

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 28 de agosto de 2018. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "SANCHEZ, YANINA ANDREA y OTRO C/ BBVA BANCO FRANCES S.A. y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (S-08)" (R.C. 02510-18) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica el Actuario, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. RIAT dijo:

1º) Que corresponde resolver las siguientes apelaciones interpuestas contra la sentencia del 29/12/2017 que condenó a BBVA Banco Francés SA, Banco Santander Río SA y Prisma Medios de Pago SA a indemnizar solidariamente a Yanina Andrea Sánchez y Silvio Raúl Barriga los perjuicios causados por la desaparición de un cheque que estos últimos depositaron en un cajero automático de la red Banelco perteneciente a Prisma, ubicado en una sucursal bancaria de Banco Santander Río, para ser acreditado en una cuenta del BBVA, sentencia que además impuso costas y reguló honorarios (fs. 319/334):

a) la apelación interpuesta por Sánchez y Barriga (fs. 335), concedida libremente (fs. 336), fundada (fs. 347/354) y sustanciada (fs. 373/377 y 391/394);

b) la apelación interpuesta por Prisma (fs. 337), concedida libremente (fs. 339), fundada (fs. 365/371) y sustanciada (fs. 383/386);

c) la apelación interpuesta por Banco Santander Río (fs. 338), concedida libremente (fs. 339), fundada (fs. 356/363) y sustanciada (fs. 379/382); y

d) la apelación interpuesta por el perito contador Luis Alberto Bonessa respecto de sus honorarios por considerarlos exiguos (fs. 340), concedida en los términos del artículo 244 del CPCCRN).

2º) Que por razones metódicas conviene comenzar por las apelaciones de las demandadas que hacen a la responsabilidad en sí, para seguir por la apelación de los demandantes referida exclusivamente a los daños y los montos indemnizatorios, concluyendo con la apelación del perito.

3º) Que los agravios de Banco Santander Río son insuficientes para revocar o modificar la sentencia respecto del fondo del asunto, aunque alcanzan para dejar sin efecto la

imposición de costas y las regulaciones de honorarios.

a) El depósito de un cheque es un hecho que debe tenerse por acreditado.

Los demandantes presentaron el ticket del cajero automático donde consta la operación que invocan (fs. 2). La apelante desconoció esa constancia al contestar la demanda, pero a la vez admitió que en sus registros existía una operación identificada como 003258 en el cajero automático ATM S1DRI083 (fs. 50), justamente coincidente con aquel instrumento (fs. 2) que se convierte así en un principio de prueba por escrito imputable a las demandadas que se valen del mecanismo en cuestión (artículo 1192 -segundo párrafo- del CC aplicable por razón del tiempo, análogo al artículo 1020 del CCCN sobreviniente).

De aquella constancia se infiere entonces que una operación ha ocurrido efectivamente en el lugar y la hora indicado por los demandantes. Claro que lo introducido en el cajero automático pudo ser un sobre sin el cheque, o ni siquiera un sobre ya que bastaba con introducir cualquier papel para que el cajero automático expidiera la constancia (testimonial de Wodicka). Sin embargo, una vez acreditada con aquella constancia la operación en sí como hecho constitutivo de la pretensión, pesaba sobre las demandadas invocar y demostrar el hecho invalidativo de una constatación contraria (artículo 377 del CPCCRN). Con otras palabras, ante un ticket de depósito emitido por un cajero automático, pesa sobre las entidades bancarias involucradas y la entidad administradora de la red electrónica demostrar la falsedad o inexactitud de tal depósito. En similar sentido ya se ha expedido esta Cámara (“Tofani c/ BBVA Banco Francés”, 21/04/2014, SD 015/14).

De acuerdo con los “Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los Riesgos Relacionados con Tecnología Informática y Sistemas de Información” impuestos por la Circular RUNOR-805-del Banco Central de la República Argentina, difundida por la Comunicación A 4609, “la apertura de los cajeros automáticos debe ser realizada por dos personas, dejando constancia escrita en un acta de su participación y del resultado de la conciliación, balanceo de billetes, conformidad de depósitos, tarjetas retenidas, totales, diferencias si las hubiera, etcétera” (artículo 6.2). Además, actualmente se filma la apertura de los cajeros (testimoniales de Iovane y Wodicka). Por consiguiente, si la operación acreditada por los demandantes no hubiera consistido en el depósito de un cheque por el importe consignado en el cajero automático, las demandadas -particularmente el Banco Santander a cargo del dispositivo- lo habrían demostrado fácilmente con el acta y la filmación respectivas. Y ello sin contar con la

filmación del depositante en el acto mismo del depósito, exigido por las “Medidas Mínimas de Seguridad en Entidades Financieras” impuestas por la Circular RUNOR 1-487, difundida por la Comunicación A 3390 (artículos 2.10.1.e y 2.10.2.4.b).

El registro electrónico transcripto en la contestación de la demanda (fs. 49/50) no es justamente el acta exigida por los “Requisitos Mínimos” aludidos; y se reitera que esa transcripción corrobora la autenticidad de la constancia (fs. 2). En definitiva y en concordancia con lo advertido por el perito contador (fs. 262), las piezas agregadas al expediente no muestran que se haya cumplido con el respectivo recuento y control de los depósitos realizados, o por lo menos no muestran un recuento y control cuyo resultado fuera la ausencia del cheque.

Con lo dicho es suficiente para tener por cierto que los demandantes depositaron efectivamente un cheque en el cajero en cuestión, aunque el peritaje contable no implique ciertamente una prueba adicional sobre el depósito en sí, ya que se limita a informar lo que surge de las constancias de autos (fs. 261/264, 278/279 y 281/282), ni el testimonio del tesorero pueda interpretarse como un reconocimiento de la versión de los demandantes. Tampoco es relevante que los actores hayan omitido brindar mayores datos sobre el cheque depositado (librador, entidad girada, etcétera), porque lo dirimente es que las demandadas no han demostrado lisa y llanamente su inexistencia con el acta y la filmación respectivas. Lo cierto es que hubo una operación realizada en el cajero automático sin que las demandadas demostraran que lo introducido en la máquina difiriera con lo indicado en el ticket a instancias del depositante, ya sea por tratarse de un sobre vacío o de un simple papel en lugar de un sobre, hipótesis esta última conjeturada por el tesorero que prestara declaración testimonial.

Por lo demás, las impugnaciones formuladas en su momento por la apelante contra el peritaje contable son inadmisibles porque alteran la carga probatoria expuesta (fs. 269). Por supuesto que el peritaje contable no demuestra por sí mismo la existencia del cheque, pero corrobora que las demandadas han omitido presentar la constancia actuada de su inexistencia.

b) Las costas de primera instancia relativas al fondo del asunto deben mantenerse a cargo de las demandadas en función del resultado y a pesar de la drástica reducción del monto de condena, ya que: 1) los demandantes han vencido en lo principal que es la procedencia de la indemnización en sí, de lo cual se infiere que las demandadas han dado motivo al juicio, razón por sí sola suficiente para imponerle las costas íntegramente (artículo 68 del CPCCRN); 2) el monto de la condena ha dependido en

definitiva de la apreciación jurisdiccional, lo cual excusaría incluso algún exceso en el reclamo; y 3) no ha habido pluspetición inexcusable ya que los demandado no se han allanado por monto alguno (artículo 72 del CPCCRN).

c) En cambio, debe dejarse sin efecto la imposición de costas relativa al planteo de inconstitucionalidad y la regulación de honorarios respectiva (puntos III, IV y V de la sentencia apelada, en lo pertinente) porque tal planteo formó parte de las defensas de fondo (fs. 52), no mereció un traslado específico (fs. 57) a pesar de la respuesta espontánea de los demandantes (fs. 92/95), ni tuvo por lo tanto un trámite de incidente autónomo (artículos 175 y siguientes del CPCCRN), razón por la cual tampoco correspondía una imposición de costas autónoma (artículo 69 del CPCCRN), ni una regulación específica. Todo lo actuado al respecto por los profesionales intervinientes queda comprendido en la regulación principal.

d) Son asimismo atendibles los agravios relativos a la misma regulación principal, ya que no se ha respetado el límite máximo equivalente al 25 % de la base regulatoria (artículo 77 del CPCCRN), el cual debe observarse en la misma regulación (STJRN-S1, "Mazzuchelli c/ MSCB", 03/05/2016, SD 026/16).

Por consiguiente, deberá practicarse oportunamente una nueva regulación ajustada a esa pauta.

4º) Que los agravios de Prisma tampoco son suficientes para revocar o modificar la sentencia en lo sustancial, aunque es admisible respecto del máximo de los honorarios.

a) Sobre la supuesta inexistencia del cheque cabe remitirse a lo ya dicho, porque las críticas de esta recurrente no aportan argumentos diferentes.

b) Respecto de la responsabilidad, no hay dudas de que la apelante debe responder como proveedora del servicio de cajeros automáticos.

El uso de tales cajeros implica una relación de consumo entre el usuario, la entidad prestadora de la red de terminales electrónicas y las entidades financieras involucradas en la operación, ya que el usuario recibe un servicio en beneficio propio dentro de una "red" de comercialización (artículos 42 de la CN y artículos 1 a 3 de la Ley Nacional 24240 -en lo sucesivo "LDC"-, según la Ley Nacional 26361).

La relación de consumo es un vínculo jurídico entre proveedores y consumidores que puede surgir de diversas fuentes (STJRN-S1, 09/10/2014, "ABN c/ Esteban", SD 072/14, y sus citas). Así, puede presentarse en diversos vínculos contractuales sin borrar sus características definitorias típicas (compraventas, transportes, mutuos, locaciones obra, locaciones de servicio, etcétera) ni excluir la aplicación de sus propias normas

legales supletorias, las que sólo ceden ante las normas de orden público relativas al consumo que resulten incompatibles. Con otras palabras, es un vínculo contractual que no se desnaturaliza por las medidas proteccionistas favorables al usuario (STJRN-S1, 05/04/2017, "Fundación Sara María Furman s/ queja", SD 020/17).

En este caso, tanto las entidades bancarias involucradas como la prestadora de la red han operado inequívocamente como "proveedoras" del servicio en los términos del estatuto del consumo, ya que "proveedor" es todo integrante profesional u ocasional de una cadena o red de producción y comercialización de bienes y servicios, sea persona física o jurídica, pública o privada, excepto los profesionales liberales con título y matrícula (artículo 2 de la LDC).

En las circunstancias del caso es evidente la red de comercialización que, mediata o inmediatamente, une a las demandadas con objetivos en definitiva conexos y comunes. Recuérdese que una "red" de distribución comercial está constituida por diversos contratos simultáneos celebrados por los proveedores para comercializar bienes o prestar servicios, mientras una "cadena" de distribución está conformada por diversos contratos sucesivos celebrados por ellos. En ambos casos los proveedores aparecen como un sujeto económico único ante la buena fe del consumidor y el mercado en general.

Por consiguiente, pesan sobre todas las partes aquí demandadas las obligaciones de los proveedores y las responsabilidades consiguientes. Así, el incumplimiento de las obligaciones relativas a la oferta genera una responsabilidad objetiva de los proveedores ("salvo caso fortuito o fuerza mayor": artículo 10 bis de la LDC) que, a la vez, debe reputarse solidaria (artículos 13 y 40 de la LDC). Con otras palabras, toda vez que existe una relación de consumo se debe aplicar el estatuto propio del consumidor (STJRN-S1, 09/10/2014, "ABN c/ Esteban", SD 072/14, y sus citas).

Al ser así, frente al consumidor es irrelevante cuál de los proveedores ha incurrido en el incumplimiento material, ya que todos responden objetiva y solidariamente. Esa circunstancia sólo podría resultar relevante en las relaciones internas de los proveedores, con sus respectivos reclamos y reembolsos, lo que no concierne a este caso.

c) Respecto de las costas cabe remitirse a lo expuesto precedentemente sobre tal punto, ya que da respuesta suficiente a los agravios de esta apelante.

d) Asimismo, respecto de los honorarios también cabe remitirse a lo ya expuesto, en cuya virtud corresponde una nueva regulación.

5º) Que los agravios de los demandantes son suficientes para incrementar la indemnización de acuerdo con el importe del cheque perdido, pero insuficientes para imponer la sanción pretendida o añadir una partida indemnizatoria por los gastos de mediación prejudicial.

a) Así como el ticket del cajero automático alcanza para presumir la existencia del depósito mientras los proveedores del servicio no demuestran que es falso o inexacto, alcanza igualmente para probar los valores depositados. Caben al respecto todas las razones ya expuestas sobre la carga probatoria.

Por ser así, debe interpretarse que lo depositado era efectivamente un cheque de \$ 3.500 como indica la constancia emitida por el cajero automático. Al solo efecto de establecer la cuantía no es razonable recabar mayores datos que los exigidos por el mismo cajero automático al efectuarse la operación. Las demandadas tuvieron la oportunidad de constatar o no su exactitud y veracidad con el control y recuento pertinente, y de presentar al juicio las constancias de esos recaudos. Si no lo hicieron, no es razonable trasladar el perjuicio a los usuarios del servicio exigiéndoles más datos que los requeridos por el sistema al momento de la operación. Además, el valor indicado en este caso no es de magnitud suficiente para levantar sospechas de fraude.

Luego, a diferencia de lo expuesto en la sentencia apelada, debe admitirse la indemnización de dicho importe porque no se ha invocado ni probado alguna circunstancia concreta que tornara improbable el efectivo cobro del cheque. Lo normal, ordinario, corriente, es que los cheques sean efectivamente atendidos por la entidad girada. Si así no fuera, nadie los aceptaría, ni existirían como títulos circulatorios, ni cumplirían la función que cumplen en la sociedad moderna. Lo excepcional, en cambio, es el rechazo de los cheques por la razón que fuera.

Por consiguiente, debe admitirse que el daño causado equivale con certeza relevante al importe ya citado, que ni siquiera es desmesurado (justamente, un importe de gran magnitud podría afectar en ciertos supuestos la probabilidad de cobro, pero no es el caso), e incrementarse la indemnización de cada demandante en \$ 1750 por la simple mancomunidad del crédito.

b) En cambio, no son atendibles los agravios formulados contra el rechazo de la multa reclamada (o “daño punitivo”).

Esa sanción solo puede aplicarse ante incumplimientos graves. Dado su carácter excepcional y correctivo, es preciso que los proveedores hayan obrado con dolo o culpa grave, tal como ha resuelto esta Cámara reiteradas veces (“Díaz c/ Banco Patagonia”,

24/04/2018, SI 173/18; "Flores c/ Volkswagen", 26/10/2017, SD 067/17; y "Bruno c/ HSBC", 26/10/2017, SD 068/17).

Es verdad que, en principio, el extravío del cheque sumado a la falta de una explicación oportuna y satisfactoria sobre su destino podrían configurar en abstracto una falta grave merecedora de la multa en cuestión. Sin embargo, los demandantes no aportaron extrajudicialmente mayores datos sobre el cheque depositado para orientar su búsqueda (librador, banco girado, etcétera), lo que sin dudas ha dificultado y hasta impedido su localización posterior (testimonial de Wodicka), quitándole por consiguiente gravedad a la falta de explicaciones y al fracaso en la recuperación. Esa falta de datos ha persistido incluso en la demanda judicial (fs. 7/26) y en la prueba reunida durante el juicio.

Además, según el Superior Tribunal de Justicia, la interpretación clara y literal de la norma en cuestión (artículo 52 bis de la Ley 24240) no arroja dudas al establecer que dicho poder sancionador es facultativo -y no imperativo- para el órgano jurisdiccional, ya que en atención al carácter penal de tal sanción no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (STJRN-S1, 01/11/2016, "Asociación de Defensa de los Consumidores de Genera Roca -ADECU-", SD 082/16).

Por consiguiente, la sentencia apelada ha rechazado prudentemente la imposición de la multa en las circunstancias concretas del caso, sin que los agravios genéricos de los demandantes logren desvirtuar la solución adoptada.

c) Tampoco son atendibles los agravios relativos a los gastos de mediación.

Tal como expuso la sentencia apelada, esos gastos se subsumen en las costas por la cual se dispuso una condena específica que oportunamente se liquidará, de modo que no corresponde una partida indemnizatoria adicional por tal concepto.

6º) Que, al incrementarse la condena, corresponde dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de primera instancia y disponer que se practique una nueva en el Juzgado de origen una vez liquidada la base regulatoria, respetándose el máximo legal de acuerdo con la pauta ya indicada (artículo 77 del CPCCRN; STJRN-S1, "Mazzuchelli c/ MSCB", 03/05/2016, SD 026/16).

7º) Que, en virtud de lo anterior, deviene abstracta la apelación del perito contador respecto de sus honorarios.

8º) Que las costas de esta segunda instancia deben imponerse en el orden causado teniendo en cuenta el vencimiento parcial y mutuo (artículos 68, segundo párrafo, y 71

del CPCCRN)

9º) Que los honorarios de segunda instancia de la Dra. Yanina Andrea Sánchez y del Dr. Silvio Raúl Barriga por un lado (abogados demandantes en causa propia), de la Dra. Dolores Mazzante por otro (abogada de la codemandada Banco Santander Río SA), y del Dr. Juan Ignacio Sarmiento por otro (abogado de Prisma Medios de Pago SA), deben regularse en el 30 % de lo que a cada uno se les regule oportunamente por los trabajos de primera instancia, de acuerdo con la naturaleza, la complejidad, la duración y la trascendencia del asunto, con el resultado obtenido, y con el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión (artículo 6 de la Ley 2212), todo lo cual justifica las proporciones indicadas (artículo 15, ley citada).

10º) Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: I) MODIFICAR la sentencia del 29/12/2017 en virtud de las apelaciones interpuestas por las partes que se admiten parcialmente (fs. 335, 337 y 338) al solo efecto de: a) elevar a \$ 3.750 el capital de condena favorable a Yanina Andrea Sánchez; b) elevar a \$ 3.750 el capital de condena favorable a Silvio Raúl Barriga; c) dejar definitivamente sin efecto la imposición de costas autónoma relativa al planteo de inconstitucionalidad, como así también las regulaciones de honorarios correspondientes a esa cuestión; y d) dejar sin efecto las regulaciones de honorarios correspondientes a los trabajos de primera instancia, debiendo practicarse una nueva regulación en el Juzgado de origen una vez liquidada la base regulatoria, respetándose el máximo legal. II) IMPONER en el orden causado las costas de segunda instancia relativas a las apelaciones interpuestas por las partes (fs. 335, 337 y 338). III) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Yanina Andrea Sánchez y del Dr. Silvio Raúl Barriga (abogados demandantes en causa propia) en el 30 % de lo que oportunamente se les regule por los trabajos de primera instancia. IV) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Dolores Mazzante (abogada de Banco Santander Río SA) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de primera instancia. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Juan Ignacio Sarmiento (abogado de Prisma Medios de Pago SA) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de primera instancia. VI) Declarar abstracta la apelación del perito contador Luis Alberto Bonessa (fs. 340). VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VIII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

A la misma cuestión el Dr. CUELLAR dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. RIAT.

Ya en oportunidad de decidir el precedente citado por los Dres. SANCHEZ y BARRIGA ("TOFANI") tuvo oportunidad de delinear sumariamente las ideas jurídicas dominantes en materia de la relación consumista existente entre un usuario y los sistemas ATM.

Sistema de prueba.

Es claro que en principio, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión ya sean éstos constitutivos, impeditivos o extintivos. Este punto se relaciona en forma directa con la aportación de la prueba de hechos que han generado un daño y que implican al banco en el que se efectúa la transacción por medio de un cajero automático. Ello comprende también a cualquier entidad bancaria que tenga ese servicio, aunque no pertenezca a una sucursal del Banco con quien contrató el usuario en forma directa. Porque este banco que sin ser el contratante directo con el usuario, mantiene con éste último una relación de consumo, tal como lo sostiene la doctrina y jurisprudencia dominante. Y es igualmente claro que en las controversias generadas por errores en la utilización de cajeros automáticos de una entidad bancaria, es ésta última quien está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, y es ésta última quien debe soportar el onus probandi.

Es esta una de las situaciones en las que, por la índole de la controversia o de las constancias documentales de la causa, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio, ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeñó en el hecho litigioso, por lo que su deber procesal de colaboración se acentúa al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte. Es el criterio que utilizó la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esta Capital (35) al resolver que : "siendo el banco quien efectúa y coteja la suma de dinero ingresada, no cabe duda alguna que a éste le corresponde demostrar, por cualquier medio probatorio idóneo, que en el interior del sobre depositado no se encontró la suma de dinero". En efecto: toda vez que el cajero automático donde se efectuó el depósito es un mecanismo dispuesto por el Banco, quien tiene bajo su exclusiva y excluyente responsabilidad el control de los depósitos efectuados por este medio, era éste quien debía acreditar que, al momento de abrirse el sobre de depósito de la denunciante, se detectó que existía una anomalía. Y ello es así, porque resultaría arbitrario e irrazonable imputar esta obligación probatoria al usuario,

que al no tener posibilidad de supervisión o control alguna sobre el proceso de arqueo de los cajeros [...] ... no está en condiciones de demostrar, luego de introducido el sobre y ante la posterior invocación por parte del banco de la existencia de una irregularidad, que depositó la suma que alega (con idéntico criterio se expidió la Cámara interviniente en el Expte. RDC 138/0 - "Banco Río de La Plata SA C / GCBA S/ otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones", Cám. De Apel. Cont. Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de B. As. Sala I, 02/09/2003.confr. expte. RDC 138/0, "Banco Río de la Plata S.A. C/GCBA y otras", del 2 de septiembre de 2003, publicado en el sitio web www.abogadosdesalta.org.ar).

Sobre este punto sostenemos que la circunstancia de que en el comprobante de la transacción se consigne habitualmente que se trata de una "operación a confirmar" (ver aquí fs. 2) resulta, a todas luces insuficiente para acreditar que se ha informado debidamente al usuario sobre las consecuencias que pueden derivarse de la utilización de un cajero electrónico para realizar depósitos en cuenta (C.N.Apel.Cont. Adm. Fed., Sala I, Expte. RDC 138/0, "BANCO RIO DE LA PLATA S.A. C/ GCBA"; Cám. Apel. Cont. Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As., Sala I, 02/09/2003, "BANK BOSTON NA C/ DONCI", 5-2-2009). Lo prevé especialmente la ley 24.240 (Art. 37) cuando declara abusivas aquellas cláusulas que inviertan la carga de la prueba. Así lo entendió el Tribunal al decir que "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 (Bilesio, J. y Gasparini, M., "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.; etc.).

Además la relación de consumo que se da por acreditada, hace aplicable el 3er. párrafo del Art. 53 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. Concordamos en que la inclusión de la relación de consumo en forma expresa a la nueva ley, despeja toda clase de dudas sobre la aplicación de la normativa en casos como el que abordamos en esta oportunidad.

Responsabilidad del BANCO SANTANDER RIO como experto de la relación consumista frente a los DRES. SANCHEZ y BARRIGA como profanos en la materia.

Hoy día ya resulta indiscutible el cambio copernicano del paradigma que se hubo suscitado en el régimen jurídico de consumidores y/o usuarios. Ahora la legitimación activa en casos como este viene dada no ya por el hecho de ser (la víctima) cliente del BANCO, que de hecho los actores no lo son, sino por revestir la condición de consumidores y/o usuarios de un servicio automatizado de cajeros ofrecido con evidente destino público por parte de la entidad financiera.

Nótese que toda la interpretación doctrinaria y jurisprudencial elaborada con motivo y en ocasión de inaugurarse en nuestro país la vigencia del régimen legal referido claramente conceptualiza a los Dres. SANCHEZ y BARRIGA como consumidores-usuarios del sistema, al BANCO como proveedor del servicio y a la vinculación habida como relación de consumo entre ambos.

En torno a esta cuestión tiene consignado la doctrina: Legitimación activa del accionante a la luz de la normativa de la ley de Defensa del Consumidor 24.240 y 26.361. Abordamos el tema de la responsabilidad de las entidades bancarias, trascendiendo su actividad financiera o como instrumento de crédito. En este punto tratamos la problemática de la legitimación activa frente a los daños generados en ocasión o teniendo como causa la actividad derivada de la utilización de los cajeros automáticos que las mismas entidades ponen a disposición de los usuarios. Cuando el damnificado es cliente directo de la entidad bancaria, es decir, cuando ha suscripto con la misma un contrato de servicios bancarios y utiliza un cajero automático ubicado en alguna de sus sucursales, la cuestión genera menos interrogantes. Sin embargo no resulta tan clara la situación cuando se trata de determinar el rol del banco ante el daño patrimonial sufrido por un usuario del servicio bancario, cuando el damnificado no es cliente del Banco en cuyo recinto se hallaba el cajero automático utilizado. El tema fue tratado en diversos pronunciamientos administrativos y judiciales, que resultan esclarecedores al abordar la procedencia del usuario del servicio de su legitimación activa para efectuar el reclamo pertinente, y de la legitimación pasiva del Banco para responder por los daños ocasionados (Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Comercial, Sala E, "CIARFAGLIA C/ CITIBANK N.A.", 30-6-2010, "DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y PROTECCION DE DERECHOS C/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES S.A.", 2009, Trelew, Provincia de Chubut, en la causa: "Cám. Nac. Apel. Com., Sala C, "ROSSEN C/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES", 27/02/2009; Cám. Nac. Apel. Com. Sala D, 15/05/2007, entre otros).

El proveedor de servicios bancarios está incluido dentro de la normativa de la ley de defensa del consumidor.

Con relación a quien puede efectuar el reclamo y contra quien puede esperar el usuario el resarcimiento, la jurisprudencia es conteste en sostener que existe un sistema de contratos en el cual queda comprendido el contratante directo y quien interviene en la operación en forma global, a lo que agrega que existe una relación de consumo entre el usuario y el Banco extraño a la relación contractual directa, pero cuyos cajeros automáticos están a disposición de los clientes de otros bancos adheridos a la misma red Banelco / Link u otras similares.

Al respecto, el banco que no resulta ser el contratante directo con el usuario, puede ser condenado por el daño generado por el funcionamiento del sistema de cajeros automáticos ubicados en sus sucursales. Es que en el marco legal vigente en la actualidad sobre todo después de la reforma a la ley 24.240 por ley 26.361, no abriga 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 el usuario un cajero automático ubicado en una de sus sucursales y a disposición del público bancarizado en general (voto del Dr. Lucero en "Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo - Presunta Infracción Ley 24.240" (Expte. N° 590 - año 2009). Cámara de Apelaciones, Sala "B"). Es decir que "la relación de consumo puede ser generada por un contrato, un acto unilateral o un hecho jurídico" (CSJN, "Ferreira, Víctor y Otro c/ V.I.C.O.V.S.A. s/ Daños y Perjuicios", 21/03/2006).

Resaltamos especialmente que el art. 3° 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. 2° 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".

Es decir, que al momento de evaluar la legitimación activa del usuario que ha contratado con otra entidad bancaria, es lícito demandar a la misma si el daño se ha generado por el funcionamiento de uno de los cajeros automáticos ubicados en cualquiera de sus sucursales. Pero también es factible accionar contra aquella entidad bancaria adherida al sistema de cajeros automáticos referenciada, aunque no haya contratado en forma directa con el primero. Consideramos que con relación a la legitimación pasiva para efectuar un reclamo por daños debe tenerse en cuenta el aspecto expansivo del concepto de consumidor plasmado en la nueva ley 26.361, cuya solución compartimos. Porque efectivamente el sistema actual de protección del consumidor, abarca también a quienes no son consumidores por la calidad de adquirente de la cosa o servicio en forma directa, sino porque, como lo agrega la ley 26.361 "... se parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella [...] y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (art. 1 in fine). 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. Así lo sostuvo el Dr. Lucero en su fallo, con profusa cita de doctrina, con la que concordamos plenamente. ("Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo- Presunta Infracción Ley 24.240" (Expte. N° 590 - año 2009). Cámara de Apelaciones, Sala "B" (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). Esta nueva postura para nuestro derecho, admitida por la Cámara cuyo

fallo comentamos, no es novedosa en el derecho moderno. Tanto el Código de defensa del consumidor brasileño (artículo 17) como la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) 83/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos (artículos 1 y 9) otorgan acción por daños al tercero damnificado por un producto o un servicio (cf. Brizzio, C., "La responsabilidad del banco por los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", 7-12-2010, www.saij.jus.gov.ar Id Infojus: DACF100094, del cual el actor extrajera sus argumentos)

Luego: si conforme al ticket acompañado por los actores, expresamente reconocido por el demandado, no cabe duda ninguna sobre que fueron ellos quienes interactuaron con el cajero, con total y absoluta independencia de que no sean "strictu sensu" clientes (que en cualquier caso lo terminaron siendo al servirse del sistema ofrecido públicamente en su ámbito por el BANCO SANTANDER - RIO), no se precisan mayores abundamientos argumentales para reconocerles, de un lado, legitimación activa, la cual se apoya en la señalada condición de consumidores / usuarios del sistema automatizado ofrecido al efecto por la entidad, en orden a demandar por el resarcimiento del daño sufrido ni tampoco, de otro, para condenar al BANCO (legitimación pasiva) como proponen tanto el Juez de grado como el colega.

Es que la aporía planteada por este caso se resuelve, de un lado, por aplicación directa e inmediata del régimen legal vigente sobre derechos de los consumidores y, de otro, recurriendo -según vimos- a la conocida doctrina de las cargas probatorias dinámicas que invierte o desplaza el imperativo del propio interés particular hacia la parte que está en mejores condiciones de revista objetivas para probar el buen funcionamiento del sistema (BANCO SANTANDER y PRISMA)

Y en este caso no cabe duda mínimamente razonable ninguna sobre que incumbía a los demandados desentrañar lo conducente para saber qué fue del dinero; máxime cuando los Dres. SANCHEZ y BARRIGA hubieron aportado al efecto el ticket que acredita sin ambago ninguno que la operación efectivamente sucedió.

¿ Pueden seriamente la entidad financiera y la proveedora de los ATM pensar que, tratándose de un sistema en gran medida automatizado, la carga probatoria dinámica sea de los actores como dicen ? ¿ Están los actores acaso a cargo del arqueo ? ¿ Son ellos empleados del BANCO o de PRISMA ? Nada de eso. Los actores son profanos y el BANCO y PRISMA los profesionales expertos en la materia; por lo mismo que el usuario es la parte débil y el proveedor de servicios la parte fuerte de la relación de

consumo.

Que el susodicho ticket lleve inserta la leyenda "operación a confirmar" no sólo configura un rotundo abuso de derecho fulminado legalmente, prototípico del funcionamiento del sistema bancario en países subdesarrollados como Argentina, sino que inclusive tipificaría un supuesto normotípico de cláusula nula (art. 37 ley cit.). Consecuentemente cabe prevenir que la operación respectiva, depósito dinerario en este caso, hubo quedado concluida y/o perfeccionada para los usuarios en el mismo referido ticket (recibo) emitido por el sistema.

Todo lo precedentemente meritado se ve reflejado en otras orientaciones propuestas por la misma doctrina antes referida, en lo siguientes términos pertinentes a las circunstancias probadas en esta causa: Los cajeros automáticos, son dispositivos que permiten realizar operaciones efectuadas con tarjetas autenticadas por un número de identificación personal de cuatro cifras ("PIN"). La tarjeta puede ser enviada al cliente junto a su PIN, en ocasiones en forma separada. En otros casos, el mismo cliente es quien debe activar su clave personal para que ésta pueda ser utilizada a través de un cajero automático. Los bancos adoptan una variedad de métodos técnicos y operacionales con el objeto de limitar el número de personal de la entidad que pueda obtener acceso a la clave personal introducida por el cliente en su tarjeta plástica. Es decir, que para que el banco pueda identificar el "PIN" correcto del cliente con uno incorrecto, debe tener conocimiento de aquel que ha introducido el cliente al momento de la utilización de la tarjeta en uno de los cajeros automáticos habilitados al efecto. En términos generales las reglas para el uso de las tarjetas en cajeros automáticos son similares a las que rigen para las transacciones con las tarjetas en presencia del cliente, tomando como ejemplo aquellas operaciones efectuadas en un comercio en forma personal mediante una tarjeta de débito. Sin embargo, los riesgos difieren en algunos aspectos. En efecto: en el caso del uso de la tarjeta para depósito o extracción en un cajero automático, su autenticidad puede verificarse solamente por medios técnicos, y estos mecanismos pueden generar fallas que pongan en duda su eficacia, con la consiguiente responsabilidad que ello genera. Otras definiciones han sido adoptadas por entidades bancarias al detallar la oferta de sus servicios, y se refieren en estos casos a las operatorias mediante Instrumentos Electrónicos. Mencionan que estos instrumentos electrónicos posibilitarán el uso de los servicios del Banco a través de medios electrónicos o de comunicación o transmisión de datos entre el Banco y el Cliente (Canales Alternativos). Y se encuentran comprendidos dentro de esta definición los

siguientes: Banca en Internet (Sucursal Internet), Terminales de Autoservicio, Cajeros automáticos (ATM), etc. Es decir que el empleo de cajeros automáticos constituye un servicio mediante el cual, además de ofrecer al cliente una nueva opción para operar, brinda al banco un beneficio en razón de la agilidad y celeridad que dicha modalidad de ejecución de depósito le ofrece y que ello le permite atraer un mayor número de clientes, evitando innecesarios aglutinamientos de personas en sus sucursales como, asimismo, la disposición de recursos humanos a fin de asistir a consecuentes requerimientos.

La información se considera como un instrumento esencial en la protección de aquella parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra. En este sentido es claro que la pura desigualdad de conocimientos entre dos potenciales contratantes adquiere especial relevancia en aquellos casos en los que existe la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa. En estos casos la buena fe impone al otro negociante el deber de comunicar los datos relevantes para la contratación y de los que tenga o debiera tener conocimiento; su finalidad es claramente protectora de una de las partes, compensando la desigualdad existente entre ambas (Ghestin: "Traité de Droit civil, les obligations et le contrat" LGDJ, Paris 1980, n° 466 y ss, Juglart, M., "L'obligation de renseignements dans les contrats", en Rev. Tr. Dr. Civ., 1945. p. 9-13.).

En cuanto al tema particular de la utilización de los cajeros automáticos y el incumplimiento del deber de información previsto en el Art. 4 de la ley 26.361, los Jueces consideraron en forma reiterada que se ha faltado a este deber cuando el Banco no ha informado al usuario que en caso de utilizar ese mecanismo para realizar un depósito o una extracción, sea en una de sus sucursales o por medio de la RED BANELCO ubicada en otras sucursales de Bancos autorizados, el cliente asumía los riesgos vinculados a una eventual discrepancia entre la suma de dinero que el banco informa como entregada en el comprobante, por una parte, y la efectivamente recibida.

Es evidente que lo que no se tolera es "disimular, ocultar o desvirtuar circunstancias importantes", actitud que ha sido repudiada por los Jueces argentinos advirtiendo que la publicidad es uno de los medios idóneos para garantizar esa libre elección; tanto la legislación anterior como la actual ley 26.361 otorgan al consumidor, legitimación activa para plantear la nulidad- total o parcial- del contrato, cuando el oferente transgriere el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial. En los casos en que el juez declara la nulidad parcial,

simultáneamente integra el contrato, si ello fuere necesario (artículo 37 párrafo 6º). En este punto la nueva ley modifica parcialmente el artículo 4º, relativo al deber de información, agregando la obligación de informar sobre las condiciones de comercialización. Agrega asimismo un último párrafo que indica que "La información deberá ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

Cabe agregar que 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. A su vez diversas legislaciones se refieren a esta obligación, como el Código de defensa del consumidor brasileño que se ocupa de la cuestión en sus artículos 6, apartado IV, y 36 a 38; la ley del consumidor peruana lo regula en sus artículos 5 inciso d, 15 y 16.

