



DERECHO DE CONSUMO: SUPUESTOS MÁS COMUNES DE DAÑOS DERIVADOS DEL USO DE CAJEROS AUTOMÁTICOS POR PARTE DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS Y BANCARIOS. JURISPRUDENCIA

Por Abg. Alfredo Gustavo QUAGLIA

Sumario

Retención de tarjetas en terminales ATM

Robo en los cajeros o en las inmediaciones de los mismos

Retención de la tarjeta con débito en la cuenta del cliente. El tema de la prueba

No caben dudas de que hoy los clientes de los bancos se han convertido en usuarios y consumidores. Tanto es así que hay una empresa (banco), sistema integrado con el BCRA, y un débil protegido por el marco regulador consumeril.

Las limitaciones del presente son expuestas con claridad y en magnífica síntesis por el maestro Rubén Stiglitz: “Los imperativos de previsibilidad y estabilidad contractual deben acompañarse con las exigencias de equidad, proporcionalidad, coherencia, de lealtad, de colaboración, de protección en la dignidad y solidaridad” ¹

Trabajo elaborado y aprobado en el marco de la Diplomatura de Derecho Privado, promoción 2016, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Champagnat de Mendoza con el auspicio de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

a) Retención de tarjetas en terminales ATM:

Este es uno de los supuestos más comunes que generan daños en los consumidores. El mismo se produce con dispositivos pequeños introducidos en la máquina por quien intenta delinquir, permitiendo retener en el cajero tanto la tarjeta como el dinero cuya extracción se ha solicitado. En este caso, cobra importancia la obligación asumida por el cliente de dar aviso inmediatamente a la entidad de tal situación, con determinadas salvedades interpretadas en cada caso por los jueces. En un fallo² del año 2009, por ejemplo, se argumentaba en favor del consumidor:

* En el caso específico de los daños sufridos por consumidores, la culpa de la víctima no puede apreciarse sobre la base de cotejar su conducta con la que habría tenido un comerciante diligente, sino que, por el contrario, para la construcción de un estándar ideal de comparación debe tenerse en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

* Ha de entenderse que las entidades bancarias, al encontrarse en una posición ventajosa frente al usuario -que es la parte débil de la contratación-, son las que ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para aportar los elementos de prueba necesarios para dirimir un conflicto suscitado con un usuario determinado. Por ello, en base a la teoría de la carga dinámica de la prueba, es criterio cada vez más extendido el que amplía la responsabilidad del banco en materia de prueba, de suerte que a él le incumbe acreditar la culpa, dolo o mala fe del cliente,

¹ Stiglitz, Rubén "Un nuevo orden contractual del Código Civil y Comercial de la Nación" www.nuevo-codigocivil.com. Tanzi Silvia, Aspectos relevantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, p. 11.

² Cám. Apel. en lo Civ. y Com. de Junín (Buenos Aires), "Barni, M.O. c/Banco Río de la Plata SA s/daños y perjuicios por enriquecimiento", Expte. 43.479. 15/10/2009, elDial.com AA5840.



nada de lo cual puede ser presumido, habiéndose resuelto que *“la responsabilidad objetiva por fallos del sistema (en sentido integral no solo informático, agrego) debe ser asumida por quien lo implanta y no por quien lo utiliza”*.

* La gran mayoría de supuestos judiciales (y de los que sin llegar a esa instancia se conocen informalmente) de “cuentos del tío” o instalación de “pescadores” en cajeros, ocurre en fines de semana o días inhábiles, sin que las entidades adopten medidas especiales para esas circunstancias. Vale insistir en que, según la Comunicación “A” 2985 BCRA, las disposiciones fijadas *“revisten el carácter de mínimas quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de las entidades financieras la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los estudios de seguridad que efectúen, con el objeto de asegurar la protección de los valores atesorados en cada cajero automático y de los respectivos usuarios”*. En esas oportunidades se agrava -por no decir imposibilita- el cumplimiento de la obligación del cliente ante la retención de la tarjeta de “comunicar de inmediato” esa situación al banco con el que se opera y al banco administrador del cajero automático” o a la misma red del servicio.

* El sistema *“implica que el titular del dinero, es decir el banco o la institución de crédito, quieren que el dinero sea entregado al que introduzca la tarjeta y señale el número clave secreto, cualquiera sea su identidad, pero también cualquiera sea su legitimación para hacerlo”*. En segundo lugar, que no haya sido personalmente el cliente el que haya intentado realizar la operación sino un familiar por él encomendado, circunstancia relativamente frecuente en el caso de no expedirse tarjetas

adicionales, no desvirtúa la idoneidad causal del desperfecto provocado o aprovechado por un tercero, no contándose con elementos probatorios que revelen una utilización del servicio.

Tanto la empresa emisora como la entidad organizadora y la red de cajeros³ que coloca su marca en la tarjeta de débito, son responsables solidariamente frente al usuario por los daños que le ocasiona su proceder, consistente en colocar en el mercado un sistema ineficaz. Dicho proceder viola la obligación tácita de indemnidad que resulta el factor de atribución de responsabilidad objetivo.

En otras ocasiones, llegándose al mismo resultado delictivo pero utilizando otro método, un tercero se acerca al cliente o usuario para “asesorarlo” sobre la solución de un problema con la utilización de la terminal automática o bien telefónicamente y, con esa excusa, obtiene el número de PIN de boca del damnificado. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado:

“No se probó que la actuación de la reclamante hubiera tenido la entidad para eximir al “Banco Ciudad” de su responsabilidad, aun cuando fuera posible tener por cierto que aquélla reconoció haber revelado el *personal identification number* (PIN), *password* o, clave personal.- Tal conducta no alcanza para liberar a la defensa de su responsabilidad con sustento en la culpa de la víctima, pues como afirmó el pro-

³ Al respecto, se ha sostenido en un pronunciamiento de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios (Provincia de Chubut), que “...la defensa de red Link confunde relación contractual con relación de consumo, cuyos alcances son mucho más extensos, y las obligaciones que de ella se derivan son considerablemente más amplias que las que la defensa sugiere o admite que le corresponden. El operador del sistema Link está obligado frente a todos los usuarios de la red de cajeros automáticos que le ofrece al público. Y la ley que lo obliga, y luego lo hace responsable, es la Ley 24.240”, conf. Expediente Administrativo N° 441-09 STR, Disposición N° 058/10, “Adaó Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut SA s/denuncia ley de Defensa del Consumidor”, 8/6/2010, elDial.com AA63BB



pio encargado de seguridad informática del “Banco Ciudad” -y confirmó la Justicia Penal- la actora habría sido llevada a la creencia de que se estaba comunicando con el teléfono oficial del banco, en tanto marcó el número telefónico que se encontraba impreso al dorso de su tarjeta de débito. Dicha circunstancia obsta a que pueda reputarse su actuar como negligente o imprudente (calificativos empleados por la defensa) pues cumplió con el consejo vertido “en el artículo periodístico... (que luego de describir)...la modalidad de obtención de datos por teléfono... (que es la que se debate en autos) ...el comisario entrevistado por el diario recomienda ‘Nunca revelar las claves... sólo hay que darlas si llamó al banco por decisión propia’...”, como recordara la demandada a fs. 681 de su alegato. (...) El hecho de incumplir las normas de seguridad que la actividad bancaria impone debe ser valorada con mayor rigor en razón del profesionalismo que caracteriza la misma, lo que supone el despliegue de un obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y conforme con el estándar de responsabilidad agravada en función del alto nivel de especialización (arts. 512, 902 y 909). Bajo tales parámetros, resulta insustancial el argumento referido a la existencia de un desdoblamiento de PIN para compras y para uso en cajero (que a la época del ilícito objeto de autos no existía), por cuanto el ardid sólo fue posible en virtud de las falencias del sistema puesto a disposición del cliente y del riesgo del servicio prestado. Extremos éstos que generan la responsabilidad objetiva de la entidad bancaria como proveedora de aquél, no configurándose en el

caso las circunstancias de ajenidad que autorizan a eximirlo de responsabilidad, sea en el marco del art. 40 de la ley 24.240 (cfr. Juzg. Nac. Com. Nº 9, Sec. Nº 17, “Daleia, Liliana Marta c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, 23-11-09; y sus citas) o del art. 1113, CCiv.-⁴

Se destaca, en este punto, un fallo reciente de la Sala E de la Cámara Comercial⁵, por el cual, el usuario damnificado por las deficientes medidas de seguridad de las que dispuso la entidad bancaria en sus cajeros automáticos, demandó a la misma por los daños y perjuicios sufridos con motivo del robo de su tarjeta de débito mediante un ardid implementado por terceros dentro del recinto de la terminal ATM. En este caso, se planteó la situación de que el actor, al momento de introducir su tarjeta de débito en el cajero automático a los efectos de realizar una extracción de fondos de su cuenta, percibe inconvenientes que le obstaculizan el ingreso de la misma, frente a los cuales y habiendo un tercero que se encontraba en el recinto del cajero, quien le ofrece su ayuda y mediante un ardid le sustituye su tarjeta por otra realizando, posteriormente, diversas extracciones de su cuenta dado que previamente otra persona implicada en el hecho había observado su clave.

En este pronunciamiento, se reiteraron consideraciones vertidas en otros casos, como por ejemplo, que con relación a la utilización de cajeros automáticos, el vínculo que une al cliente con el Banco no deja de ser una típica relación de consumo definida por el artículo 1º de la ley 24.240, de naturaleza contractual, y que calificada dicha relación de con-

⁴ Cám. Nac. Com., Sala B, “Mazurkiewicz, E. c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, Expte 80.446, 15/10/2012, elDial.com AA7B57

⁵ CNApel. en lo Comercial, Sala E, “Favale, P.M. c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario”, 26/5/2016, elDial.com AG4261



tractual, la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación de resultado en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, debiendo evitar la entidad operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc., y a la vez, de seguridad, en cuanto debe brindarse al usuario una prestación funcional preparada para otorgar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros, siendo la misma de carácter objetivo (responsabilidad por productos defectuosos) lo que equivale a que el deudor, para eximirse de responsabilidad, deba demostrar la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no se deba responder o la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor (tal como surge de la jurisprudencia vertida en la causa “Bieniaskas”⁶). También se sostuvo que el robo o hurto en un local bancario – hipótesis que se extiende a un cajero automático-, es un hecho previsible y, por lo tanto, objeto de resguardo por el banco.

Pero en este fallo, también se alegaron otras consideraciones importantes de señalar, en torno a la responsabilidad de la entidad bancaria por el hecho acaecido en la terminal automática:

****** Que el cajero fue inutilizado total o parcialmente por la acción de terceros, impidiendo su correcta utilización por el cliente. Es decir, que el bien vulnerado (cajero) era de exclusiva responsabilidad del banco, quien debía arbitrar los medios adecuados para que ello no aconteciera. El banco no implementó otros recaudos más allá de los exigidos mínimamente por la entidad de contralor para asegurar la protección del usuario

⁶ CNCom., Sala D, “Bieniaskas, C. c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, 15/5/2008.

y de los valores atesorados.

** Que el cajero automático no advirtió al usuario –a través de la pantalla- que había sufrido una intromisión extraña al sistema que le imposibilitaba operar normalmente, o que en su caso, ello no era recomendable, o, directamente, anunciar que estaba fuera de servicio a consecuencia de hechos extraños al sistema que afectaba potencialmente su seguridad. Esta falta de comunicación imposibilitó al actor darse cuenta de que podía ser objeto de un ilícito.

** Que el diseño del cajero no impedía que, desde la espalda del usuario, se vieran las teclas marcadas, lo que permitió que uno de los delincuentes detectara el código de seguridad del damnificado. El banco debía implementar necesariamente alguna medida de seguridad al respecto, ya que era previsible tal acontecimiento, al punto tal que, finalmente, la Circular “A” 5308 del BCRA dispuso que debía colocarse una barrera visual que impida la visión por parte de otras personas, en ocasión de la utilización del cajero automático (operación del teclado y extracción del dinero), justamente a fin de evitar esa “fuga de información”. Tampoco la entidad instrumentó ninguna medida eficaz para impedir que dentro del recinto del cajero, otros sujetos pudieran interactuar con el usuario. *“Es obvio –sostuvo la Cámara- que este tipo de ilícitos son previsibles (en la especie, según surge de la causa penal, hubo treinta y dos)”*.

** Que cada una de estas circunstancias enunciadas, poseen en sí mismas aptitud suficiente para generar responsabilidad en el banquero, por inobservancia de la específica garantía de seguridad que debe brindar. En esta oportunidad, se conjuga que todas fueron desatendidas por el demandado –o por lo menos no fue demostrado lo contrario- de manera



que su responsabilidad aparece claramente configurada.

Es decir que la jurisprudencia, en la actualidad, pone el acento cada vez más en la obligación de seguridad de las entidades bancarias, como un deber de protección hacia la persona y bienes de los contratantes, lo que resulta de una trascendencia única en los tiempos que corren. Esto representa una construcción extremadamente útil, si se considera su naturaleza objetiva, y una herramienta de prevención que al poner en cabeza del deudor de la prestación principal este deber, desarticula futuras especulaciones, especialmente en las empresas con relación a los daños ocasionados a los usuarios.

b) Robo en los cajeros o en las inmediaciones de los mismos:

Este es el supuesto de daños derivados por robos, muchos de ellos a mano armada, perpetrados en las instalaciones donde se encuentra el cajero automático o en sus inmediaciones. Si bien en estos casos podría alegarse que se está frente a un hecho de fuerza mayor o de terceros por los cuales la entidad no debe responder, lo cierto es que este criterio está siendo modificado por los tribunales. La tendencia jurisprudencial actual es exigir de los bancos un cabal cumplimiento del deber de seguridad - sobre el que ya nos hemos expedido en el punto anterior- y por el cual deben tomar todas las medidas que estén a su alcance para evitar daños a los usuarios de dichas terminales automáticas.

Por ejemplo, en un fallo de primera instancia del año 2011⁷, se responsabilizó al banco por no haber observado las medidas de seguridad dispuestas por el BCRA, ya que el recinto no contaba con una cerradura

⁷ CNCom, Sala E, "Lefevre, C. A. c/HSBC Bank Argentina SA y otro s/ordinario", 10/8/2011, eDial.com AA6FCC

obligatoria, sistema de alarma, ni sereno; y a la empresa BANELCO, con sustento en la Ley de Defensa del Consumidor, por participar de la cadena de comercialización del servicio de cajero automático. Por su indiscutible relevancia, la prueba por excelencia en estos supuestos es la filmación del interior de los cajeros. En la citada causa, la prueba habría presentado sospechosas irregularidades y la víctima no aparecía en el video a la hora que había mencionado que fue el asalto. A raíz de ello, no fue posible establecer con precisión qué es lo que verdaderamente había ocurrido, y como las anomalías que presentaba el video se debían a negligencia de la entidad crediticia, dicha prueba no podía perjudicar a la víctima.

Tras evaluar los hechos y pruebas, la Sala concluyó que las deficiencias de la grabación obtenida demostraron que el sistema de filmación implementado por HSBC no se ajustó a lo exigido por la autoridad de contralor (es decir, el BCRA), ya que no permitió dar cuenta de lo acontecido en el recinto en que se encontraban los cajeros automáticos; en particular, la escena misma del robo. El banco argumentó que es principalmente el Estado a quien le incumbe brindar las medidas de seguridad que prevengan o eviten proceder delictivos. No obstante, para los jueces, los bancos deben atender al deber de cumplimentar las normas que dicta el BCRA para **garantizar la seguridad de los usuarios de los servicios bancarios, por lo que responsabilizó al HSBC.**

c) Retención de la tarjeta con débito en la cuenta del cliente. El tema de la prueba.

Respecto de este supuesto, ocurrió un caso en que el usuario ingresó su tarjeta y al intentar realizar una operación el cajero automático le indicó que la misma no podía ser leída, razón por la cual debía dirigirse



al banco para solicitar una nueva. Acto seguido, otra leyenda en pantalla le indicó que retirara la tarjeta retenida, pero la misma no fue expulsada de la terminal. Finalmente se desplegó una nueva leyenda que decía que se estaban realizando tareas de mantenimiento, por lo que debía dirigirse a otro cajero para realizar la operación solicitada. Ante la denuncia del usuario, el personal del banco procedió a abrir el cajero no encontrando la tarjeta que había quedado retenida. Acto seguido, el cliente se dirigió a otra terminal y, con la tarjeta adicional de su esposa, procedió a consultar el saldo de su cuenta verificando que se habían producido en la misma una serie de débitos en su caja de ahorros.

Ante el hecho, el Juzgado de Primera Instancia del Circuito 4 de Rosario-Santa Fe⁸, entendió que:

“Es notorio que el hecho relacionado precedentemente se trata de un supuesto que, por sus características, resulta de muy dificultosa prueba para el titular de una tarjeta. Quien accede a un cajero electrónico no cuenta habitualmente con testigos ni, menos aún, lo hace en presencia de funcionarios fedatarios que permitan acreditar fehacientemente si algún inconveniente ocurre en la operatoria del cajero automático. Esta advertencia impone examinar las circunstancias que rodean al afirmado suceso y juzgar acerca de su verosimilitud sobre la base a los elementos indiciarios acreditados y las presunciones que sean capaces de producir convencimiento, en los términos del art. 226 del C.P.Civil” [...].

⁸ Juzg. 1º. Instancia, Circuito N° 4, Rosario, Pcia. de Santa Fe, “Slepoy, V. c/Nuevo Banco Eisel SA y/u otro s/daños y perjuicios”, 4/10/2004, Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/125036-Cajeros-automticos-A-quiens-responsabiliza-la-Justicia-en-caso-de-robo>

“Y con similar criterio también debe tenerse en cuenta, llegada esta instancia del análisis, que las necesarias medidas de registración y seguridad que deben rodear a un sistema de cajeros automáticos señalan a quien pone en servicio tales equipos, como quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar todos los detalles y extremos fácticos de la operatoria y funcionamiento de los mismos.

Nada ha hecho la demandada para demostrar que no fueran ciertos los hechos afirmados por la actora. Por ende, si fue concretada la denuncia telefónica de extravío, todos los indicios antes aludidos se suman a este hecho y debe terminarse por presumir y tener por razonablemente demostrado que al actor efectivamente le fue retenida en el cajero electrónico la tarjeta de débito en la oportunidad que afirmó.”

En este caso, la entidad bancaria está, con respecto a la situación fáctica a comprobar, en mejores condiciones que el usuario para discernir qué es lo que aconteció. El banco, como se ha expuesto en este trabajo, es un comerciante profesional que conoce o debe conocer la actividad lucrativa que lleva a cabo -en este caso la puesta a disposición del usuario del servicio de cajeros automáticos-, por lo cual, en virtud del principio de buena fe, todo ese conocimiento debe ser aplicado a la resolución de un conflicto como el descrito anteriormente. No solo la buena fe lo ordena, sino que el artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, en su párr. 3° expresa:

“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las ca-



racterísticas del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.”

La jurisprudencia⁹, por su parte, ha sido categórica al respecto, confirmando en el tema que nos ocupa, la aplicación de la *teoría de la carga dinámica de la prueba*, por la cual la obligación probatoria queda a cargo de la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar el hecho, independientemente de quien lo haya invocado. Esta solución, además, es acorde con el carácter de consumidor del cliente bancario que se ha sostenido a lo largo de este trabajo, por lo tanto, es destacable la flexibilización probatoria en materia de banca electrónica que han desarrollado nuestros tribunales y el acogimiento de dicha jurisprudencia en la nueva legislación civil y comercial.

En otro pronunciamiento judicial, a su vez, se consideró que el pago no solo puede ser acreditado mediante recibo sino que también debe considerársele realizado cuando aparece probado por otro medio fehaciente, imponiéndose una mayor flexibilización probatoria cuando se utilizan medios electrónicos de pago propios del aporte de la era informática, atendiendo, además, que el usuario bancario es un consumidor financiero amparado en la Ley de Defensa del Consumidor.¹⁰

⁹ Cám. Apel. en lo Civ. y Com. de Junín (Buenos Aires), “Barni, M.O. c/Banco Río de la Plata SA s/daños y perjuicios por enriquecimiento”, Expte. 43.479, 15/10/2009, eDial.com AA5840

¹⁰ Cám. Apel. Civ. y Com. De Azul (Buenos Aires), Sala II, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/ Lucero, J. s/ Ejecución Hipotecaria”, 30/04/2002, eDial.com AAFD2