000224/2020

Comodoro Rivadavia, de diciembre de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"BBVA B. F. SA en autos caratulados: "F., H. E. c/ BBVA B. F. S.A. s/ RECLAMO" (Expte N° 576/2020 (ODC) s/ RECURSO DE APELACION"** Expte N° 224/2020, en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I.- Las presentes actuaciones vienen por haber interpuesto y fundado a fs. 151/159, el BBVA B. F. S.A. recurso de apelación contra la Resolución N° 127/2020 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs. 120/124vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona al BBVA B. F. S.A. con una multa de $ 30.000 por infracción a los artículos 4°, 5° y 19 de la Ley 24.240; con más la suma de $ 400 en concepto de publicación de la decisión (Ley 24.240 art. 47 y arts. 6° inc. e) de la Ley VII N° 22 y 4° de la Ordenanza N° 6758/99).

II.- La recurrente en su memoria de fs. 151/159, luego de relatar los antecedentes del caso y hacer una síntesis de la resolución recurrida señala como primer agravio que el Organismo omitió considerar la documentación acompañada y lo datos dados por el propio reclamante que dan cuenta del efectivo suministro de información cierta, clara y precisa que brindó la entidad al Sr. F., informándole respecto del reclamo efectuado en la entidad, el detalle y resultado desfavorable de la investigación. Expresa que el crédito en cuestión resultó solicitado a través de la banca electrónica con las claves pertenecientes al reclamante.

Asevera que el sistema proporcionado por la entidad no resultó violado, acompañándose al expediente el detalle de la investigación que da cuenta que la transacción en cuestión fue realizada utilizando las claves del cliente, las cuales no conoce la entidad.
Transcribe puntos relevantes de la investigación. Afirma que no cometió la infracción por la que es sancionada. Sostiene que tampoco es cierto que del expediente no se extrajera que la entidad bancaria hizo saber al denunciante de los riesgos que pudieran derivar de la utilización de medios electrónicos. Indica que se acompañó no solo el contrato que reúne las condiciones generales de contratación y en función del cual claramente se le hace saber al cliente que la clave es personal, secreta, confidencial e intransferible de su exclusivo conocimiento, estando prohibido sea divulgado a terceros; sino que también se transcribió la impresión de pantalla de la banca online, en la cual refleja el mensaje que se le exhibe al usuario cada vez que pretende ingresar al sitio: "Tus claves son personales e intransferibles, no las compartas"; incluso se les proporciona recomendaciones de seguridad, en torno a las compras online, ataques informáticos, sobre protección de datos etc. Refiere que además el reclamante conforme declara a la entidad posee nivel universitario y ejerce funciones en fiscalía, lo que supone de capacidad suficiente para comprender de manera acabada la información que le suministró la entidad. Asevera que la entidad procedió conforme a derecho y con respaldo técnico en atención a que no medió vulnerabilidad en el sistema de seguridad bancaria.

Segundo agravio: Sanción a tenor del art. 5° de la Ley 24.240. Aduce que en este punto es evidente la contradicción del organismo en su resolución, puesto que por un lado da por cierto que existió un falla en la seguridad del sistema bancario a fin de sancionar a tenor del art. 5 de la ley, entendiendo que dicha "falla" constituyó una fuente de daño "que contradice la apariencia de confiabilidad con el servicio prestado al público", incumpliendo el deber de protección al consumidor y por otra parte reconoce que se constató falla del sistema de seguridad del B., supeditando el derecho al cobro de la acreencia por parte de la entidad, hasta tanto no se dilucide en sede judicial lo acontecido. Afirma que tal como se entendió que para recuperar el crédito se debe aguardar a que se resuelva en sede judicial lo acontecido, en su caso, no se encuentra tampoco verificada la existencia de infracción del art. 5, puesto que el servicio resultó conforme prueba arrimada a la causa, prestado en debida forma. Refiere que se prestó el servicio en debida forma, sin que importe el mismo peligro a la salud o a la integridad física, de hecho, ninguno de los servicios prestados por la entidad, importan peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores.

Tercer agravio: Sanción a tenor del art. 19 de la ley 24.240. Sostiene que el Organismo omite individualizar cuál es el hecho u omisión que se le imputa por lo que el acto administrativo resulta nulo y arbitrario. Agrega que se efectúa una doble imposición respecto a ese único hecho, que aún inexistente, utiliza de soporte para fundar su sanción, que no es más que la supuesta insuficiente información suministrada al

reclamante. Concluye que el sistema operó en debida forma, remitiendo los códigos a los números telefónicos denunciados por el cliente, al Organismo no le consta que el reclamante hubiera violado su deber de confidencialidad y resguardo de claves aun así, sanciona a nuestra mandante por una infracción inexistente. Hace reserva del caso federal.

III.- Tratamiento de los agravios

En cuanto a la sanción impuesta a tenor del art. 4 de la ley 24.240.

Expone en sostén de este agravio que: "…omitió el organismo considerar la documentación acompañada por esta parte y los datos suministrados por el propio reclamante en autos, elementos éstos que dan cuenta del efectivo suministró de información cierta, clara y precisa que brindó la entidad al Sr. F.." (sic. fs. 153vta.).

A lo que agrega que "…no resulta cierto que del expediente no se extrajera que la entidad bancaria hizo saber al denunciante de los riesgos que pudiera derivar de la utilización de medios electrónicos.." (sic. fs. 155vta.) "….la entidad hizo saber al denunciante de los riesgos y el resguardo que debe mantener de sus datos y claves, y en atención a la capacitación que posee éste, dicha información resultó comprendida por éste conociendo perfectamente las consecuencias y los alcances de los mismos y los riesgos de utilizar las mismas en otros dispositivos, en divulgarlos, en ingresar links desconocidos o páginas no seguras; o seguir enlaces desconocidos o descargar archivos adjuntos de desconocidos, etc.." (sic. fs. 156vta.).

Este cuestionamiento a la autoridad de aplicación y su aseveración de haber brindado al cliente una información cierta, clara y precisa obliga a este tribunal de alzada a revisar la evolución del caso desde que el usuario realizó la denuncia obrante a fs. 1/3 y su mantenimiento y ratificación a fs. 37/41, hasta el dictado de la resolución condenatoria N° 127/2020, obrante a fs. 120/124vta.

En ese orden, lo primero que merece ser considerado es el tenor literal de la denuncia realizada por el Sr. H. F., quien manifestó textualmente lo siguiente: "El día 02 de junio de 2020 ingresaron si mi conocimiento ni consentimiento a mi homebanking de BBVA, tomaron un crédito instantáneo que el B. ofrece (el cual he rechazado en numerosas oportunidades indicando que no me interesa), que lleva el n° 097-72-96-02295321, que se acreditó instantáneamente en mi caja de ahorros en pesos del BBVA 97-349957/9.

También vendieron U$S 200 depositados en caja de ahorro en U$S del BBVA X, cuyo monto en pesos también fue a la caja de ahorro en pesos indicada de mi propiedad, y todo eso, más dinero propio que tenía depositado, se transfirió fraudulentamente al CVU0000007900202902900246…

Asimismo fue debitado de mi caja de ahorro en $ 97-349957/9 BBVA, la suma de $4170, en concepto de impuesto a los sellos del crédito fraudulentamente obtenido…".

Asimismo solicitó en forma inmediata una audiencia, explicitó siete puntos a tratar y acompañó documental –ver denuncia fs. 1/3-.

La entidad bancaria, al contestar negó los hechos y la existencia de infracción a la Ley 24.240, solicitando el archivo de las actuaciones –fs. 10/12-.

A fs. 37/41, el Sr. F. mantiene y ratifica la denuncia contra el BBVA B. F. S.A. toda vez que omitió la información requerida en la CD X.. Sostiene que nunca el B. le brindó un apoyo al reclamo más allá de tener que comunicarse con un 0800. Considera que existe violación a los arts. 4 y 5 de la Ley 24.240 con el solo hecho de que se niega, entre otras cosas, el hecho de haber emitido quien relata, la carta documento formulario 33692495 solicitando la información allí detallada, la cual forma parte del expediente y que fue recibida por la entidad, lo cual agrega angustia y sufrimiento en lo que se refiere a la solución de la cuestión. Rechaza in limine la respuesta del B. y solicita se continúe con la tramitación del presente y se aplique la máxima sanción.

