto ésta expuso que *"...resulta imposible saber si realmente puede haber sucedido lo que la denunciante alega"* (ver fs.

38, 3er. párrafo). Y en ese marco argumentativo se aplicó el principio tuitivo en defensa del consumidor o usuario (ver fs. 48 vta./49).----------

----Por lo demás es de tener en cuenta que el banco moderno se ha convertido en una empresa de servicios vinculados directa o indirectamente con la actividad financiera, y la actividad bancaria presenta riesgos inherentes a ella, mas el riesgo juega en esta actividad como un acicate, porque a mayor riesgo es mayor la rentabilidad o ganancia. El manejo permanente de dinero y documentos representativos de derechos monetarios hace muy riesgosa esta actividad, porque tanto quienes actúan por el banco como los clientes están permanentemente expuestos a errores y algunos tentados a aprovechar cualquier descuido o error para beneficiarse ilegítimamente (conf. Villegas, Carlos Gilberto: “Operaciones Bancarias”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, Tº I, págs. 25/27). Es en ese marco que se entiende la protección que debe recibir el consumidor o usuario de acuerdo a la ley 24240, en cuanto dicho ordenamiento tutelar constituye un modo de regulación del mercado, en el cual el consumidor más que un sujeto necesitado de tutela es protagonista en el rol de asegurar el funcionamiento correcto de un mercado verdaderamente concurrencial; para cuyo fin se parte de una noción elemental de las operaciones económicas que se desenvuelven en él: producción, comercialización y consumo. De la segmentación en tres funciones económicas básicas la juridicidad lo convierte en una relación bipolar, en la cual detecta un foco de tensión: el “profesional” (genérico de productores y comercializadores) frente al “profano”; quedando delineada la debilidad propia del consumidor; por tanto, para seleccionar la situación jurídica merecedora de protección se recurre a la idea de “consumo final” (conf. Santarelli, Fulvio G., en Picasso-Vázquez Ferreyra, op. cit., ídem, págs. 28/29).----------

----Dada la profesionalidad de la entidad denunciada, y la asunción de riesgos, entre ellos tecnológicos, que la actividad desarrollada por ella implica, la aplicación del principio protectorio a favor del consumidor o usuario lejos de resultar una arbitrariedad importa la vigencia de la legislación tuitiva señalada, más aún en un supuesto como el “sub exámine”, en el cual la propia denunciada admitió que presentaba aristas dudosas.----------

----En definitiva por los argumentos expuestos, también procede el rechazo de este último agravio tratado.----------

----II.- A la luz de todo lo expuesto, y coincidiendo con el vocal prevotante, corresponde confirmar la Disposición Nº 196/09 DGDP.CyU, en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas en la Alzada a la recurrente vencida, conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 279 del CPCC y remisión del art. 7 de la ley provincial 4219).----------

----A los fines regulatorios, teniendo en cuenta el mérito, eficacia y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta sede, encuentro ajustado a derecho cuantificar los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. Jorge Francisco Chialva, en la suma de $ 250, con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 7, 9 14 y 47 de la ley

2200, y leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR la Disposición Nº 196/09 de la Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos, en todo lo que fue materia de agravios. 2) IMPONER las costas de esta instancia revisora a la parte recurrente vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios del Dr. Jorge F. Chialva, por sus tareas de alzada, en la suma de Pesos Doscientos Cincuenta ($ 250), con más el I.V.A. pertinente.----------

----ASI LO VOTO.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión fiel del mismo.----------

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- CONFIRMAR la Disposición Nº 196/09 de la Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos, en todo lo que fue materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de esta instancia revisora a la parte recurrente vencida en ella.

--- REGULAR los honorarios del Dr. Jorge F. Chialva, por sus tareas de alzada, en la suma de Pesos Doscientos Cincuenta ($ 250), con más el I.V.A. pertinente.----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2010 – SDCA.- Conste.-

cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA