----Trelew, de diciembre de 2015.----------

---**VISTO Y CONSIDERANDO**: ----------

--I.- Que, en función del estado de autos, llega a este Tribunal para resolver los recursos de apelación de fs. 50/54 y 62/64vta. deducidos contra la Disposición nº 043/15 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew (en adelante "O.D.C.") obrante a fs. 36/42.

Sintéticamente, conforme surge de la denuncia del 04/10/2013 a fs. 1/2, la Sra. E. L. denunció que le faltó una suma de dinero de su cuenta del B. d. C. SA (en adelante “B. C.”) por una extracción que se habría realizado el día 07/03/2013 en un cajero del B. C. C. L. (en adelante sólo “B. C.”); y consecuente promovió el reclamo en los términos de los arts. 4° y 10 bis de la Ley 24.240.

A fs. 3/6 se agregó la documental que adjuntó. A fs. 7 luce copia de la denuncia penal que realizó con fecha 11/04/2013, y a fs. 8 la notificación del Ministerio Público Fiscal que comunicó el archivo de la denuncia por falta de elementos que permitan realizar imputación alguna.

La O.D.C. convocó a audiencia de conciliación a las partes a fs. 9; el acta de su desarrollo luce a fs. 13. Como conducente allí la denunciante solicitó que el B. C. aporte la filmación del cajero en cuestión. La O.D.C. intimó su presentación a fs. 21. La denunciante reiteró esa petición a fs. 23. No hay constancia de cumplimiento de tal prueba en el legajo.

A fs. 27 obra el acta de imputación y apertura del sumario, con invocación del art. 4° de la L.D.C. respecto del B. C. por no haber cumplido el deber de informar y aportar las pruebas requeridas, y respecto del B. C. por no haber brindado respuesta oportuna a los reclamos de la denunciante.

A fs. 31/32 obra el descargo del B. d. C., con la explicación de la situación y adjuntó la constancia de recepción de la tarjeta de débito con el detalle del modo de uso posible suscripto por la denunciante.

El B. C., notificado (fs. 30), no presentó descargo.

II.- La O.D.C. dictó la Resolución Administrativa en cuestión a fs. 36/42 por la cual, por un lado, aplicó una multa a los bancos denunciados, en el importe que señaló, por infracción a los arts. 4° y 10 de la L.D.C., y, por otro lado, ordenó al B. d. C. devolver la suma reclamada por la denunciante con más intereses a la tasa que fijó y del modo que precisó. Además, ordenó realizar la publicación del edicto de rigor. Comunicó, por último, las vías recursivas disponibles a los condenados.

Notificada esa Resolución (fs. 45 y 57), ambos bancos presentaron apelación (fs. 50/54 y 62/64vta.).

Básicamente el B. d. C. señaló, que la infracción al deber de informar que conformó el acta de imputación, y sobre la que se defendió, no coincide con el fundamento de la sanción; descartó la falta de información de su parte en relación con el servicio; la

denunciante no reclamó por falta de información, la decisión administrativa incurrió en arbitrariedad; la falta de prueba que se endilgó al B. C. es una carga no imputable a su parte; no se acreditó que el faltante de dinero en cuestión corresponda a un error del banco o del sistema, o al empleo de una tarjeta melliza, y agregó que si hubo una falla del cajero, ésta corresponde al B. C.. Solicitó, sobre esta base, que se declare nula la Disposición nº 43/15 de fs. 36/42.

El B. C., por su lado, sostuvo –sintéticamente– que la multa a su parte así resulta improcedente: la denunciante afirmó haber hecho extracciones de la red de cajeros del B. d. C. la decisión administrativa aplicó la doctrina de la causa "Cepeda" de la Sala B de la Cámara de Apelaciones, pero el caso no resulta asimilable al presente; la Disposición administrativa aplicó una multa por infracción al art. 4º de la L.D.C. por no haberse podido observar la filiación de hipotéticos hechos posteriores al momento en que debió ser necesario el deber de información; su parte no incurrió en la infracción al deber de información, que le correspondía al B. d. C.; el retiro de fondos que se denunció no guarda relación causal con la supuesta falta de información; no corresponde la activación del art. 10 bis de la L.D.C. En función de lo anterior solicitó que se deje sin efecto la sanción.

III.- Así planteado el caso corresponderá revocar la Disposición nº 043/15 de fs. 36/42 por las siguientes razones.

1. Como previo cabe advertir que esta Alzada, si bien debe ejercer la competencia revisora ciñéndose a los puntos objetados (doc. art. 280, C.P.C.C., por remisión del párr. final art. 7º de la Ley VII nº 22), no está obligada a tratar todos los argumentos utilizados por las partes o por el órgano *a quo* sino "sólo aquéllos que estimen decisivos para la solución del caso" (C.S.J.N., 30/05/2006, Fallos 329:1951; del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal; conf. esta Sala en las c. 148/14, S.I.C.A. nº 9 de 2014, y c. 23/13, S.D.L. nº 17 de 2013, voto del Dr. Velázquez, entre otras).----------2.- Ahora bien, conforme surge del legajo, siguiendo el orden de las presentaciones corresponde señalar que la falta de mención del art. 10 bis de la L.D.C. en el acta de imputación que cuestionó el B. C. en su recurso, no representa un agravio autónomo sino que debe ser considerado –como lo hizo el B. C. en su pieza de agravios– junto a la imputada violación al deber de informar del art. 4º de la L.D.C.----------

----Es que ambos términos conforman la relación causa–consecuencia que activó la denuncia (atendiendo su literalidad, fs. 1), motivó la audiencia de conciliación, debió integrar el descargo del quejoso en relación con los hechos denunciados, y concretó la Disposición administrativa en examen. ----------

---Dicho de otra manera, la facultad de reclamar que el art. 10 bis de la L.D.C. en cuestión pone a disposición del consumidor (conf. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 3ª ed., act., 2004, p. 229 y sig.) es operativa sí, y sólo sí, éste

acredita –o del procedimiento surge probado– el incumplimiento de un deber u de una obligación que la Ley 24.240 pone en cabeza del prestador (conf. Sabrina Buccheri, en "Manual de los derechos de usuarios y consumidores", AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 443; esta Sala en la c. 105/15, S.I.C.A. nº 05 de 2015, c. 355/14, S.I.C.A. nº 02 de 2015, c. 246/14, S.I.C.A. nº 10 de 2014).----------3.- De allí que el caso pasó –y pasa– por determinar, siguiendo el orden lógico y jurídico anterior, si el retiro de los fondos que la denunciante desconoce haber realizado con su tarjeta de débito del B. C. en el cajero del B. C., se produjo efectivamente como consecuencia del incumplimiento del deber de informar por parte
de los bancos denunciados. ----------
---Puesto que de ser así, y ejercida por el consumidor la facultad de reclamar ante la autoridad su cumplimento coactivo, la sanción consecuente (multa y restitución de los fondos) que impone la Disposición no admitiría recurso –salvo por vicios de procedimiento, que no se señalaron– y debería ser confirmada. Caso contrario, la facultad de reclamar queda vacía de sustancia y la Disposición debería ser revocada
por arbitraria.----------
----Este resulta el núcleo del caso y a su luz debe examinarse tanto la Disposición administrativa como las pretensiones recursivas.----------
--- 4.- Siguiendo el orden anterior se advierte, pues, por un lado, como hechos: que el consumidor denunciante negó haber realizado la extracción de dinero del día 07/03/2013 que figura en movimientos de su cuenta; y que, sin embargo, no efectuó denuncia de extravío de la tarjeta de débito, ni aportó elementos que permitan realizar siquiera una imputación penal contra persona alguna. De modo que puede asumirse que la tarjeta siempre estuvo en su poder, o, por lo menos, en poder de alguien –no determinado– que además conocía la clave (PIN) de acceso a la cuenta.----------Por otro lado, tenemos que el B. C. acreditó haber informado a su cliente, la consumidora denunciante (esta Sala en la c. 246/14, S.I.C.A. nº 10 de 2014), según cartilla con firma que luce a fs. 33, los términos de vinculación de la tarjeta de débito cuenta ANSeS, que incluyó según expresa: reglamento de cajero automático (OPASI.12-Sec.6-BCRA) y condiciones de su operación con normas mínimas de seguridad (comp. Barreira Delfino, "Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos bancarios", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 137-138).----------Tal información comprende, en lo relevante: a) quien es titular y responsable de utilizar el servicio de tarjeta y el código de identificación personal (PIN); b) la sugerencia de modificar el PIN original y las seguridades para su guardado; c) la no divulgación del PIN, que representa la llave de acceso al sistema; d) no olvidar la tarjeta en el cajero al finalizar la operación; e) no ingresar el PIN frente a extraños ni facilitarles la tarjeta aunque se ofrezcan en ayuda; f) guardar la tarjeta en lugar seguro y verificar periódicamente su existencia; g) en caso de pérdida, robo o hurto de la tarjeta u olvido del PIN, denunciar inmediatamente al banco