De los términos de la denuncia resulta claro, que el denunciante sostiene que el 2 de junio del corriente año ingresaron sin su conocimiento ni consentimiento a su homebanking del BBVA, tomaron un crédito instantáneo , se acreditó a su caja de ahorro y se transfirió fraudulentamente a una cuenta del Sr. E. A. R., acompañando una captura de pantalla del ANSES de consulta del titular del CBU al que se transfirió el dinero, asimismo se vendieron U$S 200 de su cuenta en horario extrabancario y se le debitaron $4170 en concepto de impuesto a los sellos del crédito fraudulentamente obtenido.

Nótese que concretamente desconoce que realizó esas operaciones –ver reclamo fs. 1/3- y la entidad bancaria

en la contestación a su reclamo señala que le proporcionó los canales de comunicación necesarios para evacuar consultas y formular denuncias. Que no le consta y desconoce la relación que mantuviera el reclamante con el destinatario de la transferencia de dinero. Que el reclamante habría resultado víctima de una estafa telefónica, pesando sobre el cliente la responsabilidad de no divulgar ni suministrar datos personales ni claves. Concluyendo que el eventual hecho delictivo que se hubiere cometido le resulta ajeno, debiendo a todo evento denunciar penalmente lo acaecido a fin de que se realice las investigaciones pertinentes en torno a la operación realizada en debida forma y que ahora desconoce –fe. 9/12-.

Cabe advertir que la denuncia formulada ante la autoridad de aplicación es congruente con el reclamo que –antes- efectuara el Sr. F. a la entidad bancaria mediante carta documento, recepcionada por dicha entidad el día 2 de julio del 2020 –fs. 5/7- y que no fuera contestada. Frente a la contestación de la denuncia por parte del B., obviando la información requerida en su denuncia y en la carta documento X. el reclamante, mantiene y ratifica la denuncia contra el BBVA.

Ello, puede ser verificado de la documental obrante a fs. 1/7 de las presentes actuaciones, que fue aportada por el reclamante.

En resumen, en ninguno de los reclamos formalizados por el cliente denunciante ante la entidad bancaria y por ante la autoridad de aplicación, concurre el aludido reconocimiento de haber realizado las operaciones el día 2 de junio del 2020.

Esto es, habida cuenta de lo cual, se imponía una investigación e información cierta, precisa, clara y oportuna por parte del B. de las operaciones realizada en el home banking de su cliente.

Y este "onus probandi" es asignado a la entidad prestataria del servicio bancario que ofrece al cliente la disposición del dinero acreditado en cuenta corriente o caja de ahorro mediante créditos obtenidos por plataforma on line, puesto que no solo es quien se encuentra –como en general ocurre- en una mejor posición para acreditar los hechos controvertidos, máxime cuando la prestataria se trata de una entidad bancaria como la impugnante en autos, sino también por cuanto esta es la regla prevista por el legislador y que cabe entender que es contemplada para todo tipo de proceso donde transiten controversias vinculadas a relaciones del consumo (Conf.: art. 53 de la Ley 24.240).

Y se afirma que 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, y a pesar de ello, puede ser afirmado sin tapujos que rige plenamente también para el procedimiento a realizar en sede administrativa toda vez que su fundamento es el mismo: el deber de colaboración, probidad y buena fe que rige para la tutela de los derechos del consumidor y del usuario de modo prevalente en cabeza de los proveedores o prestadores de servicios.

Ello así, la carga de los proveedores de traer 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, como ya se dijo, deriva del deber de seguir una conducta proba, colaborativa y de buena fe en el proceso, la que se le impone por igual a ambas partes en conflicto. Y, si bien este deber opera por igual tanto para el denunciante como para la denunciada en un conflicto derivado de una relación de consumo, en este ámbito se atiende particularmente a la circunstancia de quien es aquella que se encuentra en mejor posición de aportar la prueba.

Ahora bien, también debemos recordar que el mentado deber de información al usuario contemplado en el art. 4 de la ley 24.240, tiene raigambre constitucional por estar comprendido dentro del art. 42 de la C.N. y debe satisfacer todas las inquietudes que a aquel se le generen en relación al servicio que se le presta. "El deber de información constituye una obligación de resultado, pues la ley exige que esa información cumpla determinados y precisos contenidos. Por lo tanto, la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Protección procesal del usuario y consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403)."

