000321/2022

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2022.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **”B. P. SA en autos: " B. A. L.- B. P. S/ RECLAMO EXPE. N 700/2021 ODC" S/ Recurso de apelación” Expte N° 321/2022,** en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I. Las presentes actuaciones vienen por haber interpuesto y fundado a fs. 72/93, el B. P. S.A. recurso de apelación contra la Resolución N° 85/2022 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs. 57/61vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona al B. P. S.A. con una multa de $ 300.000 por infracción a los artículos 4° y 5° de la Ley 24.240; con más la suma de $ 400 en concepto de publicación de la decisión (Ley 24.240 art. 47 y arts. 6° inc. e) de la Ley VII N° 22 y 4° de la Ordenanza N° 6758/99).

II. La recurrente en su memoria de fs. 72/93, señala como primer agravio la arbitrariedad de la resolución y la falta de motivación por ausencia de consideración de los hechos fácticos. Expone que se lo sanciona por supuestas infracciones a la ley de Defensa del Consumidor sin identificar en forma suficiente la conducta que resultaría violatoria de la normativa, resultando dirimente el hecho que en la denuncia ni en la sanción se identifican con precisión cuales fueron los consumos que el denunciante ha desconocido y que pretendía su reversión.

Agrega que para atender el reclamo del consumidor éste debía identificar cuáles eran los cargos que

desconocía, y no fue hecho, conducta que impone el art. 26 de la ley de tarjeta de crédito.

Señala la inexistencia de infracción a la normativa invocada. En relación a la información (art. 4 LDC) dice que no hay fundamentos de que no haya presentado información al denunciante por haberle exigido que indique los cargos que desconocía presentando el formulario pertinente, no resultado un hecho controvertido que el consumidor jamás identificó con precisión cuales eran los cargos que desconocía. A su vez en cuanto al art. 5 LDC, expone que para brindar un servicio exento de daño estaba obligado a requerirle al consumidor el formulario con el detalle de los consumos desconocidos, pues al admitir como hipótesis que todos los consumos eran revisables podría haber causado un daño al anular consumos que si fueron realizados.

Insiste en que la valoración de los hechos y de la prueba es fundamental, de lo contrario se vuelve arbitraria la decisión por falta de fundamentos demostrables.

En subsidio peticiona la reducción del quantum de la multa atento la irrazonabilidad y desproporcionalidad que se verifica entre la supuesta infracción y la sanción impuesta.

Expone que si se tiene en cuenta que la causa del hecho no le es imputable, la sanción no puede ser más que un apercibimiento. Añade no se ha realizado una adecuada ponderación de los elementos del caso al momento de cuantificar la sanción que se le impuso.

Hace reserva de caso federal.

III. De las actuaciones surge que a fs. 1/2 el 16/06/21 el actor formula denuncia contra el B. P. Suc Industrial, por consumos desconocidos en su caja de

ahorros en pesos, cuenta corriente en pesos y caja de ahorro en dólares. Relató que hizo los reclamos ante la entidad y que no obtuvo respuesta. Adjunta Nota de reclamo presentada en el B. P. SA con fecha de recepción 07/05/21.

IV. A fs. 13 se realizó audiencia, labrándose acta.

V. A fs. 14/15 mediante apoderado el denunciado B. P. SA, fija posición indicando que no obran en sus registros reclamos y que sin perjuicio de que el plazo de reclamo de 30 días se encontraba vencido elevó los consumos desconocidos a Prisma Medios de Pago SA.

Se amplió citación a Prisma Medios de Pago SA y se celebró audiencia conciliatoria obrando acta a fs. 38. En dicha audiencia, el denunciado mantiene su posición y agrega que el reclamo fue dado de baja por no haber acompañado el formulario correspondiente, mientras que el denunciante sostuvo que el B. no atendió su reclamo y peticionó proceda a devolver los débitos desconocidos sobre su cuenta caja de ahorros en dólares (331,50), pesos ($36.300) y cuenta corriente en pesos.

A fs. 41/42 B. P. SA reitera su posición agregando que solicitó al Sr. B. remita por mail el formulario N° 05.0102 de transacciones no reconocidas, lo cual no fue nunca aportado por el denunciante. Dice que sin embargo elevó los consumos desconocidos a la administradora de la tarjeta, quien finalizó el reclamo por falta del formulario.

A fs. 44 obra Acta de imputación –Sumario N° 889 del 22 de diciembre de 2021 contra B. P. SA por infracción al art. 4 y 5 de la Ley 24.240, por incumplimiento del deber de información y de seguridad.

A fs. 47/55 presenta descargo.

A fs. 57/60, se dicta Resolución ODC MCR N° 85/2022 aquí recurrida.

IV. Ingresando al análisis del recurso, de los agravios vertidos surge que la institución denunciada centra sus defensas en la falta de aporte por el denunciante del formulario en el cual indique con precisión los consumos desconocidos, lo cual impidió realizar la investigación de los consumos por falta de documentación. Así también, brindar el servicio en condiciones seguras, ya que además de ello, no le ocasionó daño en la salud ni en la integridad física.

El deber de información al usuario contemplado en el art. 4 LDC, tiene raigambre constitucional por estar comprendido dentro del art. 42 de la C.N. y debe satisfacer todas las inquietudes que a aquél se le generen en relación al servicio que se le presta. "El deber de información constituye una obligación de resultado, pues la ley exige que esa información cumpla determinados y precisos contenidos. Por lo tanto, la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Protección procesal del usuario y consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403)."

"El porqué de la necesidad de una información al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente

que tiene respecto del proveedor de los conocimientos sobre los productos y servicios "(cfr. López Cabana, Roberto, 'Deber de información al usuario', Actualidad en Derecho Público (AeDP), nº 12, p. 89). Asimismo, es necesario destacar que, si bien el deber de información es particularmente relevante en la etapa de perfeccionamiento del vínculo, a fin de permitirle al consumidor efectuar una elección racional, no agota allí su contenido, sino que, por el contrario, subsiste plenamente durante toda la ejecución del contrato" ("B. P. S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", sent. del 12/5/09; RDC 1924/0. Sala B S.I. Nº 204/2009). Estos principios rectores son receptados por el Código Civil y Comercial en los arts. 1100 y 1382, normativa aplicable al caso.

De las constancias de autos surge que el Sr. B. requirió mediante una nota de fecha 07/05/21 información –motivo por el que se realizaron y no detección de la irregularidad-, relativa a consumos efectuados con su tarjeta de débito sobre su cuenta bancaria en dólares. Adjuntó resúmenes de movimientos marcando los consumos objeto de su petición.

Se observa que a fs 14/15 la denunciada negó que en sus reclamos internos existiera desconocimiento de débitos por parte del denunciante, mas posteriormente en oportunidad de la audiencia conciliatoria refiere que "verificó que el reclamo por los desconocimientos realizados por el consumidor fue finalizado por falta de formulario correspondiente, el cual no fue adjunto a la nota enviada por el cliente y que adjunta ahora y tampoco fue remitido con posterioridad". Asimismo, por vencimiento del plazo manifestó no formula propuesta conciliatoria.

Por otro lado, de fs. 21/25 y 29/33 se desprende que el denunciante nuevamente desconoce la totalidad de los consumos en dólares, como también que la denunciada no ha dado oportuna respuesta, toda vez que surge que en fecha 9 y 12 junio/21 y 10/07/21 aún no se expedía sobre el reclamo, recién solicitando el formulario al que refiere en fecha 16/07/21 (fs. 56).

Así también, si bien la denunciada manifestó elevar el reclamo a la administradora, no obra en las actuaciones constancia alguna que acredite sus dichos, ni de su resolución desfavorable y motivos, por ésta última.

Es decir, no surge que la información requerida haya sido entregada al cliente, ni que se haya dado curso a una investigación a fin de corroborar posibles irregularidades o deficiencias de seguridad, ni siquiera al menos respecto de los consumos marcados en el resumen de movimientos bancarios por el consumidor, limitándose a rechazar el reclamo por falta de presentación de un formulario.

Cabe advertir que la denuncia formulada ante la autoridad de aplicación es congruente con el reclamo que –antes- efectuara el Sr. B. a la entidad bancaria mediante nota, recepcionada por dicha entidad el día 7 de mayo del 2021 –fs.3- y que no fuera contestada. Frente a la contestación de la denuncia por parte del B., obviando la información requerida el reclamante, mantiene y ratifica la denuncia contra el B. P. SA.

Ello, puede ser verificado de la documental obrante a fs. 21/25 29/33 de las presentes actuaciones, que fue aportada por el reclamante.

En resumen, en los reclamos formalizados por el cliente denunciante ante la entidad bancaria y por ante

la autoridad de aplicación, no reconoce haber realizado las operaciones en dólares y otras en pesos. Habida cuenta de lo cual, se imponía una investigación y brindar información cierta, precisa, clara y oportuna por parte del B. de las operaciones realizadas y debitadas de las cajas de ahorro en pesos y dólares de su cliente.

Y este "onus probandi" es asignado a la entidad prestataria del servicio bancario, puesto que no solo es quien se encuentra –como en general ocurre- en una mejor posición para acreditar los hechos controvertidos, máxime cuando la prestataria se trata de una entidad bancaria como la impugnante en autos, sino también por cuanto esta es la regla prevista por el legislador y que cabe entender que es contemplada para todo tipo de proceso donde transiten controversias vinculadas a relaciones del consumo (Conf.: art. 53 de la Ley 24.240).

Y se afirma que rige para todo tipo de proceso en donde se encuentren controvertidos derechos del consumidor, sea que se tramite en sede administrativa o judicial, aún cuando no se soslaya que dicha atribución de carga de la prueba se encuentra contemplada por la ley 24.240 en el capítulo referido a los procesos judiciales. Empero, y a pesar de ello, puede ser afirmado que rige plenamente también para el procedimiento a realizar en sede administrativa toda vez que su fundamento es el mismo: el deber de colaboración, probidad y buena fe que rige para la tutela de los derechos del consumidor y del usuario de modo prevalente en cabeza de los proveedores o prestadores de servicios.

Asimismo debemos recordar que el mentado deber de información al usuario contemplado en el art. 4 de la

ley 24.240, tiene raigambre constitucional por estar comprendido dentro del art. 42 de la C.N. Ello así, el derecho a la información se ubica en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores, en tanto les permite resguardar sus intereses económicos e incluso la vida y la salud.

A su vez el art. 1100 del C.C.C. establece "El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión."

El deber información es la posibilidad cierta, objetiva y adecuada que le permita al consumidor interiorizarse realmente sobre las circunstancias relativas a su reclamo de manera que descarte o confirme sus dudas. La información "adecuada" es la información pertinente, útil, relevante, la que esclarece de modo cierto y detallado sobre la circunstancia que interesa a quien la requiere.

De la documental glosada a fs. 3/10 puede corroborarse, en primer lugar, que frente a la nota presentada por el cliente a la entidad bancaria el día 7 de mayo de 2021 ésta no fue contestada informando sobre los puntos allí requeridos, toda vez que resulta claro que dichos puntos para ser contestados requerían una previa investigación por parte del B.. Y el reclamante había aportado parcialmente datos de las operaciones dudosas que permitirían su análisis por la institución.

Entonces, en el particular, el deber de informar al cliente, consistía en comunicarle el resultado del Trámite N° 2170207821 en relación a las operaciones debitadas de sus cuentas bancarias durante los meses involucrados, como también del resultado de la investigación referida a las posibles irregularidades de las operaciones desconocidas por el reclamante. En consecuencia, el agravio debe ser rechazado.

Respecto al incumplimiento del art. 5 de la Ley 24.240 –deber de seguridad y confianza- el organismo le achaca a la entidad bancaria que por la falla del sistema se incumplió el deber de protección del consumidor.

Para sostener esta postura, como bien señala la recurrente, parte de una falla en el sistema de seguridad bancaria, luego habla de que: "Las fallas frecuentes en la seguridad constituyen una fuente de daños permanentes que contradicen la apariencia de confiabilidad con que el servicio es prestado ante el público, de tal manera se pone de manifiesto una gran inseguridad en todo tipo de operaciones electrónicas, cuando por el contrario la base del sistema debe ser precisamente la seguridad y la confianza en su correcto funcionamiento…" concluyendo de esta generalidad que existió un claro incumplimiento respecto de su deber de protección del consumidor constituyendo una infracción al mencionado artículo.

En este punto corresponde poner de resalto que el organismo llega a esta conclusión por una mera conjetura, en tanto afirma algo general pero no la funda en el caso concreto, no ha sugerido siquiera cuáles son

las pruebas con los que cuenta para sostener lo que dice, no existiendo prueba alguna.

Por lo tanto, el agravio relativo a la imposición de la sanción por incumplimiento del art. 5 de la Ley 24.240, será admitido.

V. Corresponde ahora abordar el examen del quantum de la multa impuesta.

En síntesis, el recurrente sostuvo que resulta irrazonable, desproporcionada en relación a la sanción y conducta que lo motiva, e infundada toda vez que no se ha realizado una adecuada ponderación de los elementos del caso para cuantificar la sanción. No expresó cuál es el perjuicio real y cuantificable que habría sufrido el consumidor en relación a su reclamo, tampoco el grado de intencionalidad y el beneficio que habría obtenido su parte que haya derivado de los hechos que fundamentan la imposición de la sanción. Solicita se reduzca a un apercibimiento.

En relación con los parámetros que se encuentran en la Ley de Defensa del Consumidor relativos a la graduación de las sanciones, cabe recordar que el art. 47 establece, en cuanto aquí interesa, que "Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de las siguientes sanciones: (...) b) multa de cien pesos ($ 100) a cinco millones de pesos ($ 5.000.000) hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción". A su vez, el art. 49 de la misma ley prescribe que “en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el art. 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la

gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (art. 49, primer párrafo).

Teniendo en cuenta éstos parámetros, la entidad de la conducta sancionada (incumplimiento del deber de información), y la falta de diligencia sin perjuicio de la información parcial brindada por el consumidor, se advierte que el monto establecido por la autoridad administrativa, el cual se encuentra dentro de los parámetros de la escala legal, es razonable respecto de la falta cometida.

Por lo expuesto, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 72/93, revocando y dejando sin efecto la configuración de la infracción al Art. 5 de la ley 24240 por la recurrente, y confirmar en lo restante a la Resolución N° 85/2022 de la ODC.

VI. Las costas de ésta instancia se imponen al recurrente (art. 69 CPr).

Los honorarios profesionales se regulan teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por B. P. SA a fs. 72/93, revocando y dejando sin efecto la configuración de la

infracción al Art. 5 de la ley 24240, y confirmar en lo restante la Resolución N° 85/2022 de la ODC.

2) Las costas de esta instancia se imponen al recurrente.

3) Regular los honorarios profesionales de los Dres. J. M. S. y M. V. D., conjuntamente, en la suma equivalente a OCHO (8) JUS; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

VERÓNICA DANIELA ROBERT
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2022

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INSTERLOCUTORIAS