-----Trelew, de marzo de 2020. ----------

----**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "M., J. c/ Banco de la Nación Argentina y/o Red Link S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor" (Expte. Nro. 17 - Año 2020 CAT), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 100/105 por el Banco de la Nación Argentina, contra la Disposición Nro. 226/19 de fs. 87/92 vta. El recurso fue concedido a fs. 109.----------

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

-**I)** A fs. 87/92 vta., el Señor Director del Programa de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Trelew, dispuso aplicar al Banco de la Nación Argentina una multa de $ 20.000 (Pesos veinte mil) y de $ 15.000 (Pesos quince mil) a Red Link S.A. Asimismo, la sanción incluyó la orden de publicar, a costa de las condenadas, Banco de la Nación Argentina y Red Link S.A., una breve reseña del caso y la parte resolutiva de la Disposición n°226/19 en el diario Jornada de la ciudad de Trelew por el término de 1 día (Ver Artículos 1 y 3 de la Disposición 226/19, fs. 87/92).----------

----En su recurso de apelación de fs. 100/105 la recurrente Banco de la Nación Argentina sostiene cuatro agravios, aclarándose que, por un error en la numeración, aparece un quinto agravio que en realidad es el cuarto (Ver fs. 104 y vta.).----------

----En resumen, los agravios propuestos por la recurrente son: (i) En primer término, se queja por una falta de precisión en el análisis de la denuncia y en el material probatorio ofrecido (Ver fs. 103, párrafo quinto); (ii) En segundo lugar, invoca que los registros fílmicos no fueron solicitados por el denunciante, sino, en forma tardía, por la autoridad de aplicación. Asimismo, aduce que dichas filmaciones no eran necesarias para esclarecer el debate de autos. En este último sentido, la recurrente postula que: *"No se debatió en la ODC la falta de entrega de dinero alguno, sino un débito por error de sistema que no podría nunca ser probado por las filmaciones*." (Ver fs. 103, punto 2), apartado a), anteúltimo párrafo); (iii) En tercer lugar, la recurrente sostiene que la imputación por el incumplimiento del art. 19 de la LDC es arbitraria. Para ello describe que cumplió con los términos y las condiciones legales (Ver fs. 104, punto 2), párrafo segundo), aclarando que el problema no radicó en la prestación del servicio, sino en la irrazonable omisión de la autoridad de aplicación para valorar la prueba oportunamente arrimada al expediente (Ver fs. 104, anteúltimo párrafo); (iv) Último; para finalizar, la apelante se queja por injusta imposición de la multa y la orden de publicar edictos dado que, según su estimación, no ha incumplido con el art. 19 de la LDC y tampoco tiene antecedentes condenatorios por infracciones a la ley de defensa del consumidor (Ver fs. 104 vta., dos últimos párrafos).----------

---II) Cuestión Preliminar. A fin de mejorar la sistematización del presente recurso, se aclara que los tres primeros agravios serán tratados en conjunto porque todos ellos giran sobre el mismo tema; esto es, la interpretación de las pruebas aportadas y las cargas probatorias que corresponde a cada una de las partes.----------

----Primer agravio: Falta de precisión en el análisis de la denuncia del Sr. J. M. y falta de valoración y análisis de los descargos y de la prueba ofrecida. Este agravio queda subsumido a dos cuestiones concretas; a saber: a) La imprecisión de los términos de la denuncia; b) errónea valoración por parte de la autoridad de aplicación de las defensas y las pruebas ofrecidas por el Banco de la Nación Argentina.----------

-----La denuncia del Sr. J. M., sin embargo, no contiene esas expresiones que le achaca la denunciada; por el contrario, el denunciante hace un relato circunstanciado de lo que estima que ocurrió cuando intentó extraer dinero de su cuenta utilizando los servicios de un cajero automático. La denuncia abunda en precisiones, tales como el número de la sucursal del banco en donde realizó las operaciones fallidas, así como también la fecha y la hora en que repitió sus intentos de hacerse del dinero de su cuenta (Ver fs. 02/vta.).----------

---En ese sentido debe señalarse que, a criterio de este tribunal, los hechos denunciados y el reclamo perseguido resultan consistentes. Veamos. El denunciante dice que el 1/03/2019, a las 20.45 hs intentó extraer de un cajero automático de la Red Link S.A. la suma de $ 4.000 (pesos cuatro mil). Esta operación fue rechazada porque dicho monto excedía su límite diario de extracciones que ascendía, según sus propios dichos, a $ 5.000. Luego intenta extraer $ 2.000 (pesos dos mil), operación que también fue rechazada por idéntico motivo. A raíz de esos rechazos, el Sr. M. intenta una nueva extracción, esta vez de $ 1.000 (pesos un mil), que si resulta positiva. Así, el denunciante manifiesta que: *"La misma operación se repitió en un cajero adyacente obteniendo los mismos resultados. Por último intenté extraer $ 1.000 (de un tercer cajero) y esta última operación si tuvo éxito, pero al querer extraer el restante monto para alcanzar el límite máximo por día, el cajero me dice que ya no es posible debido a que el monto máximo por día ya había sido dispensado."* (Ver fs. 02, último párrafo y vta.).----------

---En sumario: el denunciante dice que pudo extraer solo mil pesos, pero que el banco le debitó otros cuatro mil pesos que nunca retiró. En prueba de sus dichos aporta, entre otras, la documental de fs.14 de la que surge un primer débito de $ 4.000 (pesos cuatro mil) y otro posterior de $ 1.000 (pesos un mil), ambos realizados el 1/03/2019 (Ver documental de fs. 14). ----------

---A su turno, la denunciada Banco de la Nación Argentina (BNA), postula que el denunciante realizó con éxito las operaciones que denuncia como fallidas. Así, sostiene que: *"… esta parte en momento oportuno, realizó el descargo pertinente y adjuntó la documentación que acredita, a todo evento, que el denunciante realizó las extracciones del cajero red link en dos oportunidades (00:05 hs y 20:50 aproximadamente), logrando con éxito el acceso al sistema y el retiro del dinero."* (Ver fs. 40, Punto II, párrafo segundo). ----------

--- Esta explicación es luego ratificada por el BNA, al manifestar: *"Para ser más preciso indico que el denunciante operó con éxito retirando el importe de PESOS CUATRO MIL ($ 4.000) A LAS 00.05 hs del día sábado 01/03/2019 (madrugada), el mismo día sábado en horario de 20.47 hs realiza la extracción de PESOS MIL ($ 1.000) con éxito y por consiguiente sin posibilidad de realizar otra operación por no estar habilitado para operar con más dinero."* (Ver fs. 49, último párrafo). ----------

-----De lo dicho hasta aquí surge la existencia de dos versiones contrapuestas sobre cómo ocurrieron los hechos; a saber: a) La versión del denunciante, que asegura que el cajero no le entregó el dinero pero que el BNA sí le debitó la suma de $ 4.000 (pesos cuatro mil) (Ver fs. 02 vta., segundo párrafo); b) La versión del Banco de la Nación Argentina, que sostiene que durante el día 1/03/2019 hubo dos extracciones, en distinto horarios, que completaron el límite permitido para el usuario. ----------

-----La documentación respaldatoria de esta versión del BNA surge de fs. 37. Allí se detallan las extracciones correspondientes al día 1/03/2019 que, en principio, probarían que cuando el denunciante intentó retirar dinero, a las 20.46 del 1/03/2019, ya se le habían debitado $ 4.000 (pesos cuatro mil) a las 00:04:47 hs. de ese mismo día (Ver fs. 37). Estas dos extracciones, hechas en dos momentos distintos del mismo día (01/03/2019), es lo que justifica, según la denunciada, que a las 20.46, de ese mismo día, el Sr. J. M. solamente pudiera disponer de los $ 1.000 (pesos un mil) que efectivamente extrajo del cajero automático ----------

-----En sumario; en autos debía probarse si el banco denunciado había realizado un débito de cuenta indebido o si esas intervenciones de caja fueron congruentes con las extracciones requeridas por el cliente. ----------

----Frente a esta cuestión, de neto corte probatorio, la Disposición recurrida postula, que: *"…los balanceos del cajero aportados como prueba por BNA a fs. 32/35 y 38 se advierte que dichos informes no resultan suficientes para probar lo se debate en el presente procedimiento, es decir: si la entrega de los $ 4.000 que el denunciante desconoce haber recibido por el cajero el día 1/03/2019 se produjo efectivamente a*

las 00.04.41 horas." (Ver fs. 89, tercer párrafo).----------

----Le asiste razón a la autoridad de aplicación al postular esta insuficiencia probatoria; pues lo que debía probarse era si, efectivamente, el denunciante extrajo los $ 4.000 (pesos cuatro mil) que figuran debitados de su cuenta según la documental obrante a fs. 06; 10; 14; 33; 36; 37; 62; 78, pues esas constancias no despejan el nudo central del debate; esto es determinar si efectivamente el Sr. J. M. recibió la suma que expresamente niega haber recibido (Ver fs. 02 vta., segundo párrafo). ----------

---Esa incertidumbre probatoria, acerca de cómo ocurrieron con exactitud los hechos es lo que determina que se le pida a la denunciada Banco de la Nación Argentina, el material fílmico que dé constancia acerca de si efectivamente a las 00:04:47 horas del día 1/03/2019, el Sr. J. M. estaba dentro del cajero en donde se indica que retiró los $ 4.000 (pesos cuatro mil) (Ver fs. 39, párrafo quinto, apartado final).----------

---Frente a ese pedido de colaboración probatoria, cuyo fundamento legal se encuentra en el art. 53, párrafo tercero, de la LDC, se observa una severa reticencia del banco denunciando. A pesar de ello, debe decirse que esa prueba fílmica era, en la especie, un importante elemento de convicción en tanto hubiera aportado la certidumbre de que el Sr. M. estuvo, a las 00:04:47 hs. del día 1/03/2019 (ver fs. 37), en ese cajero haciendo operaciones bancarias.----------

----El Banco denunciado se opone a esta prueba, invocando en primer término que ella es irrelevante para despejar el dilema planteado en este debate. (Ver fs. 40, punto II, párrafo quinto). El mismo criterio sostiene a fs. 49 vta., párrafo 4, al contestar la imputación de fs. 45/ vta. En esa pieza, la recurrente llega a postular que *"… la única prueba que resulta conducente a los fines de dilucidar el presente caso es la que proveyó nuestro mandante…"* (Ver fs. 50, párrafo segundo). ----------

---Esta idea también define la línea argumental propuesta en el recurso de apelación. Allí, el BNA insiste en remarcar la irrelevancia de las constancias fílmicas para esclarecer las cuestiones debatidas en este expediente. En ese sentido la entidad bancaria postula que: *"No se debatió en la ODC la falta de entrega de dinero alguno, sino un débito por error de sistema que no podría ser probado por las filmaciones."* (Ver fs. 103, anteúltimo párrafo).----------

----Luego, agrega que el Banco Central de la República Argentina (BCRA), mediante resoluciones y comunicaciones que ese organismo mantiene con las entidades bancarias bajo su autoridad contralora, sugiere conservar los registros fílmicos por un plazo (mínimo) de sesenta días (Ver fs. 103 vta., párrafo primero). ----------

---El argumento contiene tres fallas indisimulables que serán tratadas separadamente por ser determinantes para resolver este recurso. ----------

----En primer lugar, contiene una exageración. Ello así porque no es cierto que las pruebas arrimadas al expediente sean las únicas conducentes para crear convicción acerca de cómo ocurrieron los hechos, tal como lo afirma el BNA a fs. 50, párrafo segundo. De hecho, este tribunal comparte el criterio postulado por la autoridad de aplicación acerca de la insuficiencia de dichas pruebas. Es que, el hecho de que algunos documentos, todos emitidos por la entidad denunciada, sostengan que a las 00:04:47 hs del día 1/03/2019 se produjo una extracción de dinero no implica, necesariamente, que esa operación se haya concretado físicamente ni, mucho menos, que la haya realizado el Sr. M.. Es decir: ese material probatorio no acredita que el denunciado haya recibido, efectivamente, el dinero que figura debitado en las constancias documentales.----------

----En segundo lugar, el argumento propuesto por el BNA contiene un error lógico. Ello así porque resulta erróneo afirmar que las filmaciones requeridas no eran útiles para esclarecer la cuestión debatida en autos (Ver fs. 103, punto 2), párrafo a). Por el contrario, ellas hubieran podido determinar si efectivamente el Sr. M. se encontraba en ese cajero y esa hora el día indicado, y superar la insuficiencia de las pruebas documentales aportadas. ----------

----En tercer lugar, el argumento aducido contiene una defectuosa interpretación de las normas jurídicas en juego. Es que, si el art. 53, párrafo tercero, LDC dispone que los proveedores deberán aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder y el art. 50, LDC dispone que las sanciones emergentes de la ley 24.240 prescriben en el término de tres años, va de suyo, que los sujetos obligados a colaborar deben tomar los recaudos necesarios para conservar –en su propio interés – las pruebas que podrán utilizar para eximir o aliviar su responsabilidad. El hecho de no conservar esas pruebas, por los motivos que fueran, no puede servir de excusa para quedar eximidos de la obligación legal dispuesta en el citado art. 53 de la LDC.----------

Dicho en otras palabras: si no conservó las pruebas útiles para eximir su responsabilidad debe cargar con sus consecuencias, sin poder trasladarlas al usuario reclamante.-------

---Por otra parte, y a mayor abundamiento, la Comunicación A, N° 6272 emitida por el BCRA (Ver fs. 103 vta., párrafo primero), contiene una mera sugerencia de contenidos mínimos, pero nada le impide al banco mejorar esas condiciones sugeridas por el BCRA.

---Ello, sin siquiera considerar que las comunicaciones entre el Banco Central y las entidades bajo su control son inoponibles a los usuarios cuyos derechos son de rango constitucional.----------

----Como ya lo ha dicho este tribunal en otros pronunciamientos similares, la carga probatoria de los proveedores rige para todo tipo de proceso en donde se encuentren controvertidos derechos del consumidor, sea que se tramite en sede administrativa o judicial, aún cuando no se soslaya que dicha atribución de carga de la prueba se encuentra contemplada por la ley 24.240 en el capítulo referido a los procesos judiciales. Empero, también rige para el procedimiento administrativo toda vez que su fundamento es el mismo: el deber de colaboración, probidad y buena fe exigido para la tutela de los derechos del consumidor y del usuario de modo prevalente en cabeza de los proveedores o prestadores de servicios (Ver Expte. N° 64/2018, SICA N° 02/18) que, dicho sea de paso, resuelve un caso que tiene al Banco Nación de la Nación Argentina como denunciado).----------

----La doctrina nacional sigue esta misma línea de razonamiento. Así, se ha dicho en *"…Se trata de un razonamiento lógico: 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. Ello así, pues es razonable considerar que la reticencia del interesado se encuentra fundada en la consecuencia disvaliosa a la que, eventualmente, la conduciría la producción de dicho medio probatorio…"* (Sic)(Ver: Picasso-Vázquez Ferreyra, directores, "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, 1ª ed., año 2009, T. I, pág. 666 y s.s.).----------

----No es abundante recordar que el Banco de la Nación Argentina desarrolla una compleja actividad profesional que le exige, como pauta básica, dar absoluta seguridad a las operaciones realizadas mediante los cajeros automáticos que ofrece a su clientela.----------

----Este criterio, que extrema la exigencia profesional del proveedor, es sostenido por este tribunal desde antiguo (Ver SICA n° 2/ 18). En la especie, el BNA no pudo probar que los débitos que aparecen en la documental aportada por (ver fs. 14 y 37 entre otras) se correspondan con extracciones exitosas del Sr. M.. Esas constancias, en definitiva, no dan seguridad acerca del único hecho relevante para estos autos porque no aseguran que Sr. J. M. haya retirado el dinero que aparece debitado de su cuenta. -

----En el derecho del consumidor hay un principio incontestable que surge primero del art. 3 de la LDC y luego del art. 1094 del CCyC. Ambos principios establecen que toda situación dudosa debe ser interpretada en el sentido más favorable a los intereses del consumidor.----------

----La doctrina señala que este principio protectorio es estructural en esta disciplina, afirmándose que: "*Con gran claridad podemos afirmar que la normativa del consumidor*

*se relaciona de dos modos distintos con la totalidad del ordenamiento jurídico. Por un lado, con apoyo en el orden público del art. 65 (Ley 24.240) y el principio de la norma más favorable al consumidor."(art.3). (*Alterini, Jorge H, Dir. Gral., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 2019, T V, p. 905). ----------

--En síntesis, la regla de favorecer al consumidor, cuando las dudas fácticas o jurídicas cubren un caso, es una cuestión de orden público que no puede ser dejada de lado. ---