Avala asimismo esta postura, la violación por parte de la entidad bancaria del art. 42 de la Constitución Nacional, que estipula que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Por otro lado, el nuevo artículo 3º de la ley 26.361 agrega la regla de favor debitoris: "en caso de dudas en cuanto a los alcances de la obligación" del consumidor, se estará a la que sea menos gravosa (artículo 37, Párr. 2º, ley 24.240). En Argentina se propicia incluso la incorporación de estas soluciones al Código Civil. Se consideran particularmente los "principios" que establece la legislación de defensa de los consumidores. Estos principios a los que refiere, surgirán del análisis del conjunto del sistema, toda vez que la misma no hace referencia expresa a éstos en forma específica; entendemos que el principio *in dubio pro debilis* será la piedra basal del mecanismo inductivo necesario para ello.

Además, agrega la ley, el sistema general de la misma puede verse modificado en casos especiales, tales como aquellos en los que "el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica." (Art. 3º *in fine*). En el caso de la responsabilidad del banco por la utilización de cajeros automáticos, tendremos en cuenta además la normativa específica elaborada por las Circulares del Banco Central de la República Argentina, en lo que respecta a las normas de seguridad que las entidades bancarias deben observar para el registro y filmación de los hechos ocurridos

dentro de sus respectivos locales; tal como refiere el Dr. RIAT en su voto.

Es que la profesionalidad de una de las partes es una de las circunstancias determinantes a la hora de atribuir un deber de informar, sobre todo cuando la otra parte es un lego; lo mismo ocurriría, como lo mencionamos anteriormente cuando media cualquier otro motivo especial de confianza de uno de los contratantes.

Otro de los motivos que hacen ineludible el cumplimiento de la obligación de información es la complejidad que implica el contrato de que se trate. Porque uno de los contratantes, el Banco, es un profesional o experto conocedor de las particularidades del contrato, bien o servicio de que se trata, por lo que de ser el otro lego en la materia, nos hallaríamos ante otra de las razones tenidas en cuenta por el régimen protectorio del consumidor y a su derecho a ser informado, tanto ante la existencia de un contrato efectuado directamente con el proveedor directo (banco con el que se ha contratado el servicio bancario) o en ocasión de una relación de consumo - sistema de cajeros automáticos en sucursales de otros bancos, o Redes Link, BANELCO. Este fue el criterio adoptado también por la Cámara Federal de Mar del Plata en el que el Dr. Tazza expresó que "Aun cuando no exista una relación contractual entre la firma prestadora del servicio de cajeros automáticos que retuvo una tarjeta de débito y el titular de la misma, no debe excluirse por ello la aplicabilidad de la ley 24.240 desde que la relación de consumo es un concepto más amplio que abarca todas las circunstancias que constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios [...]" y que "La Constitución Nacional, en su art. 42, no se refiere al "contrato de consumo" sino a los derechos de los consumidores y usuarios "en la relación de consumo". Obsérvese que esta expresión es lo suficientemente amplia para abarcar "a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios". "La contraparte del consumidor y obligado al cumplimiento de la ley de defensa del consumidor, se halla constituida por \todas 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...\ (Art. 2, ley 24.240) [...] dentro de ese concepto de servicios queda incluido el de la prestación del servicio de cajeros automáticos (...) dentro de ese concepto no sólo quedan atrapados como proveedores el Banco o Entidad Financiera sino también todos aquellos que intervienen en el circuito

económico". El servicio de cajeros automáticos es prestado por los bancos como accesorio, y genera numerosos vínculos -más allá de la relación entre el titular de la cuenta y la entidad financiera- "hasta implicar a terceros que no participaron en la contratación del servicio" (Jabif-Pastore, ob. cit.). Como o resaltamos anteriormente, "la relación de consumo puede ser generada por un contrato, un acto unilateral o un hecho jurídico. Insistimos en este punto que la referida complejidad puede referirse tanto al producto o servicio objeto del contrato, como a sus reglas jurídicas; respecto de este último aspecto se ha dicho que ha de tomarse como punto de referencia el derecho dispositivo y que habrá tanto más deberes especiales de información cuanto más se alejen de ese derecho las reglas del concreto contrato que está siendo negociado y cuanto más imprevisibles o desventajosas sean para quien se va a someter a ellas en virtud del contrato. Lógicamente que si tales reglas específicas y que denotan una complejidad técnica son insertas en cláusulas generales de contratación o en contratos de contenido predispuesto, el criterio de interpretación a favor del no predisponente y la obligación de informar sobre las consecuencias jurídicas del mismo se torna más estricto. No es casual que la nueva normativa se haya ocupado especialmente de las obligaciones emergentes de las operaciones financieras y de crédito. La nueva ley 26.361 refuerza aún más esa protección, disponiendo normas especiales relativas al deber de información en general y en particular cuando se trata de operaciones financieras.

En efecto: la ley 24.240 disponía en su artículo 36 aquellos datos que el proveedor de tales servicios debía proporcionar al usuario de éstos, bajo pena de nulidad. La nueva ley sustituye el anterior artículo, mantiene el mismo efecto en caso de incumplimiento, y amplía considerablemente el rango de información a que el proveedor está obligado, previendo puntuales requisitos.

Buena fe, tecnología en operaciones bancarias y responsabilidad ante la utilización de sistemas expertos.

Tal como plantea la doctrina moderna, el problema de la atribución en las relaciones de consumo debe ser reformulado. En la sociología actual se ha estudiado el funcionamiento "Sistemas Expertos", los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en que vivimos. Siempre suponemos que alguien se ha ocupado de que las cosas funcionen. Ese alguien no es un sujeto conocido y responsable de sus actos, como ocurre con el almacenero del barrio; se trata en cambio de un sistema, que puede

aparecer ante el consumidor como una persona amable, pero que es solo un empleado, cara anónima y no responsable. Como expresa la doctrina, el sistema es inextricable pues la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado, y otros símbolos.

Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas y generalmente inocuas; se basa en un conocimiento inductivo débil. No se trata de un problema de negligencia, como lo refiere el autor citado precedentemente, sino de una necesidad. La creación de confianza produce una modificación en la carga de auto información y una traslación del riesgo derivado de las asimetrías informativas. Así como el tercero no va a pedirle al empleado de la ventanilla sus poderes o al factor, ya que se establece una regla presuntiva de representación que lo releva de esa carga. Si hubiera errores o discordancias, es el creador de la apariencia quien los soporta. En el caso del uso de sistemas automáticos implementados por los bancos, tales como los cajeros automáticos o terminales en los que se puede efectuar extracciones y/o depósitos, es claro que es la propia entidad quien establece los mecanismos para que el consumidor efectúe diversas operaciones mediante sistemas expertos, impuestos y controlados por éste. Por lo tanto la confianza generada en el profano -en este caso el usuario perjudicado- debe ser respaldada jurídicamente, tanto en el establecimiento de presunciones, como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica. Adherimos al criterio que los jueces siguen actualmente en sus pronunciamientos, al entender que se habría incurrido en franca violación al principio de buena fe que debe regir en los contratos, tanto en su etapa previa, como durante la ejecución de éstos (art. 1198 C. Civil).

Es preciso destacar que en los últimos tiempos, debido a la alta concentración e intensa concurrencia en la actividad bancaria, junto con el desarrollo de la nueva tecnología, se ha configurado un mercado bancario novedoso y dinámico, con productos que se podrían llamar no tradicionales. Entre ellos mencionamos las tarjetas de débito, el dinero digital, el e-banking y los sistemas de atención telefónica entre otros. 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 relevantes fuentes de ingresos sino la más importante. Y para la utilización de estos sistemas complejos, un elemento indispensable es la confianza que genera el

experto. En este sentido, la Cámara Nacional en lo Comercial -Sala A- ha dicho en el fallo "Avan S.A. contra Banco Tornquist S.A. s/ Ordinario" que: "La confianza es un principio jurídico de naturaleza ético social, que cumple un decisivo papel ya que se basa en el deber ético de no defraudar las expectativas legítimas y fundadas suscitadas en otros. Es en la vida moderna donde se advierte una creciente necesidad de su protección, ya que la rapidez y automatización de la comercialización de bienes y servicios impide que el partícipe del tráfico, -especialmente el consumidor y/o usuario-, verifique exhaustivamente los diversos aspectos de las operaciones que realiza, de manera que lo que no puede comprobarlo por sí mismo debe asumirlo como acto de confianza. Quien actúa sin consideración a la expectativa suscitada en el cliente, contraviene a la vez lo ético y lo jurídico, lo cual comporta una violación del deber de respeto "al otro", a la persona, que es un fin en sí misma.

Es sabido que las relaciones entre una entidad bancaria y su clientela descansan sobre un presupuesto básico de confianza, la que además es propiciada y estimulada por los mismos bancos, a través de mecanismos publicitarios y/o de marketing que generan esa expectativa entre sus clientes actuales o potenciales. De modo que la conducta irregular del banco genera en el usuario y/o cliente un sentimiento de desconfianza e incertidumbre que atenta gravemente contra el principio de la confianza, fundamental en este tipo de relación. En efecto, el hecho de que alguien aproveche de las cláusulas del contrato para lograr sus deseos individuales, sin consideración a la confianza que su palabra y/o su profesionalidad inspiró a aquella, produce como consecuencia que el destinatario se sienta burlado, abusado, no respetado como persona con dignidad, "sino utilizado como puro medio para los fines individuales del promitente desleal".

En síntesis: el cliente -parte débil en la relación contractual- deposita su confianza en el banco ya que éste debe actuar regido por el standard ético del "buen profesional" en razón de su alto grado de especialización y por ser un colector de fondos públicos, razón por la cual el interés general exige que actúe con responsabilidad. En este sentido, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial sostuvo que "...el banco es colector de fondos públicos y el interés general exige que los servicios que presta funcionen responsable y adecuadamente, pues los consumidores descuentan su profesionalidad" (in re "MARTINO Y OTRO C/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES").

En efecto: toda vez que el cajero automático o terminal desde donde es factible extraer dinero, o depositarlo, o utilizar una tarjeta de débito, es un mecanismo dispuesto por el Banco, que permite mediante la denominada Red BANELCO, la posibilidad de efectuar

diversos tipos de transacciones, como depósitos, extracciones, pagos de servicios, etc.. El mecanismo está bajo el exclusivo y excluyente ámbito de control del banco y las entidades relacionadas, y por lo tanto es responsable de los daños derivados de la inexactitud derivada del funcionamiento del sistema implementado y el daño que se genere por tal causa. Resultaría arbitrario e irrazonable imputar esta obligación probatoria a la autoridad administrativa o bien al usuario que, al no tener posibilidad de supervisión o control alguna sobre el proceso de arqueo de los cajeros de la apelante, no está en condiciones de demostrar, luego de efectuada la operación de extracción o depósito del dinero requerido y ante la inexistencia de la entrega o acreditación por parte del mecanismo. Como lo ha pretendido en algún caso la entidad bancaria, estamos en contra de la postura que pretende otorgarle valor probatorio a la mera acta firmada por empleados del banco en cuya sucursal se efectuó la operación denunciada, en la que afirman la inexistencia de diferencias en el arqueo de caja del banco, cuando es justamente contra este tipo de irregularidades que el consumidor debe ser protegido mediante la utilización de mecanismos ajenos a los mismos empleados de la entidad denunciada.

En ese contexto la jurisprudencia ya ha resuelto en casos similares que "la constancia emanada de los empleados del mismo banco resulta por sí sola claramente insuficiente para demostrar en forma cierta e indubitada que existió la diferencia dineraria invocada, puesto que se trata de un documento privado emanado de una de las partes y suscripto por sus dependientes, características que disminuyen notablemente su eficacia probatoria. De conformidad con la normativa de aplicación, el banco se encuentra obligado, al momento de la apertura de una cuenta que implique la entrega de una tarjeta para ser utilizada en los cajeros automáticos, a notificar a los usuarios sobre la mecánica de su funcionamiento y los recaudos a adoptar -Comunicación BCRA "A" 2530-. Por su parte, las normas regulatorias señalan que es exclusiva responsabilidad de las entidades bancarias, instrumentar un sistema de seguridad que garantice la veracidad de las operaciones mediante cajeros automáticos -Comunicación BCRA "A" 3682-, resultando insuficiente el simple conteo manual por parte de empleados de la entidad.- Como lo ha sostenido la jurisprudencia dominante, "La confianza -como en otros ámbitos- exige en este aspecto que las partes honren las expectativas que han generado en los demás; y no sólo una vez celebrado el contrato, sino también en su etapa previa, durante su desarrollo y con posterioridad a su conclusión, recordemos que el principio de confianza deriva del principio de buena fe por lo que, al igual que éste, se impone y

juega durante todo el iter contractual. En el ámbito del consumo este principio se expande (a favor del consumidor), se reduce (en contra del proveedor) en razón de una subjetivización que pondera la especial situación de las partes (relación débil - fuerte, profesional - inexperto, etc.)

El fenómeno de los contratos conexos y su influencia en la protección al derecho del consumidor.

El fenómeno relacionado con la figura de los contratos conexos se expuso en nuestro país en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En esa oportunidad se propuso un concepto que expresa que "Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual". Es un hecho que la evolución económica de las sociedades de nuestro entorno ha supuesto el incremento de operaciones que se traducen en grupos o cadenas de contratos. Es necesario resaltar, junto con Mestre que las relaciones contractuales nunca han sido tan intensas como en nuestros días.

La exposición de estos factores ayuda a entender el fenómeno del que nos ocupamos, y para ello debemos tener en cuenta que precisamente esa evolución del contexto económico y jurídico en que se desarrollan las relaciones contractuales, ha hecho que cada vez sea mayor el número de las personas afectadas en los convenios celebrados por otros. Es por ello que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato pueden repercutir a veces en la situación jurídica de un tercero.

En nuestro derecho se consagra el principio de la relatividad de los contratos en los artículos 1195, 1199, con las excepciones previstas en los artículos 1161 y 1162 del Código Civil. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia de Italia y Francia, en principio, han buscado soluciones para adecuar la regulación jurídica a la situación fáctica. De este modo se han generado las doctrinas sobre el collegamento negòciale y les groupes de contrats.

Este fenómeno se produce claramente ante la situación relativa a la responsabilidad de las entidades bancarias por la utilización de cajeros automáticos, cuando la generación del daño ocurre por defectos del sistema de transferencia de fondos que derivan de contratos celebrados entre los bancos y las redes BANELCO/LINK u otros similares.

Estos hechos han supuesto lo que algún autor ha denominado "...el incremento del número de terceros..." en el ámbito de las relaciones contractuales.

En los casos en que el conflicto se genera por la ineficacia del funcionamiento de un

cajero automático, que está ubicado en el recinto de una entidad bancaria diferente a aquella con quien el usuario ha contratado sus servicios en forma directa, se plantea la cuestión de la responsabilidad de todos aquellos que intervienen en la operación económica global y sus consecuencias con relación a la responsabilidad que lo genera.

No obstante la vigencia del principio consagrado en nuestra legislación de fondo ya mencionado, que sostiene que los contratos sólo producen efectos entre la partes, en casos como los descriptos los jueces y la doctrina consideran que existe un sistema de contratos en el cual quedan comprendidos todos los actores que intervienen en el negocio bancario con fundamento en lo que la nueva ley de defensa del consumidor denomina "relación de consumo". Ello es así dado que el cajero está dispuesto por el Banco para su propio beneficio y es utilizado por el usuario como destinatario final del mismo. A la vez la relación de consumo entre la empresa BANELCO y/o LINK u otras similares y el usuario surge con claridad, 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. Cabe agregar que son inoponibles al usuario las cláusulas contractuales pactadas, por ejemplo, entre RED LINK S.A. y la entidad bancaria por no ser aquél parte en el convenio. De este modo es irrelevante que la RED LINK y el banco hayan determinado que la primera no tiene frente a los clientes o terceros responsabilidad alguna por las consecuencias del uso de la red. Por ello sus deberes ante el usuario no se rigen por lo pactado a sus espaldas sino por lo previsto en la ley 24.240, por lo que -en virtud de lo dicho en los puntos anteriores- es posible de ser sancionada por el ente de contralor.

Algunos autores, como Galgano, describieron este fenómeno, y entendieron que cuando estamos ante la presencia de contratos coligados, hay "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aún cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja". De este modo se prescinde de un enfoque voluntarista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar al abordaje objetivo basado en la noción de causa; la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos. Es decir que según esta tesis, que compartimos, la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de unos pueden repercutir sobre el de otros.

En Francia este fenómeno fue muy bien desarrollado por el profesor Larroumet, con la denominación de "grupo de contratos", quien analiza el efecto relativo de los contratos y

el principio de inoponibilidad. La tesis más avanzada en este sentido sostiene que quien integra un grupo de contratos no es un tercero y por ello puede tener una acción contractual. En esta red argumental, es claro que debe ponerse el acento en un aspecto: las redes contractuales deben ser consideradas en dos planos diferentes; el aspecto interno y el externo. Y fue esta argumentación la que tiene en cuenta la jurisprudencia en forma pacífica, cuando afirma que el usuario puede involucrar a la entidad bancaria en cuyo recinto utilizó el cajero automático, quien de manera ostensible y pública era quien le proveyó ese servicio, sin que fuera menester que se le exigiera al usuario que conociera la formación de los eslabones de la cadena que conforman todos los partícipes que integran ese conjunto. Lo dicho, tal como lo señaláramos anteriormente, sin perjuicio de las acciones de contribución o de recupero de la cuota parte con la que les pueda corresponder 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; es decir, sin perjuicio de los reclamos derivados de la relación interna entre los integrantes del sistema contractual.

Habiendo efectuado un detenido análisis a la luz de lo dispuesto por la doctrina más calificada arribamos a la misma conclusión que aquella que ha definido un tipo de operación denominándolas operaciones neutras, aplicable a los casos de responsabilidad por el uso de los cajeros automáticos tanto del banco contratante directo, como de aquellos que facilitan su uso pero que no se han relacionado contractualmente con el usuario, mediante la utilización de las redes BANELCO/LINK u otras similares. Es evidente que la misma se inserta en un sistema contractual complejo, multifacético y sistémico que implica la ausencia de la necesidad que se hubiere verificado un vínculo comercial directo entre la entidad bancaria y el consumidor o usuario de tal servicio para que resulte de aplicación el régimen de protección al consumidor.

Conclusión.

Resumiendo pues las ideas precedentemente meritadas tenemos: 1) es acertado el criterio que admite el concepto de relación de consumo y como directa e inmediata consecuencia que en la actividad derivada de la utilización de los cajeros automáticos es responsable tanto el BANCO con el que se contrató directamente como las redes relacionadas con tal servicio; del mismo modo es responsable el BANCO en donde se generó el daño, aunque no sea la misma entidad con quien contrató el usuario, pues la

legitimación pasiva de los tres actores mencionados es aceptada según nuestro criterio; 2) el deber de información derivado del Art. 4º de la ley 24.240 incluye tanto al contratante directo como a quien participa de un conjunto de contratos coligados por una actividad en la que se comparten los beneficios; por lo que cuando se viola el deber de información corresponde la decisión reparatoria adoptada al respecto por el ente administrativo o judicial en su caso; 3) la utilización de sistemas expertos genera para ciertos sectores grandes beneficios, ya sea por el control unilateral de los mecanismos utilizados como por la simplificación en la utilización de recursos humanos, ergo debe contemplarse una correlativa responsabilidad derivada de los daños generados por el funcionamiento del sistema de cajeros automáticos y la generación de confianza; 4) en materia de prueba rige decididamente la aplicación del sistema dinámico; 5) existe un sistema de contratos conexos que no le son oponibles al consumidor por lo cual éste no tiene que interiorizarse de las relaciones internas ni prestar consentimiento de ningún tipo en aquellos contratos derivados de este conjunto que le son ajenos en forma directa, de forma que el funcionamiento del sistema mismo de cajeros automáticos y la posibilidad de extraer o depositar dinero en cualquier terminal habilitada al efecto implica que cualquiera de los bancos intervinientes y las redes respectivas son responsables del daño ocasionado por el funcionamiento del mecanismo en calidad de incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de éstos; ello así independientemente de la posibilidad de requerir entre las mismas entidades las respectivas repeticiones en caso de resultar procedentes.

Así lo voto.-

A igual cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

RESUELVE: I) MODIFICAR la sentencia del 29/12/2017 en virtud de las apelaciones interpuestas por las partes que se admiten parcialmente (fs. 335, 337 y 338) al solo efecto de: a) elevar a \$ 3.750 el capital de condena favorable a Yanina Andrea Sánchez; b) elevar a \$ 3.750 el capital de condena favorable a Silvio Raúl Barriga; c) dejar definitivamente sin efecto la imposición de costas autónoma relativa al planteo de inconstitucionalidad, como así también las regulaciones de honorarios correspondientes a esa cuestión; y d) dejar sin efecto las regulaciones de honorarios correspondientes a los trabajos de primera instancia, debiendo practicarse una nueva regulación en el Juzgado de origen una vez liquidada la base regulatoria, respetándose el máximo legal.

II) IMPONER en el orden causado las costas de segunda instancia relativas a las apelaciones interpuestas por las partes (fs. 335, 337 y 338). III) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Yanina Andrea Sánchez y del Dr. Silvio Raúl Barriga (abogados demandantes en causa propia) en el 30 % de lo que oportunamente se les regule por los trabajos de primera instancia. IV) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Dolores Mazzante (abogada de Banco Santander Río SA) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de primera instancia. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Juan Ignacio Sarmiento (abogado de Prisma Medios de Pago SA) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de primera instancia. VI) DECLARAR ABSTRACTA la apelación del perito contador Luis Alberto Bonessa (fs. 340). VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VIII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

ct

EDGARDO J. CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Por ante mí:

ALFREDO J. ROMANELLI ESPIL
Secretario de Cámara