

Cámara de Apelaciones – Sala I En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los días del mes de febrero de 2016, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dictar sentencia en los autos “BANCO SANTANDER RIO SA c/ GCBA s/ RECURSO DIRECTO SOBRE RESOLUCIONES DE DEFENSA AL CONSUMIDOR.”, D71247/2013, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Mariana Díaz, Fabiana H. Schafrik de Nuñez y Fernando E. Juan Lima resolviendo plantear y votar la siguiente cuestión: ¿es justa la resolución apelada? A la cuestión planteada, la jueza Mariana Díaz dijo: I. A fs. 1 luce la denuncia del Sr. H. F. J., del 13 de marzo de 2009 contra Banco Santander Río SA y BANELCO. Allí, manifestó que el día 2 de febrero de 2009, en la sucursal de Avenida la Plata 1031, efectuó un depósito por cajero automático —cajero N° S1BRI108 —de pesos doscientos cincuenta (\$250) que no se le acreditó, por lo que solicitó la restitución del monto mas los intereses correspondientes. A su vez, señaló que reclamó reiteradas veces en el banco y que luego de que su reclamo fue derivado de una sucursal a otra, recibió una carta en la que se le informaba que en la sucursal en cuestión no había constancia de recepción de ningún depósito y que el ticket que le expidió la máquina no aseguraba que el depósito se hubiese realizado. Asimismo, le hacía saber que para acceder a las grabaciones del día del depósito debería concurrir con una orden judicial (fs. 2). Abierta la etapa conciliatoria a fs. 18, las partes no arribaron a un acuerdo, el denunciante ratificó su reclamo instando el procedimiento de ley y se dispuso la remisión de las actuaciones a la Dirección Jurídica de Protección al Consumidor. Paso seguido, se le imputó a la denunciada la presunta infracción al art. 4º de la ley N° 24.240 “[p]or cuanto (...) no habría brindado en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre los riesgos y responsabilidades que pudiere derivar de la utilización de los cajeros automáticos, ni relativa a la actitud a asumir por el consumidor en eventuales contingencias derivadas de la utilización de tales cajeros automáticos” ; y al art. 19 “[p]or cuanto (...) habría incumplido con los términos y condiciones conforme el servicio financiero fuere ofrecido y convenido. En el caso, la denunciada no habría acreditado la suma que habría depositado el denunciante mediante la utilización de cajero automático”. (fs.20) A fs. 54/58vta. el Banco presentó su descargo. Así las cosas, con fecha 23 de septiembre de 2013, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor dictó la disposición N°2853-DGDyPC-2013, mediante la cual impuso a la actora una multa de pesos treinta y cinco mil (\$35.000) por infracción a los arts. 4 y 19 de la ley N°24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC). Ordenó un resarcimiento en concepto de daño directo a cargo del Banco Santander Río SA equivalente al 100% del valor de una (1) “Canasta Básica Total para el Hogar 3” publicada por el INDEC al momento de su efectivo pago, debiendo presentar dentro de los diez (10) días el pertinente comprobante de pago firmado por el consumidor, y le ordenó la publicación de la parte dispositiva de la disposición, en el cuerpo principal del diario “La Razón” debiendo acreditar el cumplimiento en el expediente dentro del plazo de treinta (30) días hábiles. Para así decidir, la administración precisó, con remisión al dictamen jurídico (fs. 72/75), con relación a la infracción al artículo 4º, que “de la documentación obrante en autos no surge que la sumariada halla informado sobre los riesgos que deriven de la utilización de los cajeros automáticos como tampoco de las consecuencias a asumir por el consumidor ante posibles contingencias derivadas de la modalidad y forma de utilizar los mismos; circunstancia que resulta ajena al consumidor, los

riesgos derivados no han sido oportunamente informados, debiendo asumir en consecuencia el riesgo empresario incito en tal actividad” (fs. 73 y vta.). Concluyó que la denunciada no brindó al denunciante la información cierta, clara y detallada sobre las características esenciales del bien contratado. Por su parte, y en relación con la infracción al art. 19, señaló que la imputación se efectuó teniendo en cuenta que “se habría incumplido con los términos y condiciones conforme el servicio financiero fuera ofrecido y convenido” toda vez que no acreditaron el depósito al denunciante de acuerdo a las modalidades de contratación, siendo que no acompañó prueba de sus dichos pues solo se limitó a mencionar que “no hubo sobrante de caja”. En cuanto al resarcimiento por daño directo determinó que el perjuicio lo configuró “el hecho de que al no haberse acreditado debidamente el depósito efectuado por el aquí denunciante ocasiona un interés punitivo. Que a fin de estimar el daño directo como consecuencia de la infracción se tiene en cuenta el valor de la suma depositada de pesos doscientos cincuenta (\$250), en el año 2009, por el consumidor que no ha sido devuelta por la sumariada y asimismo se deben ponderar los gastos, pérdida de tiempo, malos tratos, atenciones defectuosas y las molestias en las que incurrió la parte denunciante a efectos de perseguir el reconocimiento de sus derechos”. A partir de ello fijó el monto de la compensación en la suma de \$1.826, para lo cual tuvo en cuenta el valor de la Canasta Básica Total para el Hogar 3 publicada por el INDEC (mes de junio 2013) y se le dio el total por cuanto el daño determinado representa el 100% del valor de dicha canasta (fs. 74 y vta.) Por último, respecto a la graduación de la multa, hizo hincapié en el perjuicio al consumidor, la calidad de reincidente de la sumariada y su posición en el mercado (fs. 74vta.y 75). II. A fs. 88/108vta. la sancionada interpuso y fundó recurso de apelación contra la decisión mencionada ut supra. En resumen, consideró que no existió infracción al artículo 4º de la ley Nº24.240 toda vez que el denunciante en ningún momento le solicitó información por escrito, como tampoco manifestó en su denuncia que faltó información sobre la operatoria que realizó. Señaló que del propio comprobante del depósito surge que la operación quedaba supeditada a la confirmación del banco y agregó que nunca fue intimada a acompañar las filmaciones a fin de dar cuenta de lo sucedido. Además, sostuvo que la carga de probar la verdad objetiva o material no puede serle impuesta. Con respecto a la infracción al art. 19 indicó, por un lado, que la Dirección omitió decir cuáles son las modalidades de contratación presuntamente incumplidas y, por el otro, que se resolvió sin que se lo intimara a acompañar pruebas, circunstancia que vulnera su derecho de defensa. Finalmente, se agravó por el monto de la multa impuesta, como por la procedencia del resarcimiento por daño directo, toda vez que éste no fue solicitado por el denunciante ni se encuentra debidamente probado. III. A fs. 132/138 el GCBA contestó los agravios, seguidamente la actora presentó su alegato (fs. 146/158) y tomó intervención la Sra. Fiscal de Cámara (fs. 160/163vta.) y a fs. 164 los autos se elevaron al acuerdo de esta Sala. IV. Dicho lo anterior, corresponde determinar el marco normativo aplicable a la controversia traída a conocimiento de esta Sala. Es menester recordar, liminarmente, que la Constitución Nacional dispuso en su artículo 42 que “[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. En idéntico sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expresó en su artículo 46 que “[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo (...)

asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna”. En este contexto, en la ley nacional Nº 24.240 -vigente al momento de los hechos se previeron las normas de protección y defensa de los consumidores. En lo que aquí interesa, en el artículo 4º de la mencionada norma se estableció que “[e]l proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.”. Por su parte, el artículo 19 disponía que “[m]odalidades de Prestación de Servicios. Quienes presten un servicio de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas, y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”. En otro orden de ideas, el artículo 47 de la citada ley fijaba al momento del hecho las siguientes sanciones: “a) Apercibimiento; b) Multa de cien pesos (\$ 100) a cinco millones de pesos (\$ 500.000); c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días; e) Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado; f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare. En todos los casos, se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria, a costa del infractor” Luego, el artículo 49 de la mencionada ley -en concordancia con el art. 16 de la ley Nº 757- dispuso que “[e]n la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el art. 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de cinco (5) años.” Por último, resta mencionar que el art. 40bis del citado cuerpo legal, en su primer párrafo prescribió “[d]año cierto. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador del servicio” y en su segundo párrafo dispuso que “[l]a autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios...”