El derecho a la información se ubica en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores, en

tanto les permite resguardar sus intereses económicos e incluso la vida y la salud.

A su vez el art. 1100 del C.C.C. establece "El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión."

En el particular, el deber de informar al cliente, consistía en comunicarle el resultado del Trámite N° 9108372105004 en relación a las operaciones realizadas en su homebanking del BBVA el día 2 de junio de 2020 y contestar la misiva presentada el 2 de julio del corriente año.

Ya realizada la imputación mediante acta de infracción y apertura de sumario N° 0770/2020 –fs. 44-, al presentar el descargo la entidad bancaria imputada adjuntó documental obrante a fs. 58/110 (legajo digital, resúmenes de cuenta Período 29/5/2020 al 3/7/2020 (caja de ahorros N° 40-097-349957/9) y del Período 29/5/2020 al 3/7/2020 (cuenta N° 04 097 001008/7 y resultado de la investigación –Evidencias D.N.I. -13986937 H. F.).

Nótese, en tal sentido, que la empresa se limitó a acompañar una serie de impresiones de pantalla de las que surgiría la respuesta que le fue dada al cliente frente a su reclamo.

De dicha documental no puede corroborarse, en primer lugar, que la recurrente haya efectivamente contestado la carta documento presentada por el

denunciante a la entidad bancaria el día 2 de julio de 2020 informando sobre los puntos allí requeridos.

Asimismo frente a los dichos del reclamante, que con fecha 30 de junio de 2020 recibió un correo electrónico que indica "Hola F. H. Te informamos que el reclamo ha sido resuelto desfavorablemente del acuerdo al análisis efectuado" (sic), sin mas; basta con constatar que el B. no acompañó ningún elemento probatorio (correos electrónicos intercambiados con la documental adjunta) que permita cotejar y corrobar que se envío esa información en forma clara, cierta, oportuna y fidedigna sobre lo ocurrido con las operaciones del 2 de junio del home banking del cliente; como ya dijimos, sólo se limitó a acompañar capturas de pantallas, copias de extractos del sistema informático del B. y copia de la investigación.

Reiteramos, el elemento probatorio eficaz, desde que se encuentra en poder de la entidad bancaria sancionada eran las copias de los correos electrónicos intercambiados con el cliente con constancia de la documental que se adjuntó y la contestación a la carta documento presentada por el cliente. Esas constancias documentales que no fueron acompañadas por la entidad bancaria, lo que hubiera acreditado que efectivamente se lo había informado en forma cierta, clara, oportuna y precisa de lo ocurrido en la fecha en que aconteció el hecho y que por ende lo consignado en los diversos informes acompañados respondía a lo que había acontecido. Este aporte probatorio le era exigible según una adecuada previsión que, como entidad profesional que es, debía satisfacer.

Ergo, tal situación conlleva, sin más, una palmaria afectación a la obligación legal que recae sobre la entidad bancaria de suministrar información cierta y suficiente, en el marco de una relación de consumo.

En el derecho del consumidor hay un principio incontestable que surge del art. 3 de la LDC, cual es, que toda situación dudosa debe ser interpretada en el sentido más favorable a los intereses del consumidor. La doctrina señala que el principio denominado in dubio pro consumidor es estructural en esta disciplina, firmándose que: "Esta descripción de principio, es a la vez la estructura básica de la gran mayoría de documentos legislativos que regula la materia… y sobre la cual se vertebra el articulado de la ley 24.240 y sus respectivas modificaciones." (Conf.: op cit., Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor, T. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 61).

Ello así, no puede disociarse las copias acompañadas con la información que dice haber enviado al cliente y no acreditó, porque el deber información reiteramons, es la posibilidad cierta, objetiva y adecuada que le permita al consumidor interiorizarse realmente sobre las circunstancias relativas a su reclamo de manera que descarte o confirme sus dudas.