acompañando la constancia de la denuncia/exposición policial, en tanto que el usuario será responsable del eventual uso de la tarjeta hasta que la misma sea dada de baja (disposiciones que se ajustan a las recomendaciones para usar el cajero automático que publica el Banco Central de la República Argentina, en su Portal del Cliente Bancario: http://www.clientebancario.gov.ar/).----------

---Estas normas de seguridad que debe observar el cliente no se modifican por la circunstancia de que realice la operación en un cajero de otro banco. Es que, con independencia de la red de cajeros de que se trate (L. B.), todos los operadores bancarios que ofrecen este servicio están sujetos a la misma normativa del Banco Central en relación con la información que deben brindar a los usuarios para que realicen operaciones seguras, ya mediante un extracto expreso como el de fs. 33 o mediante cartelería colocada en los cajeros para los usuarios eventuales (comp. Barbier, "Contratación bancaria", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., act., 2002, T. 2, pp. 295-297; C.S.J.N.,). ----------

----5.- Así, no puede sostenerse válidamente que el B. C. incurrió en un defecto de información (conf. Celia Weingarten, en “Manual de los derechos” cit., p. 209, n° 5, ap. “c”), esto es, no puede imputársele que no informó oportunamente a su cliente la forma de operar con la tarjeta de débito y la importancia de su custodia, tanto como la del respectivo PIN de acceso al sistema (fs. 33). Y tampoco hay elementos agregados a la causa que permitan sostener que el B. C. no cumplió con la normativa bancaria que reglamenta este punto para usuarios eventuales del servicio de cajeros automáticos.----------

---Por lo cual, contrariamente a lo señalado por la Disposición administrativa, puede afirmarse que los bancos cumplieron la manda del art. 4º de la L.D.C., en lo que de ellos dependía según su ámbito operativo, con las implicancias que de suyo se sigue para el caso (conf. esta Sala en la c. 246/14, S.I.C.A. nº 10 de 2014): en estos términos, y vistas las constancias del legajo, no hay elementos que permitan sostener una relación de causalidad adecuada entre el imputado incumplimiento del deber de informar (que debe descartarse, como se indicó) y la extracción del cajero cuestionada. ----De modo que, ocurrida la operación sin que la cliente hubiera denunciado fehacientemente que la tarjeta de débito y el PIN (pues para realizar una operación en el cajero automático es imprescindible contar con ambos elementos) quedaron expuestos al uso de terceros (incluso la denuncia penal posterior al hecho se archivó por falta de prueba, fs. 7/8vta.), o sin que se hubiera imputado y acreditado un mal funcionamiento del sistema contable del banco o de la red de cajeros (conf. Sala B, c. 590/09, S.D.C.A. nº 1 de 2010), necesariamente esa operación debe tenerse como realizada por la titular de la tarjeta de débito, en tanto responsable de su custodia y operación personal (conf. Weingarten, “Manual”, cit., p. 217, n° 10).----------Consecuentemente, si la operación

de extracción le corresponde a la titular de la tarjeta de débito y además no hubo incumplimiento del art. 4º de la L.D.C. imputables a los bancos, la facultad de reclamar del art. 10 bis de la L.D.C. que ejerció la cliente con la denuncia quedó sin sustancia y corresponde revocar la Disposición de fs. 36/42. ---------6.- Sin perjuicio de lo anterior, debe agregarse que la circunstancia de que el B. C. no cumpliera con la intimación de presentar la filmación de seguridad del cajero en el día en cuestión (fs. 13 y 21), no justifica por sí el mantenimiento de la multa. ----Esto así, pues, los hechos de la propia denunciante y la operativa bancaria aplicable condicionan las posibilidades probatorias del caso.----------Surge del legajo que transcurrieron 7 meses desde que ocurrió la extracción del cajero en cuestión (07/03/2013) y se formalizó la denuncia ante la O.D.C. (04/10/2013), y, en rigor, como reconoció la propia Disposición en examen, los bancos sólo tendrían la obligación de guardar durante 60 días corridos las grabaciones que registran los movimientos de sus cajeros automáticos (salvo que se hubiera ocurrido un siniestro, que no es el caso, confr. Com. “A” 5412-BCRA, n° 10; publicada en
http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A5412.pdf). ----------
---Por lo tanto, frente a estos hechos y términos, la regla de la carga de la prueba contra el B. C. resulta en el caso bajo examen inaplicable por absurda, por cuanto no puede cargárselo con las consecuencias de una imposibilidad probatoria –por otra parte conforme a la reglamentación aplicable– que ha sido causada por la displicencia de la propia denunciante por la demora de la denuncia ante la O.D.C. Y esto es así, con independencia de quién tiene el *onus probandi* o de quién se encontraba en mejores condiciones de aportar una determinada prueba (doc. art. 6º,
incs. "b" y "e", Ley VII nº 22). ----------
--7.- En síntesis, asumiendo que el control de la legitimidad del acto administrativo remite a la debida aplicación de las normas, de manera que los hechos se revelen adecuadamente acreditados y lo decidido se ajuste al texto legal pertinente (C.S.J.N., 03/06/2008, Fallos 331:1369; del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal; esta Sala en la c. 148/14, S.I.C.A. nº 09 de 2014), tenemos que, en concreto, la Disposición 043/15 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew obrante a fs. 36/42 resulta arbitraria y corresponde que sea revocada en todas sus partes.

Ello así, porque sancionó a los denunciados recurrentes cuando no sólo no se acreditó el imputado incumplimiento del deber de informar de parte de los B. C. y C. sino que tampoco se probó que la operación en cuestión no fue realizada por la titular de la tarjeta de débito denunciante.

Y esa conclusión no se modifica por la imposibilidad probatoria que la O.D.C. imputó al B. C.; pues, en rigor, el órgano administrativo soslayó que tal imposibilidad fue causada

DESCALZI
TARIO

por la inercia de la propia denunciante y es sólo ella quien deben asumir las consecuencias del déficit probatorio.

IV.- Por el objeto del presente y como se resuelve, las costas se impondrán en el orden causado (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaran, corresponde regular los honorarios de la Dra. C. I. J. (apoderada del B. d. C. SA) en la suma de 8 Jus ($5.212) y los del Dr. F. O. V. (apoderado del B. C. C. L.) en la suma de 8 Jus ($5.212), en ambos casos con mas el 35% por plus procuratorio, e IVA si así correspondiera (arts. 5º, 6º, 6bis, 7º, 8º, 13 y 32, Ley XIII nº 4).----------

---Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew integrada con los subrogantes legales; **RESUELVE**: ----------

---Revocar la Disposición nº 043/15 de fs. 36/42.----------

-Imponer las costas de esta instancia en el orden causado.----------

Regular los honorarios de la Dra. C. I. J. en la suma de 8 Jus ($5.212) y los del Dr. F. O. V. en la suma de 8 Jus ($5.212), en ambos casos con mas el 35% por plus procuratorio, e IVA si así correspondiera.----------La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse en uso de licencia el Dr. Aldo L. De Cunto (arts. 7º y 8º, ley V nº 17). ----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2015 – SICA. - CONSTE.**----------

JOSE PABLO DESCALZI SECRETARIO