. V. En dicho contexto corresponde tratar los agravios del accionante dirigidos a cuestionar la primera de las imputaciones que la autoridad administrativa le formuló, referida a la transgresión del artículo 4º de la ley Nº24.240. En primer lugar, el recurrente impugnó el acto alegando que el cliente no denunció al Banco por falta de información respecto de la operatoria con cajeros automáticos, sino que pretendía la restitución del dinero que habría depositado en su cuenta por cajero automático y que no se le acreditó. Al respecto, cabe señalar que la autoridad de aplicación está facultada para impulsar actuaciones administrativas ante presuntas infracciones a la ley, ya sea de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o la defensa general de los consumidores (art. 45 de la ley nacional Nº24.240). Asimismo, el art. 8º de la ley Nº757 de la CABA dispone que “[f]inalizada la instancia conciliatoria, si de los hechos denunciados, la documentación acompañada, o del acta labrada o de los

resultados de las comprobaciones técnicas efectuadas surge prima facie infracción a la legislación vigente, se instruye sumario y el instructor imputa al presunto infractor por providencia que se notifica personalmente o por cédula. La providencia necesariamente contiene: a) La imputación en términos claros y concretos con indicación de las normas presuntamente infringidas. b) La descripción sintética de las circunstancias en que la infracción ha sido constatada. c) El derecho que le asiste de actuar por sí, por apoderado o con patrocinio letrado... (el subrayado me pertenece)". De las actuaciones administrativas, se advierte que efectuada la denuncia por el Sr. Jacquet, la autoridad administrativa, previo a instruir el sumario y en base a la documentación acompañada citó a las partes a la instancia conciliatoria (fs. 16 y 17). Frente a las constancias acompañadas y la ausencia de prueba en contrario por parte de la recurrente, procedió a instruirle sumario acordándole el plazo de diez (10) días para presentar descargo y producir pruebas. Por último, ante la ausencia de prueba tendiente a acreditar lo manifestado en su descargo, dictó la resolución condenatoria. En éste sentido se observa que la DGDYPC tiene la facultad de iniciar de oficio actuaciones administrativas cuando verifique que presuntamente se han cometido infracciones a la ley N°24.240, conforme lo establece su art. 45 citado anteriormente. En el presente caso el sumario se sustentó en la denuncia y la documentación acompañada, (fs. 2/3), conforme autoriza el artículo 8º de la ley N°757. (cfr. ésta Sala en los autos "Asociación Mutual Permanecer c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel", RDC 3774/0 del 14/05/2015). En segundo lugar, la recurrente plantea haber cumplido con lo dispuesto por el art. 4º, y destaca que "cualquier consumidor promedio puede comprender, básicamente que si introduce dinero en un sobre y que si el comprobante de la operación es a confirmar, ello depende justamente de que el dinero se encuentre en el sobre" (fs. 91). Sin embargo, cabe señalar que tal circunstancia resulta insuficiente para acreditar que se ha informado debidamente al usuario sobre los riesgos y responsabilidades que pudieren derivar de la utilización de cajeros automáticos, como así tampoco de las contingencias derivadas de la modalidad y forma de utilizarlos. A su turno, agregó que cumplió con el deber de información respecto de las modalidades de uso y operaciones que podía realizar a través de los distintos servicios que ofrecía, para lo cual adjuntó copia del contrato celebrado con la denunciante y remitió, en particular, a lo estipulado capítulo 4) Super Banca Fácil - Punto 4.2. (fs. 27/28), en el cual se explicaron las operaciones que podían realizarse a través de los distintos servicios ofrecidos por la entidad (Rioself, Rioline, Rio Home banking). Empero, dichas cláusulas hacen referencia a otras "prestaciones" que brinda la entidad bancaria que nada tienen que ver con la operatoria propia de los cajeros automáticos. En este sentido, cabe destacar que, 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-. No obstante ello, de las constancias adjuntadas (fs. 24/33) no surge que la accionante haya dado cumplimiento a tal deber. En virtud de lo expuesto, al no haber quedado desvirtuada la imputación formulada en los términos del art. 4º de la ley N°24.240, corresponde rechazar el agravio vertido por el apelante en relación con este punto. VI. En segundo término, toca tratar la queja del apelante relativa al supuesto incumplimiento del deber previsto en el artículo 19 de la Ley N°24.240 ante la falta de acreditación del depósito efectuado por el denunciante mediante

utilización de cajero automático. El recurrente consideró que la multa impuesta por la presunta infracción al artículo 19 de la LDC guardaba íntima relación con la transgresión imputada al artículo 4º, y señaló que la información de la prestación se encontraba debidamente explicitada de conformidad con las cláusulas del contrato –capítulo 4.2 SUPER BANCA FACIL que acompañó en autos y que, a su criterio, no pueden desconocerse. Asimismo, indicó que mal puede aplicarse la teoría de las cargas dinámicas de la prueba ya que se “[e]ncuentra ante una Autoridad de Aplicación con capacidad de investigar el hecho y solicitar para el caso en que corresponda que se acompañen los medios de prueba que considere necesarios”, empero no se lo intimó a acompañar filmaciones ni otras pruebas necesarias para demostrar el hecho. Sin embargo, cabe destacar que el cajero automático donde se efectuó el depósito es un mecanismo dispuesto por la entidad recurrente, quien tiene bajo su exclusiva y excluyente responsabilidad el control de los depósitos efectuados por este medio, por ello es quien debía acreditar que, al momento de abrirse el cajero y efectuar el arqueo el sobre de depósito del denunciante resultó “SOBRE INEXISTENTE” (fs. 3). Pretender que la autoridad administrativa o el usuario tengan la obligación probatoria resultaría a todas luces desacertado por cuanto, al no tener posibilidad de supervisión o control alguno sobre el proceso de arqueo de los cajeros de la apelante, no está en condiciones de demostrar, luego de introducido el sobre y ante la posterior invocación por parte del banco de la inexistencia del sobre y ausencia de sobrante de caja, que depositó la suma que alega (in re ésta Sala “Banco Río de la Plata SA c/ GCBAAs/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelación” Expte. RDC 138/0 del 2 de septiembre de 2003). En este sentido, debe considerarse que era la recurrente la que se encontraba en mejores condiciones para probar la inexistencia del depósito, toda vez que por aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la parte que está en mejores condiciones fácticas para producir la prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, es quien soporta el onus probandi. (CSJN in re “Corones, G v. M. y O’F.”, fallo del 03/07/1990; T. 313 P. 577 y “Mendoza, María M v Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ recurso extraordinario”, fallo del 02/06/1998, expediente M 316 XXXIII, disidencia del Dr. Adolfo R. Vázquez). En ese contexto, la constancia obrante a fs. 3, por la cual la recurrente informó al Sr. Jacquet que “[l]uego de las verificaciones de práctica se han depositado en su cuenta 3606113 radicada en la Sucursal 020 los valores en el sobre Nº 000000, depositados en la Sucursal nº 024-Almagro el día 02/02/2009 por el importe en efvo. de \$ 0.00 siendo el importe del ticket en efvo. de \$ 250. La diferencia es producto de sobre inexistente”, resulta por sí solo insuficiente para demostrar en forma cierta e indubitada que existió la falta de depósito 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. A tal fin, hubiera resultado suficiente que la denunciante demostrara, con documentación en su poder –arqueo del cajero-, la inexistencia de sobrante de caja. Adviértase que el ticket adjuntado por el denunciante posee entidad suficiente para probar que, al menos, el sobre fue ingresado en el cajero, caso contrario no se hubiera obtenido tal constancia en cuestión. Pese a ello, se reitera, la explicación dada al consumidor para justificar la falta de acreditación denunciada fue la inexistencia del sobre (fs. 3). Lo expresado en los párrafos precedentes sella la suerte del agravio interpuesto que también deberá ser rechazado. VII. Respecto de la alegada violación al derecho de defensa por no habérselo intimada acompañar documental para probar los hechos, adelanto que tampoco tendrá

favorable acogida. En ese sentido cabe señalar que el artículo 9º de la ley N°757 establece que “[e]l sumariado debe presentar su descargo y ofrecer toda la prueba de que pretende valerse en el término de 10 días hábiles de notificada la imputación”. De la compulsión de las presentes actuaciones surge que la autoridad de aplicación, al momento de notificar a la recurrente de la imputación que se le endilgaba por presunta infracción a la ley N°24.240 (art. 14 y 19), también le informó del pertinente plazo para presentar su descargo y ofrecer prueba (fs. 20/21). Por su parte, la denunciada tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa al efectuar su descargo y ofrecer la prueba que estimó conducente (fs. 22/58), por consiguiente el agravio también debe desestimarse. VIII. A continuación corresponde expedirse respecto de la queja de la recurrente referida a la graduación de la multa. En tal sentido, la apelante cuestionó el monto de la sanción por resultar, a su criterio, desproporcionada, excesiva y exagerada en relación a la presunta infracción que se le imputó; a la vez que señaló que carece de la debida motivación. En primer lugar, cabe señalar que en la disposición sancionatoria impugnada, la Dirección de Protección y Defensa del Consumidor, con remisión al dictamen jurídico previo, expresó que “a los efectos de graduar la sanción se meritúa –en conformidad a lo dispuesto por el art. 16 de la ley 757- el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor/usuario (...) su posición en el mercado (...) que la sumariada es reincidente en los términos del art.16 inc f de la ley 757, ya que ha sido sancionada con disposición N° 4035/DGDYPC/2009...”. De ese modo, la Administración dejó claramente manifestado cuáles han sido las pautas que, en el caso concreto, determinaron la aplicación de la multa y su graduación; dejando a resguardo la posibilidad de un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del administrado. Asimismo, debe tenerse en consideración que la apelante no negó haber sido sancionada anteriormente en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor por resolución N°4035/DGDyPC7/2009 en la que se basó la administración para fundar su caracterización como reincidente. Conforme lo expresado, el recurrente no demuestra que la graduación de la sanción sea desproporcionada, ni que se hubiera fijado excediendo el rango legal de acuerdo con lo establecido en los arts. 47 y 49 de la ley N°24.240, en tales condiciones el agravio no puede prosperar. IX. Resta referirse al agravio de la actora relativo a la condena por daño directo. Sobre el punto, es dable recordar que la recurrente solicitó que sea dejado sin efecto pues el denunciante no lo había petitionado. Sin embargo, de la compulsión de las piezas obrantes en la causa, se advierte que el Sr. Jacquet requirió a la Administración que se condene a la denunciada a restituirle su dinero con más los intereses que le hubiesen generado. Por su parte la, Autoridad de Aplicación entendió que a los efectos de determinar la existencia de daño directo deberá considerarse que existe un perjuicio ocasionado al consumidor y que “el perjuicio lo ocasiona el hecho de que al no haberse acreditado debidamente el depósito efectuado por el aquí denunciante por la suma de \$250, esto ocasiona intereses punitivos” (sic fs. 74vta.) En este marco, vale recordar que la ley N°757 de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos de Consumidores y Usuarios en su artículo 6º establece que la denuncia debe ser deducida por escrito y deberá contener “la pretensión en términos claros, concretos y precisos. En el supuesto de que la denuncia incluya la petición de resarcir daño directo ocasionado por el presunto infractor ésta podrá contener el monto reclamado o su estimación si fuera posible, los fundamentos correspondientes y el ofrecimiento de prueba de que intente valerse. La Autoridad de Aplicación informará al denunciante, al

momento de interponer su denuncia, acerca de sus derechos y las acciones que puede entablar, incluyendo la posibilidad de petitionar el resarcimiento del daño directos que pudiera haberse ocasionado” (inc f). A partir de lo expuesto, y tal como sostuvo la Sra. Fiscal de Cámara, cabe recordar que el procedimiento que antecedió a esta causa no escapa a las características propias del procedimiento administrativo general, en el cual el informalismo a favor del administrado resulta una nota típica, como así también que en las relaciones de consumo debe estarse siempre a la interpretación mas favorable al consumidor (art.3º de la ley Nº 24.240). En dicho contexto, dado que la administración estimó que el pedido de restitución formulado por el denunciante habilitaba el reconocimiento del resarcimiento otorgado en concepto de daño directo, las objeciones de la actora pierden todo sustento. En consecuencia, este agravio también debe rechazarse. Por las consideraciones que anteceden, propongo al acuerdo que, en caso de compartirse este voto, i) se rechace en su totalidad el recurso de apelación interpuesto y ii) que las costas se impongán a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 62 CCAyT). A la cuestión planteada, la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez, por los fundamentos allí expuesto, adhiere al voto que antecede. En mérito a las consideraciones expuestas y oído el Sr. Fiscal ante la Cámara, el Tribunal, RESUELVE: i) Rechazar e el recurso de apelación interpuesto y ii) imponer las costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 62 CCAyT). El juez Fernando E. Juan Lima no suscribe por encontrarse en uso de licencia Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, devuélvase.