En tal sentido, debe ratificarse que la manera más eficaz de satisfacer la obligación de información que pesaba sobre la entidad bancaria era contestar al cliente usuario la carta documento enviada el 2 de julio y acreditar con los correos electrónicos enviados por la entidad que se había dado cumplimiento con su débito de información y acompañado la documental de la investigación, lo que le permitía al consumidor

constatar lo que había pasado ese día con las operaciones realizadas en su home banking, que es por otro lado la información que exigía el cliente bancario.

La información "adecuada" es la información pertinente, útil, relevante, la que esclarece de modo cierto y detallado sobre la circunstancia que interesa a quien la requiere.

Por los fundamentos dados, se rechaza el agravio.

En cuanto al incumplimiento del art. 5 –deber de seguridad y confianza- y del art. 19 –modalidad de la prestación del servicio- de la Ley 24.240 debemos señalar que en primer lugar el organismo le achaca a la entidad bancaria que incumplió con su deber de protección del consumidor.

Para ello señaló que "Las fallas frecuentes en la seguridad constituyen una fuente de daños permanentes que contradicen la apariencia de confiabilidad con que el servicio es prestado ante el público, de tal manera se pone de manifiesto una gran inseguridad en todo tipo de operaciones electrónicas, cuando por el contrario la base del sistema debe ser precisamente la seguridad y la confianza en su correcto funcionamiento…".

Y es que las entidades bancarias intermediadoras en el mercado del dinero tienen un deber de seguridad respecto de sus clientes.

En rigor una de las obligaciones primordiales del B., que constituye el presupuesto básico de los servicios que ofrece, es que éstos sean brindados, tanto cuando se lo haga en forma personal como cuando lo sea por medio de elementos mecánicos o electrónicos, con total seguridad para el cliente".- "No está de más recordar que los servicios ofrecidos por cualquier B.

inciden directamente sobre el patrimonio del usuario, tanto en sus operaciones pasivas como en las activas (ver por clasificación de las operaciones bancarias a Garrigues J., Curso de Derecho Mercantil, T. IV, página 165)".

Por lo tanto, el agravio relativo a la imposición de la sanción por incumplimiento del art. 5 de la Ley 24.240, será rechazado.

Por último la conducta reprochada es el incumplimiento del art. 19 de la Ley 24.240 –modalidad de la prestación del servicio-, dicha norma establece la obligación del proveedor de servicios de "respetar los términos, plazos, condiciones, modalidad, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicados o convenidos".

Dicha previsión se enmarca dentro de un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación que tiene su fundamento último en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Como se dijo, por su intermedio el Estado busca direccionar el actuar de los agentes económicos, con el propósito de tutelar los derechos de los usuarios y consumidores; recomponiendo el equilibrio que debe existir en todos los vínculos entre comerciantes y usuarios -afectados por las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana-, así como la relación entre los mismos comerciantes, que compiten entre sí (conf. Sala II, causa "Sud Inversiones y Análisis S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 285/12", sent. del 10/10/13).

En tales condiciones, del análisis del expediente surge con claridad que la firma sumariada faltó a su deber de información adecuada y oportuna, de cuidado y seguridad de su cliente. En definitiva, la sumariada

estaba obligada a funcionar correctamente por su superioridad técnica frente al cliente, aportando toda la documentación e información de las operaciones realizadas a fin de despejar todas las dudas del reclamante; máxime cuando opera en un rubro en el que la información que se maneja y el patrimonio del cliente, es de extrema delicadeza.

Por lo tanto, el agravio relativo a la imposición de la sanción por incumplimiento del artículo 19 de la Ley 24.240 también será rechazado.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por BBVA B. F. S.A. a fs. 151/159 y confirmar la Resolución MCR ODC N° 127/20 de fs. 120/124vta.

IV.- Las costas de ésta instancia, por el principio general de la derrota, se imponen a la recurrente vencida (arts. 69 y 70 CPr).

Los honorarios profesionales se regulan teniendo en cuenta, la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15.

Por ello, la Sala **A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por BBVA B. F. S.A. a fs. 151/159 y confirmar la Resolución MCR ODC N° 127/20 de fs. 120/124vta.

2°) Las costas de esta instancia se imponen a la recurrente vencida.

3°) Regular los honorarios profesionales de las Dra. N. B. L. de E. y C. R., conjuntamente, en la suma equivalente a CUATRO (4) JUS; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-174).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2020

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS