

interviniente Jorge Maximiliano Maldonado en la suma de pesos un mil doscientos setenta y nueve con sesenta y tres centavos (\$ 1.279,23 - 11 jus).-**PROTOCOLICESE...**" Fdo: Clara María Cordeiro -juez-.

Seguidamente el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión: ¿Procede el recurso de apelación de la actora?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

Conforme el sorteo oportunamente realizado los Señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dr. Raúl Eduardo Fernández; Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás y Dra. Cristina E. González de la Vega.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL DR. RAUL E. FERNANDEZ, DIJO:

I. Contra la sentencia cuya parte resolutive se transcribe más arriba, apeló la accionante, quien expresó agravios en esta sede, los que fueron respondidos por la contraria. Dictaminó el señor Fiscal de Cámaras, y dictado el decreto de autos, quedó firme, por lo que la causa fue pasada a resolución.

II. La actora dice haber retirado de un cajero perteneciente a Citibank, la suma de \$ 200, el 17 de septiembre de 2008. Posteriormente, el 26 del mismo mes y año se dispuso a realizar un nuevo retiro, en un cajero ubicado en el centro de Córdoba, oportunidad en la cual se dio con que el dinero depositado no se encontraba.

**CÁMARA 4° DE APELACIONES CIVIL Y
COMERCIAL CÓRDOBA
PROTOCOLO DE SENTENCIAS**

TOMO:.....I.....

FOLIO:.....

SECRETARÍA: Sonia Sánchez de Jaeggi

Apersonada en el Banco de Córdoba (emisor de la tarjeta de débito) el 29 del mismo mes y año, le informaron de la existencia de varias extracciones realizadas, por un total de \$ 1.300, por terceros extraños.-----

Por ello demandó por la suma antes mencionada con más daño moral.-----

La señora Juez de primer grado rechazó la demanda, porque se trata de un cajero automático que funciona introduciendo la tarjeta y luego quitándola, para posteriormente asentar las instrucciones de extracción, consulta de saldo, etc., pero que requiere de una última operación, cual es el "cierre" de la operación, lo que no aconteció en autos. De tal modo, pese al sistema objetivo de responsabilidad, la negligencia de la actora fue -para la sentenciante- el factor determinante del daño sufrido por la accionante.-----

III. Como se trata de un contrato bancario, en el que la entidad financiera es proveedora del servicio, y la actora es persona física que utiliza tal servicio para su consumo o de su grupo familiar, es dable afirmar que se trata de una relación de consumo (Conf. Jabif, Hernán Matías - Patore, Augusto Omar "Relación de consumo: los cajeros automáticos, DJ 2007-II 1037).-----

Bajo ese prisma, el señor Fiscal de Cámara recuerda la opinión de Demetrio Alejandro Chamatropulos ("El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos" RCyS 2010-IX, 95) conforme la cual existe un deber de seguridad del banco, para con su cliente.----

Es que, habiéndose sustituido el sistema de retiro de dinero por medio del cajero "humano" por el de los cajeros "automáticos", la entidad debe otorgar al cliente la misma seguridad que existe si la operación se hubiera hecho a través del primero. -----

De tal modo, y existiendo una obligación de seguridad, que impone responsabilidad objetiva, corresponde a la demandada la prueba de la ruptura del nexo de causalidad, esto es, la "negligencia" que se le atribuye a la actora en la sentencia de primer grado. -----

Las testimoniales rendidas (fs. 155 y 157) dejan ver que es posible que el cajero solicite al cliente el cierre de la operación. Sin embargo la pericial rendida arroja un resultado totalmente distinto: el perito constituido en el lugar, constató que "luego de realizar la operación el software del cajero automático cierra automáticamente la sesión del cliente" (respuesta a la pregunta, a, fs. 183) y "por la forma de operar que tienen estos cajeros, luego de realizar cualquier acción (extracción, consulta, etc.) el software cierra la sesión del cliente automáticamente" (respuesta a la pregunta f, fs. 183).-----

La preeminencia de la prueba técnica es innegable, por lo que debe acordarse mayor relevancia a la misma por sobre las declaraciones testimoniales (art. 283 C.P.C.).-----

De lo dicho se sigue que si, al tiempo de la extracción de la actora, el cajero no finalizó automáticamente la sesión, permitiendo que se realizaran extracciones posteriores, es

**CÁMARA 4° DE APELACIONES CIVIL Y
COMERCIAL CÓRDOBA
PROTOCOLO DE SENTENCIAS**

TOMO:.....I.....

FOLIO:.....

SECRETARÍA: Sonia Sánchez de Jaeggi

porque no funcionaba correctamente, cuestión esta última sólo imputable a quien ofrece el servicio, esto es, el banco.-----

El acta de constatación labrada por la Escribana Ema Carioni de Bertaina, el 12 de septiembre de 2008, a instancia del señor Román Alberto Costa (quien fue víctima de una maniobra similar a la de la actora), es conteste con el mal funcionamiento de uno de los cajeros, pues mientras el otro cierra automáticamente la sesión, el segundo no lo hace. (fs. 120/121).-----

Voto por la afirmativa.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO:-----

Adhiero a los fundamentos y conclusiones a los que arriba el Señor Vocal preopinante, en consecuencia voto en idéntico sentido.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DR. CRISTINA ESTELA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO:-----

Adhiero a los fundamentos y conclusiones a los que arriba el Señor Vocal preopinante, en consecuencia voto en idéntico sentido.-----

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. RAUL E. FERNANDEZ DIJO:-----

I. Corresponde acoger la apelación y revocar la sentencia apelada.-----

El cajero automático pertenece al Citibank, el cual es claramente responsable del daño acaecido, por ser titular del cajero que funcionó deficientemente. A ello se agrega que

debiendo hacerlo (art. 37 Ley 24.240 ref. por ley 26.361) no adjuntó prueba que demuestre que fue la actora quien efectuó los retiros. Adviértase que el sistema debe contar con un sistema de video grabación que permita identificar a las personas que realizan las operaciones en cada uno de los cajeros (Comunicación A 2985 BCRA, del 114.9.99).-----

También es responsable el Banco de la Provincia de Córdoba, pues no es correcto sostener su ajenidad por el solo hecho de que el cajero no le pertenezca, ni integre la "Red Link".-----

Si a través del mismo es posible realizar operaciones relativas a cuentas del Banco de Córdoba, es claro que ésta entidad financiera debió precaverse de que los demás cajeros que, aunque no pertenezcan a la mentada red, funcionen correctamente. Se trata de responder ante el aprovechamiento de un servicio prestado a través de un cajero de un tercero.-----

Cabe recordar que "...el problema es resuelto en el derecho comparado con una análoga orientación. En tal sentido, en España es criterio cada vez más extendido el que amplía la responsabilidad del banco en materia de prueba. Es decir, recae sobre el banco la prueba de las disposiciones a través del cajero. Así, una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 18 de enero de 1993 (AC 1993/35) dispuso hacer recaer la carga de la prueba sobre el banco emisor, que es quien controla o debe controlar el funcionamiento de los cajeros, y quien tiene en sus manos el tratamiento de todos los datos. Por su parte, una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo del 27 de junio de 1992, llegó a la conclusión aplicando la ley de

**CÁMARA 4º DE APELACIONES CIVIL Y
COMERCIAL CÓRDOBA**

PROTOCOLO DE SENTENCIAS

TOMO:.....I.....

FOLIO:.....

SECRETARÍA: Sonia Sánchez de Jaeggi

defensa al consumidor española, de que es la entidad bancaria la responsable de los defectos, errores o averías causados por los mecanismos automáticos de que disponen sus clientes para realizar operaciones de ingreso o extracción, siempre que no se pruebe que tales defectos, errores o averías fueron provocados por éstos, de suerte que, en esas condiciones, incumbe al banco la prueba de la culpa, dolo o de la mala fe del cliente, nada de lo cual puede ser presumido. Y si bien existe algún fallo de sentido contrario (Audiencia Provincial de Ciudad Real, del 20/5/93), este último ha sido fuertemente criticado, y la tendencia jurisprudencial más asentada es, según lo destaca la doctrina especializada, exigir responsabilidad al banco, que cada día necesita invertir más en dar mayor seguridad a los sistemas, pues también las posibilidades de fraude avanzan con los progresos tecnológicos y se hacen más sofisticadas. Asimismo, la misma doctrina especializada recuerda que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha resuelto que la "responsabilidad objetiva por fallos del sistema, debe ser asumida por quien lo implanta y no por quien lo utiliza" (conf. Nieto Carol, U., Contratos bancarios y parabancarios, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, ps. 883/884; Sequeira, A., Gadea, E. y Sacristán, F., La contratación bancaria, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 472/473). "-----"

"Cabe observar, en fin, que el recordado fallo de la Audiencia Provincial de Oviedo del 27 de junio de 1992 ha sido difundido y comentado entre nosotros por un destacado autor nacional, quien señala que sus conclusiones, especialmente en punto a la carga probatoria que pesa sobre la entidad bancaria,

son perfectamente aplicables en el marco de la ley 24.240 (conf. Vázquez Ferreyra, R., Cajeros automáticos y defensa del consumidor, JA 1997-I, p. 791); y que, en los términos indicados, el banco debe responder frente al titular por la no ejecución o ejecución incorrecta de operaciones, incluso cuando la operación se inicie a través de mecanismos electrónicos que no están bajo el control directo y exclusivo del emisor, es decir, incluso cuando el cajero sea de otro banco, pero asociado al sistema (conf. Nieto Carol, U., ob. cit., loc. cit.)." (CNCom, Sala D, in re "Zappettini, Raúl M. v. Banelco S.A." del 11.8.09, Actualidad Jurídica n° 177, pág... y la nota al mismo fallo de Moeremans, Daniel E. "Responsabilidad contractual por daños producidos en la utilización de cajeros automáticos", RDCyO, Vol. 2010-A (43), pág. 156 y sgts.).-----

II. Establecido lo anterior, cabe destacar que la actora reclama dos rubros: el reembolso de la suma extraída (\$ 1.300) y el daño moral padecido, que estima en la suma de \$ 10.000.-----

El primer rubro es procedente, pues se trata de restablecer la situación patrimonial de la actora, existente antes de las indebidas extracciones, por lo que procede la condena por la suma pretendida, con más tasa pasiva promedio que publica el B.C.R.A. con más el 2% nominal mensual.-----

El daño moral también es procedente. No obstante tratarse de responsabilidad contractual, respecto de la cual se restringía la posibilidad del reclamo del daño moral, con asiento en el texto del art. 522 C.C. lo cierto es que tal tesis aparece inaplicable en el caso de autos.-----

**CÁMARA 4° DE APELACIONES CIVIL Y
COMERCIAL CÓRDOBA
PROTOCOLO DE SENTENCIAS**

TOMO:.....I.....

FOLIO:.....

SECRETARÍA: Sonia Sánchez de Jaeggi

Se produjo una modificación disvaliosa del espíritu de la actora, al pretender retirar la suma que estimaba existía en su caja de ahorro, y encontrarse con que la misma había sido extraída por terceros extraños.-----

Como lo recordé en otra oportunidad "... tengo en cuenta que no es precisa la demostración de cómo ha influido en el ánimo de los locatarios la situación en cuestión, porque, aunque pueda predicarse mayor rigurosidad en la recepción del daño moral contractual, de todos modos, en casos como el de autos, se presume in re ipsa. (Pizarro, Ramón Daniel "El daño moral en el incumplimiento contractual" R.D.P.C. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, n° 17, Responsabilidad contractual I, pág. 119 y sgts; del mismo autor; Daño moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 564 y sgts)".-----

En el caso se trata de depósitos correspondientes a sueldo, afirmación no controvertida, de modo que su privación, a causa del mal funcionamiento del cajero, justifica su reconocimiento.-----

El monto reclamado también se presenta como equitativo, dado que al hecho mismo de la sustracción se suman las actitudes asumidas por los codemandados, al ser citados en la Dirección de defensa del consumidor y lealtad comercial (fs. 13 y 14, y fs. 16/16 vta), de negativa de responsabilidad sin fundamentos plausibles. También porque se adecua a situaciones parcialmente analogables, donde se acordó la suma pretendida (Conf. CNCom, Sala A, in re "Daleia, Liliana Marta c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires" del 3.3.11, E.D. 243,426).-----

Por ende, corresponde acoger la demanda y condenar a los demandados a abonar a la actora la suma de pesos once mil trescientos, con más intereses a la tasa pasiva que publica el B.C.R.A. y un plus del 2% nominal mensual, desde la fecha del evento dañoso, hasta su efectivo pago.-----

Las costas de ambas sedes se imponen a los vencidos.-----

Los honorarios de la Dra. Silvia Eroles Antoniale se fijan en los puntos medios de las escalas de los arts. 36 y 40, ley 9459.-----

Así voto. -----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO:-----

Adhiero a los fundamentos y conclusiones a los que arriba el Señor Vocal preopinante, en consecuencia voto en idéntico sentido.-----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DR. CRISTINA ESTELA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO:-----

Adhiero a los fundamentos y conclusiones a los que arriba el Señor Vocal preopinante, en consecuencia voto en idéntico sentido.-----

Por ello,-----

SE RESUELVE:-----

I. Acoger la apelación y revocar la sentencia apelada.-----

II. Hacer lugar a la demanda y condenar a los demandados a abonar a la actora la suma de pesos once mil trescientos, con más intereses a la tasa pasiva que publica el B.C.R.A. y un plus

**CÁMARA 4° DE APELACIONES CIVIL Y
COMERCIAL CÓRDOBA
PROTOCOLO DE SENTENCIAS**

TOMO:.....I.....

FOLIO:.....

SECRETARÍA: Sonia Sánchez de Jaeggi

del 2% nominal mensual, desde la fecha del evento dañoso, hasta su efectivo pago.-----

III. Las costas de ambas sedes se imponen a los vencidos.-----

IV. Los honorarios de la Dra. Silvia Eroles Antoniale se fijan en los puntos medios de las escalas de los arts. 36 y 40, ley 9459.-----

PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER E INCORPÓRESE COPIA.