



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
Sala D

En Buenos Aires, a 1 de setiembre de 2022, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa **“PISATURO, DAMIAN HUGO c/ INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (ARGENTINA) S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO”**, registro n° 13.008/2018, procedente del JUZGADO N° 4 del fuero (SECRETARIA N° 8), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo y Garibotto.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1°) La sentencia de primera instancia -dictada el 18/2/2022- entendió no cumplida por las demandadas la carga que el art. 53 de la ley 24.240 les imponía en orden a probar que eran imputables al señor Damián H. Pisaturo las extracciones de dinero por cajeros automáticos hechas en los Estados Unidos Mexicanos con una tarjeta Mastercard emitida a su nombre en momentos en los que, empero, él se encontraba en nuestro país y, en consecuencia, admitió la demanda de aquél con el efecto de entender a Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y a First Data Cono Sur S.R.L. responsables por la falla de seguridad del servicio prestado a través de tales terminales electrónicas de operaciones bancarias y condenarlas solidariamente -de acuerdo a lo previsto por el art. 40 de la citada ley- al pago de \$ 17.128,75 en concepto de devolución de lo pagado por el actor para cancelar los cargos que por las indicadas extracciones se le hicieron en el correspondiente resumen mensual, así como al abono de \$

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

50.000 para resarcir el daño moral que se entendió derivado del injustificado rechazo de los varios reclamos extrajudiciales hechos para obtener una solución del problema en el marco del tratamiento digno debido a todo consumidor bancario. El capital de condena incluyó intereses con devengo a partir de las fechas en que se efectuaron los pagos correspondientes a las objetadas extracciones y hasta el efectivo pago calculados a la tasa usual aplicada en el fuero. Las costas fueron impuestas íntegramente a las demandadas Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y First Data Cono Sur S.R.L.

Cabe observar que el fallo de la anterior instancia rechazó el reclamo del actor orientado a que se aplique a las accionadas una multa por daño punitivo.

2°) Contra la reseñada decisión apelaron todas las partes.

El actor expresó sus agravios mediante escrito presentado el 18/4/2022; el banco demandado y First Data Cono Sur S.R.L. fundaron sus recursos con sendos memoriales presentados ese mismo día.

La Fiscal ante la Cámara dictaminó el 23/6/2022.

3°) Para dar un adecuado orden a la exposición, es pertinente comenzar por los agravios que las demandadas expresan en cuanto la sentencia apelada las encontró solidariamente responsables por una falla de seguridad en la prestación del servicio de tarjeta de crédito prestado mediante cajeros automáticos. Las respectivas críticas (primer agravio de cada uno de los respectivos memoriales) pueden ser examinadas conjuntamente habida cuenta de su unidad temática.

Al respecto, corresponde ante todo observar que, contrariamente a lo especialmente postulado por First Data Cono Sur S.R.L., en el examen de la cuestión planteada no puede ignorarse lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240 pues, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia de esta alzada mercantil, esa norma extiende la responsabilidad a todos los integrantes de la “cadena de comercialización” con motivo en una defectuosa prestación de un servicio, coincidiéndose en que tal disposición es aplicable al “sistema de tarjeta de crédito” (conf. Mariño López, A., *“Responsabilidad por utilización indebida de tarjetas de crédito*, Buenos Aires, 2004, p. 391; Muguillo, R., *“Tarjeta de crédito*”, Buenos Aires, 2004, p. 165; Diez Ormaechea, R., *Responsabilidad del administrador del sistema de tarjeta de crédito*”, LL del 16/1/2017; CNCom.,

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

Sala D, 20/4/2021, “Filizzola, Jorge y otro c/ Banco Santander Río S.A. s/ sumarísimo”; CNCom., Sala D, 1/6/2021, “Olivera, María Anabel c/ Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y otros s/ ordinario”; CNCom., Sala C, 21/5/1998, “Jaraguionis, Nefi c/ Banco de Boston y otro”, LL 1998-F, p. 168).

Asimismo, corresponde observar que si bien el evento que refiere la demanda se produjo en el extranjero, dicho art. 40 de la ley 24.240 es el que resulta aplicable a la especie pues se trata de la ley que corresponde al domicilio tanto de las personas de cuya responsabilidad se trata como del sujeto reclamante -domicilio común- (art. 2657, segundo párrafo, CCyC; Dreyzin Klor, A. y Ellerman, I., *La responsabilidad civil en el Derecho Internacional Privado y su regulación en el Código Civil y Comercial*, LL 2016-E, p. 791, cap. IV; Uzal, M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2016, p. 691).

Aclarado lo anterior, cabe de seguido observar que en el referido contexto legal las reglas en materia de carga de la prueba son las siguientes: I) al consumidor se le exige probar un daño causalmente relacionado al vicio o riesgo del servicio en cuestión (conf. Martorell, E., *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2010, t. II, ps. 832/833); II) a los proveedores -en el caso, la entidad emisora de la tarjeta de crédito y la entidad bancaria adherida- que la causa del daño les ha sido ajena (cit. art. 40 “*in fine*”; CNCom., Sala D, 1/6/2021, “Olivera, María Anabel c/ Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y otros s/ ordinario”; Chamatrópulos, A., *Estatuto del Consumidor Comentado*, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 97); III) sin perjuicio de lo anterior, los proveedores deben además 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 juicio (art. 53 de la ley 24.240, texto según ley 26.361), solución que es prevalente respecto de la contenida en el art. 377 del Código Procesal (conf. CNCom., Sala C, 25/10/2012, “Oribe, Elisa c/ Alra S.A.”; Bersten, H., *La prueba en la defensa del consumidor*, LL 2013-F, p. 647).

4°) No hay discusión y/o ha sido debidamente acreditado que, encontrándose el actor en nuestro país (conf. informe de fs. 305/306), fueron



hechas en los Estados Unidos Mexicanos dos extracciones en moneda local por un total equivalente a U\$S 998,68 con imputación a una tarjeta de crédito Mastercard cuya numeración corresponde a una que le fue suministrada. En tal sentido, la primera extracción se produjo el 6/7/2017 (fs. 136), esto es, un día antes de que el señor Pisaturo emprendiera un viaje por vía aérea con destino final a San Francisco, EE.UU., con escalas en Lima y en la ciudad de México (fs. 7); y la segunda el día el 1/8/2017 (fs. 120), o sea, varias jornadas después de haber regresado a territorio nacional, lo que había tenido lugar el 24/7/2017. Todo ello aconteció, además, en situación en que el actor había dado a la administradora del servicio un aviso de viaje que se extendía entre el 7/7/2017 y el 24/7/2017 (fs. 9). En fin, el demandante pagó el importe de las extracciones después de que le fueran rechazados sus varios reclamos formalizados en los términos del art. 26 de la ley 25.065 (conf. peritaje contable presentado el 25/11/2020).

Pues bien, la sola enunciación de las circunstancias fácticas precedentemente descriptas evidencia un daño en el patrimonio del actor causalmente relacionado al servicio de tarjeta de crédito del que las demandadas son proveedoras, toda vez que los importes de las referidas extracciones fueron cargados en el correspondiente resumen mensual viéndose él obligado a pagarlos luego de serle rechazados sus reclamos, pese a que fue imposible que hubiese sido personalmente el autor de los retiros.

Sentado ello -que determina el cumplimiento de la carga probatoria exigida al actor y aun *prima facie* el haber sido víctima de un fraude- y de acuerdo a lo expuesto en el considerando 3º, pesó sobre las demandadas acreditar el carácter ajeno del daño como causal de eximición de responsabilidad, lo cual, obviamente, está engarzado con el deber genérico de ellas de, además, colaborar con los elementos necesarios para el esclarecimiento de la cuestión discutida en el pleito.

5º) Al respecto, las proveedoras demandadas resistieron la pretensión actora recordando que toda operación de extracción de dinero de un cajero automático requiere de la incorporación de dos elementos diferentes, a saber, por una parte, la introducción de una tarjeta de crédito o débito provista de una banda



magnética y, por otra, la introducción de un código de identificación, contraseña personal o PIN (personal identification number) elegido por el propio titular de la tarjeta. Sobre tal base, adujeron que aún las maniobras de terceros requieren de la incorporación simultánea de los dos elementos indicados por lo que, para que ello sea posible, ese tercero debe haberlos obtenido, voluntaria o involuntariamente, del propio usuario, sin que en ningún caso quede este último relevado de la obligación que tiene de resguardar a ambos (fs. 72 y vta. y 178 y vta.; punto III.2.c. de la expresión de agravios del banco demandado; y cap. III.1 del memorial de First Data Cono Sur S.R.L.).

Bien se aprecia, las demandadas invocaron la culpa del propio actor como causa ajena para eximirse de la responsabilidad endilgada, extremo que -desde ya vale adelantarlo- conduce a un examen circunstanciado de la cuestión que tome en cuenta las condiciones del propio consumidor y las del objeto relativo a la relación, como asimismo el riesgo empresario (conf. Chamatrópulos, A., ob. cit., t. II, p. 102; Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R., *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada*, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 515/516).

Resulta claro que el titular de la tarjeta de crédito -o débito- debe custodiar y conservar en forma adecuada dicho instrumento, así como preservar el número de identificación personal o PIN (conf. Mariño López, A., ob. cit., p. 114, texto y doctrina citada en nota n° 219; CNCom., Sala A, 4/5/2006, “Banco Río de la Plata S.A. c/ Albarito, Eduardo s/ ordinario”), y que esos deberes cesan solamente con la denuncia por el usuario de la pérdida de la tarjeta por extravío, robo o hurto (conf. CNCom., Sala C, 12/3/2010, “Katz, Alberto c/ Lloyds TSB Bank s/ ordinario”). Por ello, la omisión de denuncia impide hablar de una "desviación de responsabilidad" hacia el usuario, sobre la cual pueda aquél apoyar reclamo alguno contra las proveedoras del servicio (conf. CNCom., Sala D, 20/10/2003, “Aguilera, Adolfo M. c/ Bank Boston Nacional Association y otro s/ sumario”; CNCom., Sala D, 26/2/2002, “Marte, Daniel Roberto c/ Banco Quilmes S.A y otro s/ ordinario”). Es que la omisión de denunciar la pérdida de la tarjeta representa una negligencia del usuario y si ella dio ocasión a una defraudación, es él quien debe cargar con las consecuencias y responsabilidad de las operaciones hechas con la tarjeta hasta el día anterior a aquél en el que,



finalmente, la denuncia tenga lugar (conf. CNCom., Sala B, 17/9/1991, LL 1993-A, p. 563).

Pero hete aquí que el presente caso no responde a una hipótesis de pérdida de la custodia que el señor Pisaturo tenía sobre la tarjeta Mastercard que le fue suministrada, ni de indebida divulgación del PIN, como tampoco de omisión de una tempestiva denuncia por pérdida, robo o hurto.

En efecto, el actor no invocó desposesión alguna del “plástico” respectivo, ni luce acreditado que, como condición previa a su reemplazo (sustitución reconocida en fs. 74), las demandadas le hubieran exigido su devolución después de haberse inhabilitado su uso como consecuencia de la denuncia de las extracciones dinerarias no reconocidas; resistencia que de haberse producido sería demostrativa de una conducta significativamente adversa a la posición del demandante en el contexto de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar con que deben ser evaluados casos como el de autos (conf. Gómez Mendoza, M., *Tarjetas bancarias y cajeros automáticos*, en la obra dirigida por Nieto Carol, U., “Contratos bancarios y parabancarios”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 868). Pero, se insiste, nada de ello ocurrió.

Tampoco surge del expediente prueba alguna -siquiera indiciaria- de la presencia de un caso de connivencia del señor Pisaturo con un tercero orientada a hacer extracciones por cajero automático, mediante la facilitación de la tarjeta implicada o su PIN, que luego serían desconocidas como propias del usuario.

Por último, la lectura de la causa tampoco revela cuestionamiento respecto de la tempestividad de la denuncia del actor sobre el evento.

Así las cosas, todo indica, especialmente a partir de la prueba irrefutable de que el actor estaba en territorio nacional cuando en el extranjero se realizaron los retiros dinerarios, que la maniobra se perpetró sin su consentimiento y con utilización de una tarjeta falsificada para fabricar la cual, bien se ha advertido, no se requiere necesariamente tener la posesión de la tarjeta a falsificar, sino que lo que se necesita para tal acto ilícito es la información sobre los datos de identidad del titular y sobre los de la tarjeta; de donde incluso la falta de diligencia del titular de la tarjeta en la conservación o custodia de ella -extremo no comprobado



en autos- no se infiere en forma ineludible de la existencia de una falsificación suya (conf. Mariño López, A., ob. cit., ps. 198/199).

En este orden de ideas, necesario es observar que la pretensión de una de las demandadas en el sentido de que resultaba a cargo del actor la prueba de “... que el plástico se encontró en su poder durante los días en que se produjeron las extracciones...” (fs. 176 vta.), no puede ser aceptada porque tal pretensión equivale a poner en cabeza del consumidor la prueba de su ajenez al hecho cuando, precisamente, el hecho ajeno es lo que debe acreditar el propio proveedor para eximirse de responsabilidad. A la vez, semejante pretensión es inaceptable porque en sí misma pone en tela de juicio la buena fe del consumidor, lo cual es contrario al hecho de que ella debe presumirse (conf. CNCiv., Sala C, 29/8/1989, “Hijos de Julio Iglesias c/ Nader, Alberto José s/daños y perjuicios”) en todos los ámbitos del derecho (conf. CNCiv., Sala J, 10/12/2009, “C., S. c/ C., J. s/ art. 250 del Código Procesal”). En efecto, presumir la buena fe no es más que una aplicación de la presunción de probidad de la conducta de los particulares, que se proyecta como directiva general de todo el derecho (conf. CNCiv., Sala B, 21/5/1987, ED 121-375) y es obvio que no basta con la introducción de cualquier incertidumbre sobre la culpabilidad o buena fe del consumidor, sino que es el proveedor quien debe arbitrar los medios para demostrar que no ha procedido con arreglo a derecho (arg. art. 53 de la ley 24.240).

En suma, de acuerdo a lo expuesto, las demandadas no han acreditado la culpa del actor como causal exculpatoria de la responsabilidad “objetiva” que por el daño causado les atribuye el art. 40 de la ley 24.240.

6°) Sin perjuicio de anterior, todavía es menester señalar lo siguiente como argumentos corroborantes de la apuntada responsabilidad y de la solidaridad que en el pago de la condena debe pesar sobre ambas demandadas.

(a) El empleo de cajeros automáticos que permiten al cliente interactuar con sistemas electrónicos genera riesgos específicos que deben asumir, como principio, quienes los implementan y se benefician con tales modalidades de operatoria bancaria (conf. CNCom., Sala E, 30/6/2010, “Ciarfaglia, Nicolás L. c/ Citibank NA s/ ordinario”).



En ese contexto, no surge que las demandadas hayan producido prueba idónea que en consonancia con los avances tecnológicos alcanzados, demuestren la aptitud, idoneidad y uniformidad de ajuste con las normas de seguridad y el control de calidad que debe observar cualquier empresa que lanza al mercado un producto susceptible de ser duplicado, reproducido o falsificado, ya que la conducta de ambas debe apreciarse conforme al estándar de responsabilidad agravada exigible del profesional titular de un emprendimiento con alto nivel de especialización. En definitiva, las pruebas aportadas no permiten extraer conclusiones referidas a que las demandadas han adoptado medidas para evitar la emisión y circulación de tarjetas falsas, fenómeno cuyo incremento es de público conocimiento (conf. CNCom., Sala A, 12/12/2003, “Miller, Jorge y otros c/ Visa Argentina S.A.”).

(b) Con clara intención de obtener su propia absolución, el banco demandado trasladó a First Data Cono Sur S.R.L. la incumbencia relativa a la determinación de un fraude en las operaciones denunciadas y, por ello, se declaró ajena al resultado negativo de la investigación que desembocó en el rechazo de los reclamos del actor (fs. 71 vta., 74 y vta., y punto III.2.b. de su expresión de agravios). De su lado, First Data Cono Sur S.R.L., con igual intención absolutoria, sostuvo que cualquier responsabilidad debía atribuirse a Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. en tanto integrante de la red de ATM a través de la cual funcionaban los cajeros automáticos y, por tanto, deudora de una obligación de seguridad (fs. 176 vta.; y cap. III.1 del memorial de dicha administradora).

Como ya lo ha advertido la jurisprudencia de esta alzada mercantil, resulta impropio que codemandadas como las de autos pretendan eludir su responsabilidad atribuyéndosela mutuamente entre sí. En tal sentido cabe precisar que cada uno de los sujetos debe cumplir su propio rol, no siendo posible admitir que sus operadores lo desnaturalicen tratando de establecer compartimentos estancos cuando ello afecta al usuario. Cada uno de los componentes tiene una participación o rol concreto y diverso, lo que evidencia la posibilidad de existencia de derechos disímiles para cada sujeto según la situación factico-jurídica que a su respecto se presenta. Quienes son

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

profesionales del rubro deben asumir sus obligaciones claramente, y para eludir su responsabilidad no pueden escudarse en procedimientos complejos o de apariencia diversa de la que corresponde, ya que el cliente necesariamente quedará sin defensa y deberá ser protegido por ser la parte débil de la relación (conf. CNCom., Sala B, 18/5/2005, "Pérez, Luis c/ Citibank NA s/ ordinario"; íd., Sala E, 5/8/2009, "Negra, Elsa c/ Banco Itaú Buen Aire S.A. s/ ordinario").

De ahí que, frente al consumidor ajeno a las relaciones internas entre los sujetos mencionados por el art. 40 de la ley 24.240, la responsabilidad entre ellos sea solidaria como lo precisa esa norma.

7º) Aunque lo expuesto precedentemente con principal sustento en la jurisprudencia de esta alzada mercantil bastaría para propiciar la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto al fondo del asunto, no parece inapropiado traer a colación los concordantes alcances interpretativos que surgen de la jurisprudencia española sobre la misma materia aquí examinada. La doctrina de los precedentes respectivos, lo aclaro, debe también entenderse como fundamentos propios del presente voto.

En tal sentido, la jurisprudencia ibérica ha advertido sobre la existencia de un riesgo calificable como "fuga del sistema" en cuanto a la sustracción de las tarjetas tanto de crédito como de débito y el uso fraudulento de las mismas por parte de terceras personas, ajenas a la relación contractual bancaria que acceden en muchos casos a tales instrumentos y la información secreta de los mismos como sus claves por medio de técnicas sofisticadas. Por ello, las consecuencias perjudiciales que pueden derivar de tal riesgo, a no ser que el perjuicio causado sea imputable al titular de la tarjeta, en principio han de ser asumidas por las identidades bancarias pues son ellas la parte fuerte o dominante del contrato bancario pertinente, las generadoras de la fuente del riesgo dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el contrato de adhesión y por último porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad, ya que son las que también han configurado los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad (conf. 7/12/2002, Audiencia Provincial de Madrid; 18/3/2002, Audiencia Provincial de Asturias;



27/12/2004, Audiencia Provincial de Tarragona; 25/11/2011, Audiencia Provincial de Madrid; 25/7/2019, Audiencia Provincial de Navarra, recurso n° 611/2018).

En ese orden de ideas, es claro que el titular de la tarjeta tiene a su cargo obligaciones concretas (conservación correcta de la tarjeta; mantenimiento en secreto el PIN; no anotación del PIN en la tarjeta ni en documento que se lleve o transporte junto a dicha tarjeta; y notificar de forma inmediata la pérdida, robo o falsificación de la tarjeta o el conocimiento por otras personas contra su voluntad del número de identificación personal). Y no menos claro que lo anterior es que, de su lado, la entidad bancaria se obliga a mantener secreto el PIN y anular las tarjetas caducadas y denunciadas (conf. 17/5/2006, Audiencia Provincial de Valencia, recurso n° 238/2006; 25/7/2019, Audiencia Provincial de Navarra, recurso n° 611/2018).

Pero -advierten los fallos españoles- la diligencia en el cumplimiento de las diferentes obligaciones antes enumeradas no puede tener el mismo rasero, pues el cliente solo responderá cuando incurra en culpa grave, mientras que la diligencia de la entidad bancaria es la exigible a un profesional, dado que es ella la que confecciona el sistema y dispone los cajeros, su diseño y medidas de seguridad, encontrándose por ende en mayor mejor posición para corregir los fallos que se producen (conf. 1/7/1999, Audiencia Provincial de Toledo; 6/10/2004, Audiencia Provincial de Madrid; 11/2/2019, Audiencia Provincial de Alicante, recurso n° 938/2018; 21/5/2020, Audiencia Provincial de Castelló, recurso n° 26/2019).

En consecuencia, en caso de constatarse operaciones no autorizadas y obtenidas de forma ilícita, el titular de la tarjeta será responsable del uso negligente o falta del deber de diligencia en las obligaciones de custodia y secreto, pero fuera de ello el riesgo técnico debe ser asumido por la parte fuerte contratante y que impulsa el sistema (conf. 29/9/2004, Audiencia Provincial Murcia; 17/5/2006, Audiencia Provincial de Valencia, recurso n° 238/2006). Es en tal marco, precisamente, que corresponde a la entidad bancaria acreditar que el cliente ha sido negligente o no ha tenido la diligencia exigible en la conservación de la tarjeta o en guardar secreto del PIN (conf. 1/7/1999, Audiencia Provincial

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

Toledo; 23/7/2002, Audiencia Provincial de Málaga; 6/10/2004, Audiencia de Madrid; 30/3/2007, Audiencia Provincial de Alicante, recurso n° 242/2007; 25/7/2019, Audiencia Provincial de Navarra, recurso n° 611/2018).

Mas en situaciones análogas a la de autos, la jurisprudencia española ha destacado particularmente que aun si no existe prueba directa del modo, lugar y tiempo en que la tarjeta fue duplicada o se obtuvo la información del PIN para su uso, el cliente consumidor no puede ser responsabilizado si resulta supuesta su duplicación pues las disposiciones monetarias por cajero acaecieron todas en un lugar donde no se encontraba aquél, al par tampoco se acreditó la pérdida, sustracción hurto o robo, de la tarjeta original, ni hay prueba alguna de que haya sido negligente en la conservación de ella y en el mantenimiento del secreto del PIN (conf. 17/5/2006, Audiencia Provincial de Valencia, recurso n° 238/2006; 24/10/2006, Audiencia Provincial de Barcelona, recurso n° 487/2006; 21/5/2020, Audiencia Provincial de Castelló, recurso n° 26/2019).

Por lo demás, el dato de que la tarjeta haya sido utilizada por una tercera persona para la obtención ilícita de numerario, no equivale ni es sinónimo de la falta de diligencia del consumidor, pues resulta irrefutable que el sistema de seguridad no es perfecto, siendo conocido, en tal sentido, el empleo de diversos mecanismos y artilugios para obtener la información técnica duplicada en los propios cajeros (bocas simuladas, cámaras microscópicas etc.) sin que ello pueda ser advertido por aquél y sí, en cambio, por las entidades bancarias, profesionales del sector y sobradamente conocedoras de las técnicas ilícitas desplegadas sobre cajeros automáticos para tales finalidades. En ese escenario, presumir que aún operada la apropiación ilícita de la clave secreta por tercero a través de esos medios "tecnológicos" existe falta de diligencia del cliente consumidor, resulta desproporcionado e injusto el imponerle en tal situación una sanción cuando resulta completamente ajeno a tal proceder y gravarle con una carga probatoria claramente perjudicial, por cuanto es la entidad bancaria quien en tal tesitura debe demostrar esa falta de cuidado en el mantenimiento del secreto del PIN pues caso contrario se concluye la exoneración de todo riesgo al Banco por usos fraudulentos de la tarjeta de crédito en los que nula incidencia tiene el



comportamiento del usuario (conf. 17/5/2006, Audiencia Provincial de Valencia, recurso n° 238/2006).

8°) Lo expuesto y concluido hasta aquí conduce a rechazar los agravios de las demandadas relacionados con el aspecto central de la contienda y habilita, en consecuencia, el examen de los capítulos resarcitorios.

Con relación al daño patrimonial, el banco demandado solo afirma su improcedencia como consecuencia de la revocación del fallo apelado en cuanto al fondo del asunto (agravio segundo). Habida cuenta que esta última premisa no se cumple, nada corresponde decidir sobre el rubro indicado, cuyo monto por lo demás no luce cuestionado en subsidio.

Pasando a la consideración del daño moral, las dos demandadas se agravian por su admisión y, subsidiariamente, por su cuantía al considerarla excesiva y mayor a la suma reclamada en la demanda (tercer agravio de Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y segundo del memorial de First Data Cono Sur S.R.L.).

A mi modo de ver, la procedencia del resarcimiento por daño moral parece indiscutible ni bien se pondera que no otra cosa que disgusto y desazón debió provocarle la escueta, ramplona y, acaso, necia respuesta que tuvieron sus varios reclamos. En efecto, pese a que el señor Pisaturo desconoció las extracciones dinerarias por una razón de evidente peso persuasivo (haberse encontrado a miles de kilómetros de distancia del lugar en que se hicieron fraudulentos retiros), obtuvo como toda respuesta la afirmación de haber sido “... *correcto el acceso a la terminal y la inexistencia de inconvenientes operativos para los movimientos...*” (fs. 166), tras lo cual se vio obligado a pagar los cargos económicos correspondientes para evitarse un mayor daño como es la suspensión del servicio de la tarjeta Mastercard. Todo ello, indudablemente, fue claramente contrario a la atención y trato digno de que era acreedor el demandante (art. 1097, CCyC), pues es evidente que frente a planteos razonables del consumidor, no debe ningún proveedor proceder con respuestas inconsistentes, alejadas de la realidad de las cosas.

Lo anterior es demostrativo de que la lesión moral no requiere en el caso de prueba específica pues surge *in re ipsa*, es decir, que se aprecia

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

inmediatamente de los hechos (conf. CNCom., Sala C, 30/7/2013, “Vittori, Silvio A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ ordinario”, voto del juez Garibotto y sus citas).

Teniendo ello en cuenta, así como el carácter exclusivamente resarcitorio del daño moral, descartando que tenga -siquiera parcialmente- finalidad punitiva o sancionatoria del deudor (conf. CSJN, Fallos 311:1018; 316:2894; 318:1598; 321:1117; 325:1156; 326:847; 327:5991; 328:4175; 329:2688; 329:3403; 329:4944; 330:563; etc.), juzgo que el resarcimiento acordado de \$ 50.000 fijado en la instancia anterior no luce excesivo sino, antes bien, prudente (art. 165, tercer párrafo, del Código Procesal).

Por ello, y advirtiendo además que lo decidido en la instancia anterior no ha afectado el principio de congruencia procesal, toda vez que el reclamo cuantitativo del daño moral se sujetó a la fórmula “...lo que en más o en menos...” (fs. 31), caso en el cual es viable condenar a una suma mayor que la estimada (conf. Fenochietto, E. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1883, t. 2, p.156, texto y jurisprud. cit. en nota n° 44), propondré al acuerdo desestimar los agravios de las demandadas referentes a la procedencia y cuantía del indicado perjuicio extrapatrimonial.

9°) Sostiene el banco demandado -dando ello lugar a su cuarto agravio- ser improcedente la condena al pago de intereses a calcularse sobre el monto admitido en concepto de daño moral y, subsidiariamente, solicita la reducción de la tasa empleada en el entendimiento de que el resarcimiento respectivo fue fijado a valores vigentes al tiempo del pronunciamiento de primera instancia.

La lectura del fallo apelado no evidencia que el monto asignado al daño moral fuese expresivo de valores del momento de su dictado. Antes bien, la referencia de la juez *a quo* en orden a que, habiéndose reclamado \$ 30.000, condenaba al pago de \$ 50.000 porque así lo permitía la recordada fórmula “...lo que en más o en menos...”, es indicativo de que los valores tenidos en cuenta fueron aquellos corrientes al momento de promoverse la demanda.

De tal suerte, contrariamente a lo que se postula en el memorial, la aplicación de la tasa activa de uso en el fuero al citado capital no determina



ningún resultado económico excesivo, pues ella atiende a la conservación de un valor fijado a una época pretérita y no actual.

En tales condiciones y no habiendo queja sobre la fecha de iniciación del devengo de los accesorios, la crítica de que se trata no merece acogida.

10º) La sentencia de primera instancia rechazó imponer al banco demandado y a First Data Cono Sur S.R.L., en forma solidaria, una multa civil en concepto de daño punitivo con fundamento en lo dispuesto por el art. 52 bis de la ley 24.240.

La decisión motiva el único agravio del actor.

Esta Sala ha destacado en varias ocasiones (causas "Castañon Alfredo José c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario", sentencia del 9/4/2012; "Errico, Néstor Omar y otro c/ Galeno S.A. s/ ordinario", sentencia del 28/6/2012; "Liberatore, Lydia c/ Banco Saenz S.A. s/ ordinario", sentencia del 31/8/2012; "Quiroga Lavie, Humberto c/ Standard Bank Argentina S.A. s/ ordinario", sentencia del 4/2/2013; entre muchas otras), que la aplicación de la multa civil de que se trata tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de particular gravedad (CNCom., Sala A, 9/11/2010, "Emagny S.A. c/ Got SRL y otro s/ ordinario"; Stiglitz, R. y Pizarro, R., *Reformas a la ley de defensa del consumidor*, LL 2009-B, p. 949; Nallar, F., *Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes*, LL 2009-D, p. 96; Brun, C., *Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, DJ 2008-II, p. 369; Furlotti, S., *Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 de la ley 24.240*, LL Gran Cuyo 2010, octubre, p. 819), en los que el sujeto hubiera actuado con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones "legales o contractuales con el consumidor" mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos (conf. Trigo Represas F., *La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor*, LL del 3/5/2010; Colombes, F., *Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor*, LL 2008-E, p. 1159; Rua, A., *El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor*, LL 31/7/2009; Elías, A., *Daño punitivo: derecho*

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

y economía en la defensa del consumidor, en la obra de Ariza, A. [coordinador], “La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.631”, Buenos Aires, 2009, p. 141, espec. p. 153; Picasso S. y Vázquez Ferreyra R., ob. cit., t. I, p. 625 y sus citas).

Las consideraciones precedentemente expuestas, en tanto remiten a la exigibilidad de dolo o culpa grave, parecerían indicar, en una primera lectura, que en materia de responsabilidad contractual la aplicación de la multa prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240 solamente tendría cabida en los supuestos en que aquella tuviese base subjetiva y que, por el contrario, no podría ella justificarse en hipótesis como la de autos de responsabilidad contractual objetiva según lo dispuesto por el citado art. 40 de la ley 24.240, en los que se prescinde de la idea de dolo o culpa como factor de atribución.

Esa primera lectura, empero, no sería correcta.

Es que, en los casos de responsabilidad contractual objetiva, el desplazamiento o prescindencia del factor subjetivo de imputación (dolo o culpa) se justifica, no porque tal factor no exista, sino porque en tal tipo de obligaciones carece de interés y queda fuera de la cuestión en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo concreto, determinado (conf. Trigo Represas, F. y López Mesa, M., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 2005, t. II, ps. 146/147; Picasso, S. y Sáenz, L., *Tratado de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 523; Molina Sandoval, C., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2020, ps. P. 268, nº 130). En otras palabras, aunque existan conductas subjetivamente culpables (vgr. en el caso no haber suministrado los servicios que ofrece con total seguridad para el cliente), o incluso si ellas no existieran, la responsabilidad nace de modo objetivo a partir de la no obtención del resultado prometido, esto es, con la simple verificación del incumplimiento y con abstracción de que el obligado haya obrado con culpa o sin ella, sin que incluso exista posibilidad de demostrar la no culpa (conf. Bueres, A, *El acto ilícito*, Buenos Aires, 1986, p. 59; Pizarro, D. y Vallespinos, C., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 601; Lorenzetti, R., *Tratado de los Contratos – Parte General*, Buenos Aires - Santa Fe, 2004, p. 613). Mas semejante desplazamiento o prescindencia del factor subjetivo tiene sentido y se justifica pura y



exclusivamente a los efectos de fijar la imputación objetiva del incumplimiento en cabeza del obligado a la prestación de resultado y al solo fin de establecer, en el marco de su responsabilidad contractual, el deber resarcitorio que le compete, pero no a otros efectos jurídicos distintos a este último que se gobiernan por pautas o presupuestos diversos, tal como ocurre con la aplicación de la multa prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240.

De ahí que correctamente se haya podido afirmar que los supuestos de responsabilidad contractual objetiva vinculados a obligaciones de seguridad o resultado, exigen en cuanto a la aplicación de la multa del art. 52 bis de la ley 24.240 un reproche de tipo subjetivo (conf. O'Reilly, M., *La obligación de seguridad bancaria. Cajas de seguridad. Seguridad en la información*, en la obra de Kabas de Martorell, M., “*Tratado de Derecho Bancario*”, Santa Fe, 2012, t. III, p. 37, espec. p. 86).

En el caso, el actor invocó al demandar la presencia de un abuso malicioso de posición de las demandadas por obligarlo a abonar una suma que no adeudaba, toda vez que era imposible que haya sido él quien hiciera las extracciones cuestionadas (fs. 30 vta.).

Pues bien, en la medida que la situación fáctica invocada por el actor era y se demostró como real y que, frente a ella, las proveedoras accionadas se comportaron del modo ya explicitado en el considerando 8º, no es inapropiado concluir, desde la distinta perspectiva ahora abordada, que actuaron con indudable “*indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724 “*in fine*” del Código Civil y Comercial de la Nación), esto es, con dolo eventual (conf. Picasso, S. y Sáenz, L., ob. cit., t. I, p. 542), cabiendo observar que en la malicia denunciada en la demanda subyace precisamente una atribución de conducta dolosa (conf. Alterini, J, *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, Buenos Aires. 2015, t. VIII, p. 105, opinión del director y del coordinador).

Es que efectivamente la conducta de las aludidas demandadas ha tenido la connotación indicada ponderando que no dieron una explicación plausible, adecuada y consistente con los reclamos del actor fundados, nada más y nada menos, que en una inexistencia de autoría basada en una imposibilidad situacional. Se apoyaron indolentemente en un vacuo tecnicismo (correcto el



acceso al cajero e inexistencia de inconvenientes operativos para los movimientos) completamente ajeno a las circunstancias fácticas invocadas por el consumidor, despreciándolas.

Ello muestra un comportamiento, como se ha dicho, indiferente al interés del actor seriamente planteado por él, lo cual es inadmisibles a la luz de la responsabilidad profesional implicada (conf. Spanghero, M., *El daño punitivo como sanción a las malas prácticas bancarias*, DCCyE, año 1, n° 2, noviembre 2010, p. 73 y ss.).

Así pues, corresponde modificar el fallo apelado aceptando la procedencia de la multa peticionada.

La cuantía de la sanción prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, no puede ser sino prudencial y fundarse, como lo expresa esa norma, en una graduación que tenga en cuenta “...la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...”.

En ese orden de ideas, debe tenerse en consideración no sólo los hechos que justificaron la demanda, sino también aspectos tales como el tipo de producto o servicio implicado; la naturaleza de la alteración sufrida; la reprochabilidad de la conducta y la situación económica del sujeto multado; la indiferencia de este último frente a los reclamos del consumidor; si se trata o no de hechos reiterados; la ganancia obtenida por el responsable; etc. (conf. Molina Sandoval, C. y Pizarro, R., *Los daños punitivos en el derecho argentino*, DCCyE, año 1, n° 1, setiembre 2010, p. 65, cap. VI; Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R., ob. cit., t. I, p. 627; Tinti, G. y Roitman, H., *Daño punitivo*, RDPC, t. 2012-1 [Eficacia de los derechos de los consumidores], ps. 218/219; Ghersi, C. y Weingarten, C., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 638); todo ello apreciado con un criterio severo a fin de que la multa de que se trata no sea la vía para provocar un enriquecimiento injusto del consumidor (conf. Elías, A., ob. cit., p. 154).

Pues bien, ponderando los elementos de juicio obrantes en autos en cuanto son pertinentes, la presencia de antecedentes que involucran a los mismos demandados (conf. CNCom., Sala D, 1/6/2021, “Olivera, María Anabel c/



Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y otros s/ ordinario”) y de conformidad con lo propiciado por el dictamen del Ministerio Público Fiscal, considero prudente que la multa se fije en la suma de \$ 100.000 (art. 165, tercer párrafo, del Código Procesal).

11º) El último agravio de First Data Cono Sur S.R.L. se refiere al curso de las costas, que en la instancia anterior fueron impuestas tanto a esa parte como al banco demandado.

Anticipo el rechazo de la queja.

Como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales y como lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (conf. Chiovenda, G., *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1925, t. II, p. 404; Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 472).

Este criterio ha sido adoptado también, como principio, en la ley procesal vigente (art. 68 del Código Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1989, t. 3, p. 85), lo que implica que el peso de las costas debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente (conf. Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 266, n° 623).

Teniendo ello en consideración, juzgo que las costas de la instancia anterior deben quedar a cargo de las demandadas, tal como lo decidió la sentencia apelada por haber sido completamente vencidas.

12º) En cuanto a las costas de alzada, las demandadas habrán de hacerse cargo solidariamente de las devengadas en el recurso del actor, y cada una cargará, además, con las del propio recurso (cit. art. 68 de la ley de rito).

13º) Por lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia en lo que fue materia de apelación, modificándosela exclusivamente en cuanto a la multa contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240, con el efecto de quedar ella admitida por la suma de \$ 100.000. Las costas de alzada habrán de correr del modo indicado en el considerando 12º.

Así voto.

Fecha de firma: 01/09/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#32050738#339774396#20220901100800230

Los Señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Garibotto, adhieren al voto que antecede.

14°) Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

I) Confirmar la sentencia en lo que fue materia de apelación, modificándosela exclusivamente en cuanto a la multa contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240, con el efecto de quedar ella admitida por la suma de \$ 100.000.

II) Disponer que las costas de alzada corran del modo indicado en el considerando 12°.

III) Diferir la fijación de los emolumentos de segunda instancia para cuando esté determinada la base regulatoria y cuantificados los honorarios devengados en la instancia anterior.

Notifíquese electrónicamente.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas n° 15/2013 y 24/2013), devuélvase el expediente físico y remítase su soporte digital -a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico- al Juzgado de origen. Agréguese copia certificada de lo resuelto.

Pablo D. Heredia

Juan R. Garibotto

Gerardo G. Vassallo

Horacio Piatti

Secretario de Cámara

