Bvv v Puerto Madryn, julio de 2022

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"B. V. A. c/ B. D. C. SA y OTRA s/ PRESUNTA INFRACCION LEY 24240" (Expte. N° 306/2021)**, venidos de la Dirección de Defensa del Consumidor de la ciudad de Puerto Madryn (Expte. N° 63 ODC-MPM-AÑO 2021), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por las denunciadas B. D. C. y M. L. a fs. 223/229 y 200/216 respectivamente, contra la Disposición N° 50/2021 ODC.

I.- El acto puesto en crisis. En lo que interesa a los efectos de resolver, el acto puesto en crisis dispuso: *"ARTICULO 1º: Aplíquese Apercibimiento a las Empresas M. P. CUIT Nro. X. y B. D. C. SA CUIT Nro. X.-0 con domicilio determinado en autos, por la infracción a la Ley Nacional Nro. 24.240 Art. 8 bis, 10 bis y 40 bis, de acuerdo a los considerandos respectivos […] ARTICULO 3°: DISPONER que M. P. CUIT Nro. X. y B. D. C. SA CUIT Nro. X.-, en forma solidaria e indistinta, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de firme la presente, procedan en forma indistinta, a abonar a la Sra. B. V., cuyos datos obran en autos, en concepto de daño directo la suma de PESOS Trescientos Veinticinco Mil ($325.000), cifra que contiene ya intereses calculados sobre la tasa activa del B. D. C. para operaciones de descuento, y daño punitivo hasta el día de emisión de la presente disposición. La suma mencionada será transferida en forma electrónica a la Sra. B., debiendo la misma agregar en estos actuados su constancia de CBU"*.

La denuncia formulada en las presentes tiene su razón en la falta de una suma cuantificada de $ 245.000 por la reclamante, de su *"cuenta de ahorro"*, en razón de operaciones realizadas desde el 15/10/2020 en adelante.

La denunciante puso de relieve no *"utilizar para nada esa tarjeta de débito"*. Señala que solo al efectuar el reclamo ante la entidad bancaria le fue entregado un resumen con el movimiento de la cuenta, en donde figuran

múltiples compras" no realizadas de *"hasta $ 25.000"* y 25 compras *"de $ 1.000 con diferencia de segundos (todas a altas horas de la madrugada)"*.

Sostuvo que habiéndose comunicado con M. P., a la postre M. L., le informaron que no podían indicarle de donde se compró con su tarjeta, agregando que le fue comunicado que *"quisieron pagar una línea de celular a nombre de una mujer que vive en Puerto Madryn"* pero que ella no conoce.

Reclamó la devolución de la suma de $ 245.000.

II.- La apelación interpuesta por M. L.. En una extensa pieza que dispone los contenidos inorgánica y desordenadamente, incurriendo en frecuentes reiteraciones en sus argumentos, la recurrente se agravia con base en los siguientes tópicos.

II.A.- Primeramente, entiende que el recurso debe ser concedido con efecto suspensivo, razón por la cual no corresponde el P. de suma alguna antes de que recaiga en las presentes condena dictada por la jurisdicción. De ello deriva que el recurso debe ser aceptado sin más, planteando la inconstitucionalidad de cualquier interpretación en contrario, por afectación del derecho de propiedad.

II.B.- En *segundo lugar*, plantea junto con la apelación, la nulidad de la disposición.

II.B.1.- Por una parte, porque considera que el organismo carece de competencia por la materia. Ello así pues como lo señala, la reclamante no cuenta con el carácter de consumidor desde que los fondos por los que reclama son producto del comercio. De ahí que existiendo ánimo de lucro, el dictado de la disposición excede las facultades del órgano.

II.B.2.- Desde otro prisma aduce que los 25 consumos que cuestiona realizados luego del 15/10/20 son exactamente iguales a otros anteriores que la denunciante no ha cuestionado, ya que todos llevan la misma leyenda

"ComprasPo - Compras Posnet- X." lo cual a su criterio pone en duda que pueda tratarse de operaciones fraudulentas.

II.B.3.- Objeta en este punto que la administración no ordenó que se efectúe prueba alguna, a fin de hacer caer la presunción de inocencia de raigambre constitucional con la que se beneficia. Ello le resulta especialmente objetable siendo que las operaciones fueron hechas con los datos de la tarjeta débito de la denunciante, la cual es responsable de la custodia del instrumento.

Puntualmente espeta que *"Esto es demostrativo de la poca verosimilitud de las manifestaciones de la denunciante en cuanto a que ella no hizo tales transacciones, ya que si para las mismas se necesitaba la tarjeta de débito y evidentemente ella estaba en poder de la misma porque la usó para extraer dinero de los cajeros automáticos, forzosamente debe sospecharse que la realidad de los hechos no es la que se describe en la denuncia (sospecha que además se acrecienta cuando se advierte que la denunciante jamás informó los números de su tarjeta ni dijo si la tenía o no)"*.

II.B.4.- Considera que en la especie no están dados los presupuestos para imponer ningún tipo de sanción, menos aún a M. L.; y que las condenas por daño directo y daños punitivos son inconstitucionales. **II.C.-** Argumenta separadamente que la nulidad del acto administrativo deviene a causa de su falta de causa y motivación.

Sostiene que incluso de los resúmenes aportados, no surgen claramente individualizados por consumos cuestionados que vinculan a M. P. y M. L.. En mérito a ello destaca el dogmatismo y la arbitrariedad de la disposición atacada.

II.D.- Plantea la inexistencia de infracciones de su parte, puntualmente argumenta: *"No ha quedado demostrado lo que la Administración llama el "faltante de dinero" puesto que lo único que hay son los dichos de la denunciante que 4 meses después desconoce ciertas transacciones, sin que exista ningún indicio que pueda permitir pensar en que las mismas no fueron realizadas por ella (recordemos que era ella quien tenía en su poder la tarjeta de débito, quien nunca denunció haberla*

perdido, y quien incluso realizó extracciones en cajeros automáticos con la misma y con la correspondiente clave!!).

Destaco nuevamente el dogmatismo de las afirmaciones de Autoridad en cuanto a que para ella los elementos son contundentes, pero nunca explica porqué, cosa que no puede hacer ya que en realidad el más simple análisis de los mismos pone en serias dudas el relato de la denunciante.

Reitero: la Resolución Recurrida es puro dogmatismo".

En consecuencia, sostiene que su parte no ha vulnerado las mandas insertas en los artículos 8 *bis*, 10 *bis*, ni 40 *bis* de la LDC.

II.E.- Respecto del artículo 40 *bis* de la LDC y la pretensión de condenar a M. L. por daño directo argumenta especialmente que en autos la denunciante no era consumidora (lo cual ya fue argumentado), que la denunciante no ha podido acreditar la existencia de daño (lo cual también es una reiteración), que la aplicación de daño directo por este organismo en este caso sería inconstitucional pues carece de competencia (también ya argumentado) y además porque carece de imparcialidad, afectando esto último su garantía constitucional de defensa en juicio.

II.F.- Cuestiona la aplicación de daños punitivos por parte de la administración.

II. G.- Termina la pieza poniendo de relieve la recurrente que es beneficiaria de la presunción de inocencia invocando la CADH y la CN.

III.- La apelación interpuesta por B. D. C. SA. El recurso de la entidad bancaria se asienta en los siguientes planteos.

III. A.- En primer lugar, sostiene que solo una aplicación del derecho arbitraria e irrazonable puede llevar los límites de la responsabilidad por deber de seguridad tan lejos como para ordenar que la entidad bancaria responda en las presentes. Arguye que *"es de una imposibilidad material y*

fáctica el controlar el total del accionar de los clientes en al uso particular de los productos financieros de los que detentan titularidad, sin de esa forma inmiscuirse en aspectos íntimos y personales del usuario; la utilización incorrecta o la divulgación de datos confidenciales que sabido es por disposiciones contractuales que no pueden a la postre ser desconocidas por el usuario financiero y las medidas de seguridad estadísticamente llevadas al consumidor/ cliente son bien recepcionadas por estos desde que situaciones como las denunciadas son por demás aleatorias y aisladas".

III.B.- En segundo término, se agravia por cuanto se responsabiliza a la entidad bancaria por el desapoderamiento sufrido, en base a su condición de profesional, y por no haber puesto diligencia a fin de articular controles que prevengan este tipo de situaciones, existiendo en consecuencia, una falta de cuidado en su actuación profesional.

III.C.- En *tercer lugar*, se agravia porque de la prueba aportada surge acreditado el consentimiento de la denunciante en lo atinente al manejo de la caja de ahorro, el reglamento de cajeros automáticos y la responsabilidad asumida con respecto al manejo del PIN. Entiende que de la documentación aportada no surge la responsabilidad de la entidad bancaria.

III. D.- En *cuarto término*, plantea la incompetencia en razón de la materia, dado que la denunciante carecería del carácter de consumidor, lo que la privaría asimismo de legitimación para obrar.

IV.- Tratamiento de los agravios del recurso interpuesto por M. L..

IV. A.- La concesión del recurso. Inconstitucionalidad del P. previo a la interposición del remedio. La recurrente plantea que la exigencia de P. del 3% del monto del trámite administrativo cuestionado, -que tiene por fundamento en la Acordada del Superior Tribunal N° 4371-, entraña una instancia de cumplimiento de la sentencia por anticipado, razón por la cual

insta a que se declare expresamente el efecto suspensivo del recurso. A todo evento, plantea la inconstitucionalidad de la norma.

El planteo será rechazado.

La acordada en su texto, como bien lo aclara la transcripción de la Disposición 52/2021 apelada, da cuenta expresamente de que el P. del 3% tiene razón de ser con fundamento en la intervención por competencia originaria de la Cámara de Apelaciones.

Ello quiere significar que reviste la naturaleza del P. de las tasas de justicia provinciales, advirtiéndose por lo demás, la concordancia porcentual.

En este orden, afirma GIULIANI FONROUGE que la naturaleza de la tasa de justicia es la de un impuesto que se paga con la iniciación de las actuaciones, en general, y cuyo monto no es devuelto en el caso de que las actuaciones judiciales sean dejadas sin efecto por cualquier causal (Conf. GIULIANI FONROUGE – NARRINE, *"¿Impuestos o tasa de justicia?"*, La Ley 72/559; y en *"Tasas Judiciales"*, Depalma, 1999, pág.9).

Así las cosas, no existe principio de ejecución de la condena anterior al momento en el cual lo decidido quede firme, ni error en la forma en la cual ha sido concedido el recurso, ni lesión del derecho de propiedad del recurrente fundado en la afectación de su derecho de propiedad constitucionalmente protegido.

Con base en lo expuesto el agravio será desestimado.

IV.B.- Ausencia de carácter de consumidor en la denunciante. La parte apelante cuestiona que la denunciante carece del carácter de consumidora por el hecho de que el producto bancario desde el cual se realizan las transacciones fue habilitado en razón de su actividad comercial.

El planteo debe ser desestimado.

En principio, porque aún desde la misma equivocada óptica de la recurrente no se encuentra acreditado por la denunciada en el trámite administrativo, que las transacciones y movimientos por los cuales se extrajo, transfirió o consumió dinero de la cuenta de la cual la denunciante es titular, revistan la calidad de actos de interposición en el cambio, del tipo de aquellos que excluyen la aplicación de la legislación consumeril. Vale decir, se ha alegado la existencia de algún ánimo de lucro, empero ello en momento alguno fue acreditado por la quejosa.

Asimismo, y ello resulta determinante, desconocidos los actos por los que se extraen o transfieren sumas de dinero, o mediante los cuales se paga el precio por la adquisición de bienes, la naturaleza comercial de los mismos que insisto, no ha sido fácticamente probada-, tampoco puede, *per se*, colocar la cuestión fuera del ámbito del derecho del consumo, ya que no se trata de actos cuya autoría recaiga en el perjudicado, siendo irrelevante la actividad comercial del mismo.

En el caso traído a ser decidido, el producto bancario desde el cual se perfecciona la maniobra lesiva del patrimonio de la denunciante, revela su posición de consumidora por una parte de un servicio bancario y por la otra de un servicio de intermediación y asistencia informática para la adquisición de bienes, tal como lo es el prestado por la recurrente.

Con fundamento en lo expuesto el agravio será rechazado.

IV.C.- Repitencia de los consumos. La recurrente pone de relieve que existiría coincidencia en las transacciones y/o consumos cuestionados, con otros de fecha anterior los cuales no fueron materia de objeción alguna, señalando que ello le resta verosimilitud al planteo.

No obstante, todo embate para revestir la calidad de agravio en el marco de la fundamentación de un recurso, no puede sustentarse en la mera proposición de hechos en disconformidad con lo decidido. El agravio en

sentido técnico, debe indicar con precisión cuál es el tramo de la disposición que se objeta señalando de manera puntual cuáles son los consumos que específicamente se repiten, en que fechas y horas, en qué base de datos obra dicha información, de qué manera queda registrada, y todo dato que permita valorar de manera el postulado por el cual se pone en crisis una decisión judicial o como en este caso administrativa.

Las exigencias de los artículos 268 y 269 del CPCC, impiden el tratamiento de argumentaciones carentes de fundamento lógico, en tanto no rebasan el umbral de la retórica, afincada en proposiciones subjetivas y generalizaciones carentes de precisión procedimental.

Con base en lo expuesto, el agravio será declarado desierto en los términos de los artículos 268 y 269 del CPCC.

IV.D.- Ausencia de prueba. Presunción de inocencia. Guarda de la tarjeta de crédito por parte del titular. La recurrente cuestiona que la ODC no haya dispuesto medidas de prueba, dado que siendo que la guarda física de la tarjeta y la preservación de sus datos son responsabilidad de la denunciante, la orfandad probatoria lesiona la presunción de inocencia que sostiene lo beneficia.

En este sentido, es menester poner de relieve que tal como fue puesto de relieve en la denuncia, el consumidor para el caso la Señora B. requirió las explicaciones, la información y las aclaraciones correspondientes al notar la falta de dinero en su cuenta, sin obtener por parte de las denunciadas la satisfacción de su interés por conocer la mecánica de la maniobra por la cual sus depósitos disminuyeron.

También corresponde destacar, que tratándose de servicios proporcionados por empresas mediante el empleo de plataformas o medios informáticos, ante la denuncia de operaciones desconocidas, que lesionan

patrimonialmente al consumidor, son las prestadoras del servicio las que se encuentran en posición privilegiada y casi excluyente, quién, desde qué lugar dominio, sitio o dirección espacial o virtual, y mediante qué herramienta o plataforma.

Sin perjuicio de lo señalado, es dable advertir que ni ante el reclamo previo al trámite administrativo, ni durante el mismo, las denunciadas fueron más allá del sencillo expediente que supone, el proporcionar listados de operaciones, pretendiendo que sea el denunciante quien aporte información relativa a las operaciones que solo puede desconocer.

Con fundamento en lo expuesto, el agravio será rechazado.

IV.E.- Inconstitucionalidad del daño directo. Se objeta la constitucionalidad de la imposición de daño directo por parte de la ODC. La recurrente cuestiona que la disposición apelada ordene la indemnización del daño directo con fundamento en el 40 *bis* de la LDC, en razón de que el órgano de aplicación carecería de competencia para ello.

1.-En forma liminar, cabe recordar que se denomina competencia al conjunto de funciones y facultades que un agente u órgano puede legítimamente ejercer.

Las personas físicas se encuentran naturalmente dotadas de voluntad psíquica en lo cognitivo, de aptitud biológica en lo material y de libertad en el espectro actitudinal. El centro de gravedad que hace que precipite sobre el ser ese haz de facultades, es la noción de dignidad de la condición humana, protegida intensamente por la ideología que informó a las constituciones decimonónicas, y doblemente resguardada por el plexo ético y normativo estructurado a partir de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos imperantes durante la segunda mitad del siglo XX e incorporados en nuestro ordenamiento merced el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Así es que el artículo 19 de nuestra Carta Magna dispone: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"*.

En la persona humana el principio rector en el obrar es que "aquello que no está prohibido le está permitido", pues el gran ámbito es el de la libertad. Sus facultades emanan de su misma naturaleza, debiendo toda limitación de ese horizonte provenir de un texto legal.

Por el contrario, las personas de existencia ideal no cuentan con existencia biológica ni tienen dotación intelectual que les proporcione soporte al L. albedrío propio de lo humano.

Así, los órganos de la administración estatal son entes que en los hechos carecen de materialidad y voluntad, allende la materialidad y la voluntad de las personas físicas que ejercen su dirección. Por eso el deslinde entre lo individual y lo orgánico, y lo privado y lo público, debe ser trazado normativamente. En este sentido la ley contribuye a crear un espectro de facultades allí donde no existe nada, cuidando de diferenciarlas de la voluntad de las personas físicas que ejercitan las funciones en nombre del órgano al cual representan.

Es por eso que en materia de competencia el principio que rige a la capacidad de las personas de existencia física imbuidas naturalmente de humanidad, se invierte, y todo aquello para lo cual el órgano no hubiese sido facultado por imperio de la ley, se encuentra más allá del horizonte de sus atribuciones legítimas.

En materia de competencia, aquello que no hubiese sido previsto por el legislador y expresamente permitido, está prohibido.

En este sentido se ha sostenido que *"Frecuentemente se compara a la*

competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente. En general parece predominar el concepto que "la competencia de los organismos administrativos debe ser expresa, esto es, debe resultar de una norma que la atribuya" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11° ed., Buenos Aires, F.D.A., 2013).

Conforme el artículo 116 de la CN, las atribuciones jurisdiccionales son el centro de gravedad de la competencia del Poder Judicial, órgano llamado a intervenir en todas las causas suscitas entre sujetos de derecho. El concepto de *"causa"* ha sido definido como existencia de *"controversia" o "conflicto"*, estando los órganos judiciales impedidos de resolver cuestiones en ausencia de controversia particular, ni en el marco de las opiniones consultivas emitidas en abstracto. Así, la resolución de conflictos es potestad del Poder Judicial, de lo que debe seguirse que la imposición de indemnizaciones es atribución de los órganos judiciales.

Para que un órgano administrativo, -que lógicamente no cuenta con la naturaleza propia de los entes integrantes del Poder Judicial-, pueda ordenar la indemnización del daño directo debe estar munido de la competencia para resolver conflictos entre particulares, pues se trata de una facultad extraordinaria y excepcional.

2.-Sentado lo expuesto respecto de la necesidad de sustento normativo en materia de competencia, corresponde establecer el marco legal en el que se asienta la labor de la Oficina de Defensa del Consumidor y los Usuarios de la localidad de Puerto Madryn, que es quien dictó la Disposición apelada.

A nivel nacional, la LDC N°24.240 en su artículo 40 bis inciso "a" dispone la indemnización del daño directo por los organismos de la administración, cuando la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares.

A nivel provincial la cuestión relativa a la creación de órganos en esta materia está regida por la Ley VII N° 22, y sus modificatorias las Leyes VII N°53 y VII N°61.

El artículo 4 de la Ley VII N°22 regula la competencia de los órganos administrativos en esta materia. En lo que interesa, el inciso "g" atribuye facultades para *sustanciar los sumarios por violación a las disposiciones de la ley de defensa del consumidor y la presente ley e imponer sanciones de conformidad con las previsiones de la presente ley*, en tanto que el inciso "h" faculta para *adoptar todas las medidas conducentes para suplir o equilibrar situaciones en las que se verifique inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse los consumidores o usuarios*.

El ámbito de la competencia es reforzado en orden a la imposición de sanciones por la Ley VII N°61 y ampliado a fin de *"resolver conflictos"* merced la Ley VII N° 53 que adhiriendo a Ley Nacional 26361 dispone en su artículo 2: *"Establécese como autoridad de aplicación de la presente a la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios, dependiente de la Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut, para intervenir en el control, vigilancia y resolución de todos los conflictos que se sucedan, de oficio o a petición de parte por la Ley Nacional N° 24.240 reformada por la Ley Nacional N° 26.361, y sus respectivos decretos reglamentarios, la LEY VII N° 22 (Antes Ley 4.219) con las reformas que se consideren y sus respectivos decretos reglamentarios"*.

La Ordenanza Municipal N° 2419/98, adhiere a la Ley VII N°22 y da lugar a la creación de la Oficina de Defensa del Consumidor y los Usuarios de la

localidad de Puerto Madryn. Complementariamente la Ordenanza N° 10.137 contempla en sus considerandos la potestad de los órganos municipales para determinar la existencia y magnitud de los daños
directos.

De la reseña efectuada surge con claridad meridiana que el plexo de normas y disposiciones provinciales y municipales concede a la Oficina de Defensa del Consumidor y los Usuarios de la localidad de Puerto Madryn, competencia para disponer la procedencia de la indemnización del daño directo al usuario y/o consumidor.

3.-El fundamento normativo sobre el que reposa la competencia jurisdiccional de la Oficina de Defensa del Consumidor y los Usuarios de la localidad de Puerto Madryn se refuerza en mérito a la existencia de posterior control judicial. Así, el entramado institucional diseñado dispone la existencia de tal reaseguro, tenido en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fundamentos del precedente "FERNÁNDEZ ARIAS" (Fallos, 247:646).

En aquel precedente, sin perjuicio de negar la competencia jurisdiccional de las Cámaras Paritarias de Arrendamientos Rurales, la Corte sentó un poderoso criterio de interpretación, poniendo el acento en la necesidad de control judicial posterior.

En este sentido, la CSJN sostuvo que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (Considerando 5° del voto de la mayoría Fallos 247:646). Así, es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales -de índole administrativa- destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los

intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración (Considerando 9° del voto de la mayoría Fallos 247:646).

Es por ello que la competencia jurisdiccional de un órgano administrativo, queda supeditada a que su pronunciamiento se encuentre sujeto a control judicial suficiente, a fin de evitar el ejercicio de poderes discrecionales sustraídos a revisión posterior (Considerando 13° del voto de la mayoría Fallos 247:646).

Sin perjuicio de las particularidades que puedan existir entre las funciones que los diferentes órganos administrativos estén llamados a cumplir, la tónica unificadora de la constitucionalidad de las competencias jurisdiccionales de la administración pasa por un meridiano: que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior.

Resulta esencial que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo (Fallos: 187: 79), siendo imprescindible el otorgamiento de "recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial" (Fallos: 195: 50), visto que sin control judicial el régimen dejaría de ser congruente "con los derechos y garantías constitucionales" (Fallos: 207: 346) (Considerando 17° del voto de la mayoría Fallos 247:646).

4.-Contribuye también a reforzar la legalidad constitucional de las competencias judiciales en la jurisdicción administrativa, el hecho de que como lo prescribe la LDC en el artículo 40 *bis*, el perjuicio a indemnizar es el daño directo, que no es otra cosa que la consecuencia más inmediata de la infracción al derecho del consumo, lo cual fue una derivación de la doctrina sentada por la CSJN en el precedente "Ángel Estrada y Cía." (Fallos 328:651).

El holding del caso entendió respecto de la atribución razonable de competencias administrativas *"que la asignación de facultad indemnizatoria a la autoridad administrativa de defensa del consumidor tiene como objetivo dar una respuesta sencilla a las causas de pequeña cuantía que no llegan a los tribunales,*

resulta lógico que su ejercicio sólo tienda a la reparación de tales "daños menores" en el caso, del daño provocado en los bienes materiales objeto de la relación de consumo y, aun así, como veremos, hasta un tope determinado-, y no, en cambio, a la reparación de otros rubros que pudieran engrosar la indemnización pretendida y, por ende, ahí ya sí, justificar que el consumidor o usuario acuda a los tribunales" (STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo tras la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación").

La norma del artículo 40 bis de la LDC impone una sana restricción respecto del alcance a los daños que pueden ser resarcidos en sede administrativa, dado que el más amplio ámbito de la responsabilidad civil es donde el ordenamiento estructura los presupuestos sobre los que se articula la mecánica de la reparación de los daños, siendo su sede natural la judicial.

5.-De la norma citada surge que existe a nivel provincial y municipal atribución legal de facultades para resolver conflictos entre particulares.

La interpretación de la norma en concordancia con el plexo de disposiciones que regula el derecho del consumo en el orden infraconstitucional, las disposiciones insertas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que protegen el estatus del consumidor, permite inferir válidamente que el órgano en cuestión, en el ejercicio de facultades tendientes a equilibrar situaciones en las que se verifique inferioridad, subordinación o indefensión del consumidor o usuario, es competente para resolver conflictos, ordenando la reparación del daño directo.

El criterio que se propicia se afirma en que en el caso que nos ocupa, además del fundamento normativo, se dan las limitaciones y contrapesos que tornan razonable tal delegación excepcional, *v.gr.*, por un lado, existe revisión judicial posterior de las disposiciones emitidas (y no en única instancia dado que son revisadas tanto por las Cámaras de Apelaciones provinciales, el

Superior Tribunal y en instancia extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia de la Nación); y por el otro, la magnitud de la indemnización se encuentra circunscripta al daño directo, que es la mínima expresión causal de consecuencias indemnizables en materia de reparación del perjuicio irrogado.

6.-No existe por otra parte parcialidad en los fundamentos de la Disposición puesta en crisis, si se cae en la cuenta de que las
consideraciones vertidas por el órgano administrativo se encuentran dentro de las exigencias discursivas que impone la necesidad de describir un estado de cosas objetivo.

Por lo demás, amén de la simpatía que puedan merecer doctrinariamente la designación por concurso de la planta administrativa del Estado, es lo cierto que no es un requisito normativo insoslayable, lo cual veda toda posibilidad de presumir parcialidad en el criterio de los funcionarios que se
hayan a cargo del órgano de aplicación cuyas competencias fueron cuestionadas.

7.- No obstante, es criterio de esta Alzada que el resarcimiento de daño directo proporcionado por la administración solo abarque las consecuencias más inmediatas que surjan como derivación necesaria del acto lesivo de la legislación del consumo (ver *"C.S., P. A. c/ T.M.A. SA s/ Presunta infracción Ley 24.240"* (Expte. N° 18/22), sentencia N° 10/22 SICA).

En este sentido, la suma por la cual procede la indemnización del rubro excede el reclamo efectuado por la denunciante sin que exista explicación alguna que funde el extremo cuestionado.

Por lo expuesto, corresponde fijar la indemnización del daño directo en la suma de $ 245.000 reclamada con más el interés de la tasa activa del B.
D. L. P. D. C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que la Señora B.
interpuso la denuncia.

IV.F.- Inconstitucionalidad de los daños punitivos. La recurrente objeta que la Disposición 52/2021 en incluya como razón eficiente del monto de condena destinado a indemnizar a la denunciante, se incluya el rubro *"daño punitivo"*.

En este sentido asiste razón a la quejosa en tanto que la ODC carece de competencia jurisdiccional, por tratarse de un órgano de la administración: ergo: sus facultades de disponer la procedencia de la indemnización se agotan en las consecuencias más inmediatas identificadas como *"daño directo"*.

Lo expuesto quiere significar que ya de por si la pretensión de indemnizar plenamente conforme los parámetros del art. 1740 del CCC, carecen de fundamento legal. Razonando *a fortiori*, se hallará vedado en consecuencia por situado más allá de su competencia- que se tome atribuciones tales como para ordenar condenas con imposición de daños punitivos (art. 52 *bis* LDC).

Efectuada la presente aclaración, el agravio debe proceder con los alcances señalados y teniendo en consideración la reducción del monto de condena ordenado en el punto IV.E. que obra en el titulo anterior.

IV.G.- Nulidad del acto administrativo por ausencia causa y motivación y ausencia de infracción a los arts. 8 *bis*, 10 *bis* y 40 *bis* de la LDC. Ambos tópicos serán tratados conjuntamente puesto que, en sustancia, la causa o motivación del acto administrativo radica en la acreditación de infracciones a la normativa de defensa del consumo, apuntando al recurrente, que no ha quebrantado los deberes impuestos por los artículos 8 *bis*, 10 *bis* y 40 *bis* de la LDC.

Debe ser reiterado sucintamente lo expuesto en el punto IV.D., en orden a que la Señora B. en su carácter de consumidora, al notar el faltante, requirió las explicaciones correspondientes sin que le haya sido explicitado en forma clara, sencilla y verás el origen de las transacciones.

Ya se ha puesto de relieve que, tratándose de servicios proporcionados por empresas mediante el empleo de plataformas o medios informáticos, la denuncia de operaciones desconocidas, exige merced la dinámica de la carga de la prueba, un esfuerzo en las prestadoras del servicio, vista posición privilegiada para corroborar la existencia o inexistencia de la maniobra lesiva y las particularidades de la misma.

Tal destino no aconteció en ni antes ni durante el trámite administrativo.

Ello configura en el ámbito del derecho del consumo, transgresión del *deber de informar* prescripto por el artículo 4 de LDC y su corolario natural que es la obligación de proporcionar *trato digno* al consumidor de acuerdo al art. 8 *bis* de la misma LDC.

En este sentido, el art. 4 dispone: "*Información. El 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 en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición".

Las únicas informaciones que se encuentran acreditadas en el trámite administrativo son las correspondientes a los listados de operaciones y consumos, las cuales no dan cuenta de la mecánica de las transacciones desconocidas por la denunciante.

Por otra parte, en el marco de las restricciones a la circulación propias de la pandemia, tampoco se encuentra acreditado que le hayan sido proporcionados dichos instrumentos con anterioridad al tiempo en el cual la misma requiere explicaciones de la entidad bancaria, lo cual echa por tierra la pretensión de que el desconocimiento debería haberse practicado con

anterioridad tal como ambas partes denunciadas alegan. Por lo demás no se ha acreditado en estas actuaciones que exista autorización para prescindir del soporte de papel, destacándose que su validez asimismo debería ser evaluada con criterio restrictivo cuando formaran parte de formularios de adhesión.

La derivación de ello es que no le ha sido proporcionado trato digno al consumidor, *v.gr.* el art. 8 *bis* dispone: *"Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias..."*.

Las reclamaciones insatisfechas sitúan al consumidor en un plano de disvaliosa asimetría respecto de quien cuenta con estructura empresarial y suficiencia técnica y económica, que resulta vejatoria de quien carece de elementos para poder hacer valer su derecho. La prueba de ello, es la interposición de la denuncia en la que se sustenta el reclamo administrativo.

Por lo demás, tampoco han acreditado las denunciadas la inexistencia de operaciones por la cuales disminuyó el haber depositado en la cuenta de la Señora B., -no obstante desconocer su carácter y atribuyéndole responsabilidad a la titular del producto bancario-, ni han cuestionado la magnitud y puntual cuantificación que del perjuicio económico hace la denunciante.

Con lo expuesto, entiendo que se configura la transgresión al art. 40 *bis* de la LDC.

En base a las consideraciones expuestas, el acto administrativo cuenta como causa aquellos hechos acreditados en las circunstancias del derecho consumeril que no han sido desvirtuados por las denunciadas, y se

encuentra motivada en la exposición de las razones por las cuales se han vulnerado los mandatos de los arts. 8 bis y 40 de la LDC.

Por lo expuesto, el agravio será desestimado.

V.- Tratamiento de los agravios del recurso interpuesto por B. del Chubut SA.

V.A.- Incompetencia en razón de la materia. El recurrente objeta que la denunciante no revestiría la calidad de consumidora, lo cual da lugar a la incompetencia del órgano de aplicación para decidir, al tiempo que genera un déficit de legitimación para obrar.

En homenaje a la brevedad, he de remitirme a las consideraciones vertidas y lo resuelto en el punto IV.B., titulado *"Ausencia de carácter de consumidor en la denunciante"*.

No basta la calidad comercial titular del producto ni la finalidad de la cuenta en sí misma, para vedar el acceso a la legislación consumeril, dado que los actos puesto bajo la lupa que se plantea que dieron lugar al desapoderamiento de sumas de dinero, no necesariamente habrán de revestir la naturaleza de actos de interposición en el cambio con ánimo de lucro, lo cual no fue acreditado por las denunciadas.

Y a mayor abundamiento, se trata de actos cuya autoría fue desconocida por la denunciante, -de ahí precisamente se desprende la antijuridicidad de la lesión, por injusticia del daño-, razón por la cual la naturaleza de la que puedan haber sido revestidos no resulta concluyente para dar curso sin más a la objeción de que se desestime la vía del derecho del consumo para articular al reclamo.

Con fundamento en lo expuesto, el agravio será rechazado.

V.B.- Aplicación arbitraria e irrazonable de la legislación consumeril por extensión de la responsabilidad a la entidad bancaria. Toda vez que la nota de la arbitrariedad fue destacada, aunque no se haya desarrollado el punto en sentido técnico y estricto, se impone como necesario abordar la temática a fin de echar claridad sobre el punto.

En este orden, corresponde precisar que una sentencia y por extensión en este caso, un acto administrativo asimilable por su función, será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carezca de una fundamentación suficiente, o bien cuando posea omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hagan que quede descalificada como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (*v.gr.* apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Para que una sentencia sea arbitraria debe poder predicarse la extraordinariedad del vicio que la conculca. En este orden, el vicio descalificador debe ser intolerable o manifiesto.

La arbitrariedad es de carácter enteramente excepcional, en homenaje a ello no tiene por miras la corrección de fallos equivocados o que al menos sean así considerados por el recurrente.

Han sido reputadas como arbitrarias las sentencias inmotivadas (Fallos: 339:290), las sentencias que fallan sobre cuestiones no propuestas (Fallos: 256:504; 331:2578; 337:179), las sentencias que prescinden de valorar prueba decisiva (CS, Fallos: 338:1304), las sentencias que renuncian a la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238: 550; 278:85; 327:5970 y 330:4216), las sentencias

fundadas en meras afirmaciones dogmáticas omitiendo el tratamiento de las constancias del expediente, produciendo solo apariencia de fundamentación (Fallos: 312:683; 315:2514; 323:2314; 326:3043, 339:290), las sentencias que incurren en exceso ritual manifiesto (Fallos: 326:1382, 2414; 327:3166; 339:1674, entre otros), las sentencias que resuelven sobre aspectos ajenos a la *litis* (Fallos: 340:1136).

La Disposición atacada no es arbitraria, siendo necesario poner de relieve que nada de todo lo afirmado por la recurrente ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica de la parte apelante, se trata de un acto fundado y motivado, en el cual las denunciadas son condenadas al P. de una suma dineraria en concepto de daño directo, e impuestas de la sanción de apercibimiento por vulneración del derecho del consumo en perjuicio de la denunciante.

No puede olvidar en su favor la recurrente que la normativa de defensa del consumidor en su artículo 40 dispone la solidaridad, *v.gr.* el texto reza: *"La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"*.

El complejo haz de negocios sustentados en la red de contratos que permite la operación mediante cuentas o cajas de ahorro que permiten la extracción de dinero o el P. mediante la asistencia de plataformas informáticas ofrecidas y organizadas por empresa prestadoras de esos servicios, la entidad bancaria es engranaje fundamental.

Si *bien es cierto* que la custodia de los datos y la contratación directa de los particulares con los prestadores de los servicios de P. a los efectos de comprar bienes puede situar al B. en una posición de tercero expectante de ciertos negocios jurídicos, *no lo es menos*, que su participación en la operatoria es un engranaje fundamental en la dinámica del sistema y condición de posibilidad del mismo, siendo a su vez quien debe proporcionar la primera

información al consumidor del detalle de operaciones, y ante la requisitoria del mismo, agotar todas las instancias necesarias para obtener los datos exactos de las entidades que fueran, por ejemplo en el caso que nos ocupa, la co-denunciada, sin que el alcance de sus obligaciones se agote en esa puntual consulta.

Es por ello que la conducta desplegada a título propio por la recurrente fue violatoria de los artículos 4, 8 *bis* y 40 *bis* de la LDC, siéndole extensible a su vez por solidaridad la responsabilidad que le cabe a la co-denunciada por aplicación del art. 40 de la LDC, sin perjuicio del virtual ejercicio de acciones de regreso que pueda caber.

Poor lo expuesto el agravio será desestimado.

V.C.- Atribución de responsabilidad por causa de falta de cuidado en su actuación profesional. La responsabilidad en materia de defensa del consumo es objetiva (arts. 40 LDC y 1723 CCC), en el sentido de que el factor de atribución sobre la que se sustenta la atribución no exige la prueba de culpa en el obrar lesivo.

En este sentido es que la justificación de la Disposición de la ODC puesta en crisis por la cual se reprocha falta de cuidado en su actuación profesional, no se orienta a imputar falta de diligencia (en los términos del artículo 1724 del CCC), sino a configurar el injusto que da lugar a la emergencia de antijuridicidad por injusticia del daño. Es decir, existe un cúmulo de deberes de información, gestión y mediación que fueron incumplidos por la entidad bancaria, que hacen que el daño experimentado por el consumidor sea injusto en los términos del 1717 y concordantes del CCC.

De ahí que el agravio, orientado a acreditar que no es cierto ni surge del expediente administrativo, acreditación alguna de culpa en la recurrente, habilitando a la contraprueba de diligencia, no acierta en el blanco.

Su responsabilidad es objetiva y la única manera de exonerarse pasa por la acreditación de los extremos del art. 40 de la LDC, lo cual no ha acontecido en autos.

Con base en lo señalado el agravio será desestimado.

V.D.- Exoneración de responsabilidad por consentimiento en lo atinente al manejo de la caja de ahorro, reglamento de cajeros automáticos y responsabilidad asumida respecto del manejo del PIN. Acude al recurso de la interrogación retórica la denunciada, al preguntarse cuál es el incumplimiento vista la suscripción consensuada por parte de la señora B. de los formularios de asunción de responsabilidad por irregularidades e inconvenientes en el manejo del PIN, el manejo de la caja de ahorro y las reglamentaciones relativas al uso de cajeros automáticos.

Sin embargo, en autos, precisamente no surge acreditado con claridad por parte de las denunciadas, -y es más: siquiera ha sido postulado de manera sencilla y directa aun sin prueba al respecto-, el origen de las transacciones que dieron lugar a los movimientos en la caja de ahorro, ni que los mismos puedan deberse a la indebida divulgación de la denunciante de sus datos o de los datos correspondientes a su tarjeta, ni quién, desde dónde, desde qué terminal, plataforma, dirección física o virtual, dominio, o sitio web, fueron hechos los movimientos.

Ello supone un déficit en el obrar de la recurrente, en su concreta obligación de procurar la información de quien cuente con ella, que no es enjugado por la pretendida suscripción de la liberación de responsabilidad por mérito de la firma de los formularios señalados.

Con base en lo expuesto el agravio será rechazado.

VI.---Conclusión. De acuerdo con los fundamentos vertidos, corresponde: (A) Acoger parcialmente el recurso de la co-denunciada M. L. SA en cuanto

objetó el empleo del rubro daño punitivo para fundar la condena y en cuanto al cuestionamiento de la indemnización por daño directo en su faz cuantitativa; (B) Rechazar el recurso interpuesto por el B. D. C. SA; (C) Revocar parcialmente la Disposición N° 52/2021 puesta en crisis, y disponer: 1) Que la indemnización del daño directo sea fijada en la suma de $ 245.000 reclamada con más el interés de la tasa activa del B. D.L.P.D.C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que la Señora B. interpuso la denuncia; 2) Que quede sin efecto la fundamentación de la condena en daños punitivos; y, 3) la confirmación de la Disposición apelada en todo lo demás que decide.

VII.---Costas y honorarios. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly A. y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010).

En consecuencia, corresponde (A) Por el recurso interpuesto por M. L. SA imponer las costas de alzada a la apelante vencida (artículo 69 CPCC), regulando los honorarios del letrado de la accionada recurrente Abogado S. J. C. en 12 IUS; y (B) Por el recurso interpuesto por B. D.C. SA imponer las

costas de alzada a la apelante vencida (artículo 69 CPCC), regulando los honorarios del letrado de la accionada recurrente Abogado F. P. G. en 12 IUS.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto

Madryn,

RESUELVE:

1. **ACOGER PARCIALMENTE** el recurso de la co-denunciada M. L. SA en cuanto objetó el empleo del rubro daño
punitivo para fundar la condena y en cuanto al cuestionamiento de la indemnización por daño directo en su faz cuantitativa;
2. **RECHAZAR** el recurso interpuesto por el B. D. C. SA; **3. REVOCAR PARCIALMENTE** la Disposición N° 52/2021 puesta en crisis en cuanto dispuso el empleo del rubro daño punitivo para fundar la condena y en lo relativo a la condena por valor de $ 325.000 por daño directo;
4. **DISPONER**: 1) Que la indemnización del daño directo sea fijada en la suma de $ 245.000 reclamada con más el interés de la tasa activa del B. D.L.P.D.C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que la Señora B. interpuso la denuncia; 2) Que quede sin efecto la fundamentación de la condena en daños punitivos; y, 3) Que la Disposición apelada sea confirmada en todo lo demás que decide.
5. **IMPONER LAS COSTAS y REGULAR HONORARIOS** de la

siguiente manera: (A) Por el recurso interpuesto por M. L. SA imponer las costas de alzada a la apelante vencida (artículo 69 CPCC), regulando los honorarios del letrado de la accionada recurrente Abogado S. J. C. en 12 IUS; y (B) Por el recurso interpuesto por B. del CHUBUT SA imponer las costas de alzada a la apelante vencida (artículo 69 CPCC), regulando los honorarios del letrado de la accionada recurrente Abogado F. P. G. en 12 IUS.

6. **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar con lo resuelto y encontrarse el Dr. Julián Emil Jalil en uso de licencia.

REGISTRADA BAJO EL N° /22 SICA