--Ergo, solo cabe concluir que, ante la duda suscitada por las versiones opuestas ofrecidas por las partes, este Tribunal de Alzada debe privilegiar la del consumidor denunciante porque las pruebas aportadas por la entidad bancaria no consiguen quebrar la duda acerca de si el usuario pudo retirar o no los $ 4000 a la madrugada del día 01/03/2019.----------

Por los motivos expuestos, los agravios formulados por la entidad denunciada y que, conforme lo señalado al comienzo, fueron tratados en forma conjunta, serán desestimados. ----------

----5) Injusta imposición de multa y publicación de edictos: ----------

----En lo tocante al monto de la multa impuesta, la parte aduce que no corresponde su aplicación porque ella no cometió las infracciones que oportunamente le fueran imputadas (Ver fs. 45). ----------

----En ese orden, la apelante sostiene que: "*Agravia… la imposición por parte de la Oficina de Defensa del Consumidor… de Trelew de la multa por la suma de pesos veinte mil ($ 20.000)… sin repararse que se ha demostrado acabadamente que el Banco Nación brindó la documentación que suficientemente demuestra que el reclamo del Sr. M. resulta improcedente.*" (Ver fs. 104 vta., anteúltimo párrafo). ----------

-----Ahora bien, si la parte entiende que la imposición de la multa no corresponde porque no ha incurrido en ninguna infracción, la forma en que este tribunal va a decir la cuestión, neutraliza este argumento. Es decir, al dictaminarse que sí cometió la infracción, el pago de la multa es inevitable.----------

--- - Dicho en otras palabras; si el argumento central para evitar la multa es no haber cometido la infracción imputada, una vez que se resuelve que la denunciada incumplió las normas y los principios contenidos en la ley 24.240, debe concluirse que la multa y el monto dispuestos en la Disposición recurrida resultan atinados. ----------

---Tampoco es cierto, como la afirma la apelante, que no existen antecedentes en su contra (Ver fs. 104 vta., anteúltimo párrafo), de hecho este mismo tribunal ha resuelto casos similares en los cuales la entidad bancaria resultó igualmente condenada, por ejemplo en los autos M.,C., M., c/ Banco de la Nación Argentina, Expte. N° 64/18, SICA 02/18.----------

----En cuanto a lo estrictamente relacionado con la publicación ordenada en el Artículo 3° de la Disposición Nº 226/19 (Ver fs. 92) debe señalarse que, más allá de mencionar el tema en el título del agravio, la recurrente no expone en qué consiste la crítica que sobre ese punto le endilga a la Disposición recurrida. Esta omisión resulta determinante para que esa parte del agravio sea desestimada sin más trámite. ----------

---En resumen, pues, corresponde desestimar también este agravio.----------

---III) Por todo lo dicho, corresponderá confirmar lo resuelto por Disposición Nº 226/19 ODC, del Municipio de la ciudad de Trelew cuestionada, con costas a cargo de la parte impugnante (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía del art. 7 de la Ley VII Nº 22). ----------

----En virtud de ello, se regulan los honorarios de los Dres. M. V. G. A., en su carácter de letrada apoderada del BNA,(Ver fs. 106 vta.) y A. B., en su carácter de letrado patrocinante, por su labor cumplida en esta sede, en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente a ocho (8) IUS, con más el IVA pertinente (Conf.: arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 9, 46 y conc. de la ley XIII Nro. 4; y, leyes 23.349 y 23.871). Dicha regulación es realizada bajo la condición de no se encuentren dichos profesionales comprendidos en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel. ----------

---En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:**----------

----I) CONFIRMAR en todas sus partes la Disposición Nro. 226/19 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew.----------

---II) IMPONER las costas generadas en esta Alzada a la recurrente vencida (conf. art. 69 y 70 del C.P.C.C.). ----------

---III) REGULAR los honorarios de los Dres. M. V. G. A., y A. M. B. en la suma equivalente a 8 jus, con más el IVA si correspondiere; ello bajo la condición de que no se encuentren comprendidos en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.----------

---IV) DEJAR constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haber coincidencia de opinión y hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (arts. 7 y 8 de la ley V N° 17 y art. 9 del Acuerdo Extraordinario N° 3145 STJCh).----------

----V) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.----------

RAÚL ADRIÁN VERGARA
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2020 – SICA – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA