Trelew, 14 de noviembre de 2023.-

VISTOS: Estos autos caratulados: “B. C. C. L. s/ Recurso de Apelación art. 7 - Ley VII N° 22 (M., R. M.)” (Expte. N° 569 - Año 2023 CAT) venidos a despacho a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la denunciada “B. C. C. L." a fs. 108/135 vta., contra la Disposición Nro. 118/2023 de la Oficina de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Trelew de fs. 96/98 y vta., concedido a fs. 136 (04/09/2023).

Y CONSIDERANDO:

I.- Por Disposición N° 118/23 ODC la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew -en lo pertinente- impuso a “T. M. A. S.A.” -en adelante T.- y al “B. C. C. L.” -en adelante B. C.- una multa de $180.000 a cada una por infracción a la normativa de la Ley N° 24.240 (particularmente a los artículos a los arts. 4, 8 bis y 19, conforme surge de los considerandos). Asimismo, ordenó a las empresas a que devuelvan al consumidor la suma de $156.433,29 más sus intereses, calculados conforme SICAL tasa activa del B. del Chubut S.A., desde la fecha del desconocimiento de los movimientos denunciados, a saber del 14/02/2022, hasta su efectivo pago.

Para ello tuvo en consideración que el 9 de marzo del 2022 el Sr. R. M. M. ingresó una denuncia debido a que el 13 de febrero del 2022 se halló con el faltante de $156.433,29 en su cuenta corriente del B. C.. Nro. 1911465029447, producto de una transferencia que no habría realizado, que impactó el 14 de febrero del 2022 y fue enviado a la entidad W.- B. receptor- Cuit del destinatario X. (fs.10).

Expuso que el usuario realizó en reiteradas oportunidades y por diferentes medios el reclamo correspondiente en su entidad bancaria y al no recibir una respuesta clara, detallada, concreta y veraz, es que ingresó denuncia ante la ODC.

Indicó que a fs. 6/8 surge la comunicación por correo electrónico de la empresa y el número de gestión realizada por teléfono identificada bajo el Nro. X.. Agregó que a fs. 28 (ref. 30/vta.) obra acta de conciliación, donde se presentó el apoderado del B. C. C. L. -B. emisor- y solicitó un plazo para presentar el descargo formal, que fue presentado a fs. a fs. 32/42, donde manifestó que la operación fue realizada por celular a la Sra. R. D. L. A. M. y la clave móvil y el teléfono asociados eran válidos, lo cual permitió que se acceda a través de su dispositivo y número telefónico a la banca móvil, por lo cual los sistemas no habrían fallado sino por el contrario resultó una operación exitosa, añadiendo que se cumplió cabalmente con las normas de seguridad del BCRA.

Expresó que a fs. 48 (ver refoliado 51) el denunciante realizó una extensión de su denuncia, informando que su celular se encontraba intervenido en el momento de la transferencia, sin poder realizar ninguna operación sobre el aparato celular y que, al

comunicarse con la proveedora -M. T. A. S.A.- le indicaron que su aparato celular registrado era un Motorola G4 Plus, desconociendo en ese momento si ese celular era de su propiedad y que, por ello, al momento de realizar el primer reclamo, informó un celular alternativo y su correo personal, y pese a ello no recibió ninguna comunicación.

Señaló que se le corrió traslado de la denuncia a la firma M. T. A. S.A. (ver refoliado 52) y a fs. 51 (ver refoliado 54), mediante el correo oficial de la empresa-notificacionesdefensadelconsumidor.ar@telefonica.com-, la operadora T. manifestó que el 13 de febrero del 2022, a las 16:45:46, se realizó un cambio de SIM CARD auto gestionable, bajo el número de interacción X. del día 13/2 y se realizó la suspensión de servicios por posible robo o alteración de IMEI O CHIP y que, por ello, la empresa de telefonía resaltó que debía dirigirse el reclamo a la entidad financiera, y que ellos serían parte del nexo causal que terminó en delito.

Añadió que a fs. 61/62 vta. se labró Acta de Infracción N° 123/22 contra las denunciadas.

Expresó que, habiéndose escuchado a todas las partes, surgía una vulneración de los derechos consagrados en la LDC al haberse infringido el derecho a la información por no haber sido recibida por el consumidor de manera veraz, cierta y detallada, conforme lo relatado en el sentido de que ingresó la denuncia, realizó en reiteradas oportunidades y por diferentes medios -vía T., correo electrónico, en sucursal- el reclamo correspondiente en su entidad bancaria y recién haber obtenido una respuesta al iniciar el presente expediente y luego del acta de conciliación.

Expuso que lo manifestado hacía presumir una negligencia en la prestación del servicio por parte de la operadora T., ya que un tercero desconocido habría duplicado el chip del denunciante, vulnerando la verificación de la identidad del verdadero titular de la línea, lo que es conocido como "S. S." donde el fin de la duplicación es obtener información de la víctima como contactos, fotos, videos e incluso datos personales, como en el presente, datos de la cuenta bancaria y es fundamental para obtener el doble factor de autenticación, por lo que -afirmó- se evidencia por parte de la empresa T. una falta de implementación de protocolos de verificación de identidad a la hora de solicitar la copia de la tarjeta de S., con la importancia que tiene.

Efectuó algunas consideraciones al respecto para concluir que en ningún momento el usuario prestó sus contraseñas o sus datos bancarios a un tercero, por lo que no participó del nexo causal.

Manifestó que, acorde a los hechos que surgen del caso, los escritos de las partes, las pruebas aportadas y lo manifestado, se podía presumir una vulneración por parte de las empresas a la ley 24.240, particularmente en los artículos 4, 8 bis, 19 y 40 bis, y establecer

la existencia de un presunto daño económico ante el faltante de las sumas denunciadas de la cuenta bancaria del consumidor, en razón de una transferencia que no realizó y que, presuntamente, se debió a la duplicación de su tarjeta S. como consecuencia de la falta de seguridad y verificación de identidad por parte de la operadora T..

II.- Contra dicha disposición el B. C. interpuso recurso de apelación a fs. 108/135 vta. En primer lugar, cuestionó la multa impuesta en razón de la infracción al art. 4 de la LDC. Sostuvo que la disposición pasa por alto el contenido informativo y documental acompañado por su parte en su presentación del 14/11/2022 y la que surge del expediente donde se probó que no es cierto que el denunciante no haya recibido respuesta. Expuso que existieron varias comunicaciones, informaciones y acciones tomadas por el B. y que en la disposición no se aclara qué información no se brindó al usuario. Efectúa un relato de las comunicaciones que dice haber mantenido con el consumidor, poniendo de resalto que en todas ellas se le brindó respuesta al Sr. M.. Añadió que el usuario no comunicó el inconveniente que había tenido en su línea T., lo que demuestra su falta al deber de colaboración y ocultamiento de información que resultó esencial en la causación del daño. Asegura que el B. C. fue el único que, dentro de sus posibilidades y competencias brindó siempre información de relevancia para dar al usuario herramientas conducentes para restaurar su patrimonio, lo que destacó- no hizo el B. receptor -B. W. S.A.U.

Respecto a la aplicación de la multa por violación al art. 8 bis de la LDC, referida al trato digno, indicó que la disposición nada dice que pueda tomarse como fundamento y nada se probó al respecto, por lo que deviene nula por falta de fundamentos. Expuso que tal conducta se podría achacar a la empresa T..

Con relación a la infracción al art. 19 de la LDC, expresó que tampoco se ha dicho nada respecto a la actuación del B. que otorgue fundamento a su aplicación. Afirmó que la entidad bancaria ha desplegado su accionar en un todo de acuerdo a la normativa del BCRA y utilizando todos los medios a su alcance para mantener contacto “seguro” con el reclamante y que recupere su dinero, sin que se haya probado una falta en su contra sino que en todo caso se debe aplicar a la empresa T..

Expuso que nada de eso puede configurar ni justificar una responsabilidad solidaria por resultar infundada y arbitraria tal acusación de infracción al B..

En lo que respecta a la aplicación del art. 40 bis de la LDC, indicó que no se ha probado infracción alguna y, por lo tanto, no es pasible de reparar un daño al denunciante que no ha provocado y en el cual no ha participado. Agregó que, en todo caso, es el “B. W.” receptor quien debía brindar mayores datos tanto del receptor como el destino posterior de los fondos. Manifestó que, por otra parte, el daño directo no se demandó y, por consiguiente, no pudo ejercer su debida defensa.

También se agravió por elevar la multa en base a la reincidencia de la codenunciada “M.”.

Finalmente, ofreció prueba, formuló reserva del caso federal y solicitó que se disponga la nulidad y revocación de la disposición y se absuelva a su parte de toda responsabilidad.

III.- DeL. la materia sobre la cual debe intervenir este Tribunal de Alzada, se procederá al análisis de los agravios vertidos, aclarando que la decisión que se adopte responderá a verificar la debida aplicación de las normas por parte de la autoridad administrativa, conforme los hechos que fueron denunciados y acreditados en el procedimiento.

En este punto debe recordarse que esta Alzada ejerce en estos casos el control judicial de los actos administrativos, L. a la legalidad de los procedimientos y de las decisiones dictadas por la Administración, que remite a verificar la debida aplicación de las normas, de manera que los hechos se revelen adecuadamente aclarados y lo decidido se ajuste razonablemente al texto legal (STJCh, SD Nº 18/SRE/2002, SD Nº 13/SCA/2006, y SI Nº 20/SCA/2010; CSJN, 03/06/08, Fallos 331:1369, del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal; Cassagne, Juan Carlos, “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, LL, 2008-E, 1274).

En dicho marco, también este Tribunal, si bien debe ejercer la competencia revisora debe ceñirse a los puntos objetados (conf. art. 280 del CPCC, por remisión del párr. final art. 7º de la Ley VII nº 22).

Asimismo, cabe recordar que esta Alzada no se encuentra obligada a analizar cada una de las cuestiones introducidas por las apelantes en sus expresiones de agravios, sino tan sólo aquéllas que resultan conducentes para decidir respecto de la disposición impugnada y sean suficientes para emitir un pronunciamiento válido, siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 258:304; 262:222; 2723:225, 278:221, 291:390, entre otros).

En este orden, la recurrente se agravia en cuanto la autoridad de aplicación le impuso multa por haberse considerado infringidos los arts. 4, 8 bis, 19 y 40 bis de la LDC.

En primer lugar, se advierte que la denunciada realizó el descargo correspondiente al Acta de Imputación- Infracción y Apertura de Sumario N° 123/2023 (conf. art. 6 de la Ley V N° 22), a fin de ejercer su derecho de defensa y presentar las pruebas que estimaba pertinentes, tal como surge de fs. 77/88, donde únicamente acompañó la copia de un correo electrónico del 02/03/2022 que informaba al usuario que no era posible dar curso favorable

a su presentación y debía ponerse en contacto con el sector/filial donde realizó la misma, sin aclarar a que presentación se refería más que a través de un número de identificación interna de la entidad “N° 73487” (ver fs. 88)

Debe aclararse que además la denunciada se presentó a contestar el traslado de la denuncia (ver fs. 35/45) que le fue conferido con posterioridad a la realización de la audiencia de conciliación (fs. 30), donde efectuó un relato de los hechos desde su perspectiva y acompañó extractos de movimientos de la cuenta bancaria del Sr. M. y constancia de los datos personales que figuran en la entidad respecto al usuario (ver fs. 42/45).

Pues, bien, dicha prueba, que es reiterada en oportunidad de presentar su apelación (ver fs. 118/135) es la única ofrecida por su parte para desvirtuar los hechos y cuestionar las infracciones imputadas por el organismo administrativo, las que -desde ya, se adelanta- claramente no cumplen con su cometido.

Sin lugar a dudas, las mencionadas (particularmente al efectuar el descargo contra la imputación en su contra) eran las oportunidades que tenía la denunciada en la instancia administrativa para aportar toda la prueba indispensable para esclarecer el caso y evitar la aplicación de las sanciones que se le imputaron o el daño directo que aquí cuestiona, lo que no hizo ni intentó.

Al respecto, es de recordar la finalidad tuitiva que persigue la LDC en su integralidad se traduce en la protección de la parte débil de la relación de consumo. De allí que, recibidas las actuaciones en esta sede, se aprecie la actividad seguida por los contradictores en sede administrativa y se extraigan los indicios de su conducta que sirvan de argumentos a la hora de valorar la prueba aportada.

Ello no implica obligar a las empresas infractoras a producir prueba en su contra, sino que se le impone la carga de colaborar activamente en la dilucidación de la verdad objetiva del caso, evitando actitudes tendientes a obstaculizar el reclamo de la contraria para obtener la satisfacción de su pretensión.

En tal sentido, no obstante la carga de la prueba que pesaba sobre la apelante, ninguna prueba aportó en sede administrativa tendiente a torcer la decisión de la Administración y así evitar la aplicación de las sanciones y el daño directo que finalmente se adoptó con apoyo en los elementos aportados en dicha sede.

Es que, de las constancias de la causa surge que se no se brindó información al denunciante en forma cierta, clara y detallada respecto de la operación que fue desconocida por su parte, esto es, la transferencia de la suma de $156.433,29. Por el contrario, de la prueba documental acompañada surge que la información brindada por la entidad bancaria

resultó difusa e incompleta, sin la más mínima intención de brindar la información necesaria a su cliente que permita resolver su inconveniente. Nótese que la recurrente hace hincapié en su expresión de agravios en que se brindó “respuesta” en todo momento al usuario, más no refiere que dicha respuesta debía consistir en una información eficaz al consumidor como dispone la normativa aplicable.

En tal sentido, debe recordarse que el deber de informar que pesa sobre los proveedores se establece en el art. 4 de la LDC y tiene base constitucional en el art. 42, encontrándose presente sobre toda la duración de la relación de consumo, en tanto “es previo, concomitante y posterior a la formalización del contrato, para que el consumidor obtenga la ejecución satisfactoria con relación al bien o servicio contratado, lo cual hace al leal y cabal conocimiento que el consumidor debe tener sobre los alcances de la relación jurídica que lo vincula con quien posee el poder económico de predisponer los términos contractuales” (Vallespinos, Carlos Gustavo y Ossola, Federico Alejandro, “La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 229, 233 y 304).

Con todo, el deber de información es una obligación de resultado que debe cumplir con determinados y precisos contenidos, por lo que la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la parte obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto, lo que justifica -en definitiva- la imposición de la multa (conf. Ayala Espino, “Instituciones y economía”, Ed. FCE, México, 1999, p. 139 y sig.; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Protección procesal del usuario y consumidor”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403).

Nunca debe perderse el rumbo respecto a que el régimen de protección consumeril se dirige, precisamente, a dar una respuesta ágil y efectiva a aquellas personas que consumen bienes y servicios como destinatarios finales, lo que incluye no sólo las reglas de fondo sino también las de forma.

En este contexto, se advierte que el consumidor no pudo encontrar una solución rápida, proactiva, adecuada y efectiva y el hecho de que un reclamo de esta naturaleza arribe a esta instancia demuestra, más que la defensa de intereses controvertidos, la tozuda posición comercial de quien no ha comprendido la finalidad del sistema ni el mercado donde interactúa y que intenta en todo momento desligarse de su responsabilidad como proveedora de servicios achacando la responsabilidad a la empresa de telefonía codenunciada, sin demostrar un accionar adecuado a la normativa aplicable.

Es que la responsabilidad que pesa sobre las empresas codenunciadas, además de ser objetiva, es solidaria en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la LDC.

Debido a ello, resultan estériles las referencias que la recurrente pueda realizar respecto a la actitud llevada a cabo por la otra codenunciada a fin de resolver el conflicto que nos ocupa.

Todo lo cual, atendiendo al tipo de operación que vincula al denunciante con el B. denunciado, se integra con las exigencias y requisitos propios de las operaciones de crédito para consumo y financieras para el consumo previstas en el art. 36 de la LDC y la protección de los usuarios de servicios financieros.

Por otra parte, se ha señalado que la infracción prevista en el art. 19, ley 24.240 (Modalidades en la prestación de servicios) se corresponde con las denominadas infracciones formales, ya que lo que sanciona la Ley de Defensa del Consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario consumidor. Alcanza con la verificación de tales hechos para hacer nacer por sí la responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley, sin que pueda ser causa atenuante, en principio, el hecho de que las partes en juego hayan arribado a un acuerdo conciliatorio posterior a la oportunidad procesal prevista en la propia ley. Su apreciación es objetiva. Se configura por la simple omisión, que basta, por sí misma, para violar las normas (conf. American Express A. S.A. y otros vs. Dirección Nacional de Comercio Interior s. Disposición 934/2004 /// CNCAF Sala II; 13/07/2006; Rubinzal Online; RC J 2023/06).

En cuanto al cuestionamiento referido a que no se hizo alusión a fundamentos para aplicar la sanción al art. 8 bis de la LDC, asiste razón a la recurrente. Pues, más allá de que pueda considerarse un trato indigno el llevado a cabo por su parte o por la otra condenunciada, lo cierto es que no se hizo alusión alguna a la actitud de la entidad bancaria para endilgarle tal conducta, lo que lleva a dejar sin efecto la aplicación de la multa por infracción al art. 8 bis de la LDC respecto al B. C..

En consecuencia, corresponde confirmar la aplicación de las multas por infracción a los arts. 4 y 29 de la LDC y dejarla sin efecto con relación al art. 8 bis de la LDC.

IV.- En cuanto al monto de la sanción que la autoridad administrativa impuso por la suma de $180.000 para cada codenunciada, cabe poner de resalto que se tuvo en consideración la importancia que tienen a nivel local y nacional, más sin aportar otro dato concreto relacionado con la causa que permita inferir que el monto de las multas resultó acorde a los incumplimientos verificados ya que hace alusión a características de la empresa T. en particular sin aludir a fundamentos respecto a la entidad bancaria.

Pues bien, según las constancias del expediente, la queja del denunciante se originó por la transacción de dinero no consentida por su parte que se encontraba en la cuenta bancaria de la entidad codenunciada, por la suma de $156.433,29.

En tal sentido, tiene dicho esta Sala en SICA 06/18, entre otras, que la sanción administrativa para ser adecuada y proporcional debe, además de recitar los presupuestos establecidos en el art. 49 de la LDC, explicitar cómo esas pautas serán articuladas para resolver el caso concreto.

Es decir, la autoridad administrativa debió explicar cómo esos criterios de cuantificación previstos en la ley le permitieron deducir que, frente a las cuestiones fácticas ventiladas en autos, correspondía aplicar una sanción, en el caso de la codenunciada B. C. –recuérdese que la Disposición se encuentra firme para la empresa T. por no haber sido cuestionada por su parte–, mayor al valor de las sumas que fueron indebidamente detraídas de su cuenta bancaria.

Es que, en primer lugar, resultan un tanto vagas las formulaciones que realiza el organismo sin referir concretamente al caso de marras y las circunstancias que rodean el incumplimiento de las codenunciadas. En segundo lugar, carece de concreción al no haber sido capaz de explicar la autoridad administrativa de qué manera aplicó las reglas legales genéricas al caso concreto que estaba resolviendo. Y, debe decirse, que ambos defectos son insalvables porque una resolución administrativa que omite considerar las cuestiones fácticas es dogmática o arbitraria.

La jurisprudencia apoya este criterio y en más de un pronunciamiento ha dicho que: En suma, cuando la Administración impone una sanción en los términos del inciso a) del art. 18 de la Ley…, debe considerar los supuestos contemplados en el art. 49 de la ley N° 24.240, además de los establecidos en el art. 19 de la Ley N° 747, de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso. (Cam. Nac. Apelac. Contec. Adm. Fedral, CABA, Sala II, Jumbo Retail A. SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor, 22/03/2018, La Ley, Cita Online: AR/JUR/5549/2018).

En ese orden de ideas, se entiende que la aplicación de una multa de $ 180.000 a cargo de la codenunciada B. C. es desproporcionada, por lo que deberá ser reajustada en la mitad de la suma que fue condenada como capital en concepto de daño directo, esto es, la suma de $78.216,65 por estimar que dicho importe satisface el fin disuasorio perseguido con su imposición y resulta adecuado y proporcional a las infracciones verificadas en estos actuados y las circunstancias que la rodearon. Para ello, también se considera que fue desestimada la existencia de una infracción al art. 8 bis de la LDC que fuera incorporado en el acta de imputación N° 123/2023 (fs. 61/62vta.).

V.- Seguidamente, corresponde ingresar al cuestionamiento sobre el daño directo que cuestiona la recurrente por considerar que no tuvo responsabilidad en la configuración del mismo y no fue demandado por el consumidor denunciante.

Cabe poner de resalto que desde el inicio de las actuaciones el consumidor reclamó expresamente que pretendía la devolución del dinero actualizado por la demora (ver fs. 2).

Por tal motivo, la autoridad de aplicación condenó a las codenunciadas al pago de dicha suma, a los que además ordenó aplicar los intereses correspondientes.

En tales condiciones, se observa que el razonamiento de la autoridad administrativa resultó acorde a las pretensiones de la consumidora y las infracciones cometidas por ambas empresas.

Al respecto, la codenunciada nada dice al respecto más que manifestar su mera disconformidad con la decisión alegando -nuevamente- la falta de responsabilidad de su parte que, cabe destacar, fue desestimado conforme surge de los párrafos que anteceden.

No debe soslayarse que, conforme su actual redacción el daño directo contemplado en el art. 40 bis de la LDC se refiere a: todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios… (Art. 40 bis, LDC, primer párrafo).

En tales condiciones, no resultan atendibles las manifestaciones de la entidad bancaria recurrente referidas a que carece de responsabilidad en la especie, intentando desligarse en la mera invocación de la conducta desplegada en la empresa T. codenunciada o en la entidad bancaria receptora de las sumas en cuestión (W. SAU).

Es que de tal manera evade hacerse cargo del deber de seguridad que le cabe como entidad financiera y proveedora altamente calificada en virtud de su profesionalidad. Pues, no debe soslayarse que concurre una exigencia agravada derivada de la profesionalidad que, cabe presumir, ostenta la entidad bancaria en el desarrollo de su intermediación financiera en el mercado del dinero y –como se indicó anteriormente– el tipo de operación que vincula al denunciante con el B. denunciado, que debe integrarse con las exigencias y requisitos propios de las operaciones de crédito para consumo y financieras que lleva a cabo la proveedora, lo que se corresponde con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional que dispone expresamente que *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*” y la variada normativa establecida como piso mínimo en materia de seguridad por el BCRA como ente regulador de las

entidades financieras (véase https://www.bcra.gob.ar/pdfs/texord/t-seguef.pdf y la normativa que el BCRA haya dispuesto en concordancia).

Al respecto, en un antecedente de similares características al presente, se señaló que la actividad defensiva desplegada por la entidad bancaria demandada estuvo direccionada principalmente a atribuirle a la actora su necesaria intervención para la concreción del evento dañoso (pishing o fraude electrónico). Más nada expuso ni intentó probar respecto de las medidas complementarias de seguridad que hubiese adoptado en atención a lo establecido en la Comunicación BCRA A N° 6017 del 15/07/2016 y modificatorias. Del marco normativo referido surgen, como aspectos centrales del deber de seguridad que pesa sobre las entidades bancarias, por una parte la necesaria implementación de mecanismos de monitoreo transaccional vinculados al perfil del usuario para advertir y actuar ante situaciones sospechosas y, por la otra, la exigencia de mecanismos de comunicación alternativos y de identificación positiva. El cumplimiento de los mecanismos descriptos para operar por canales electrónicos regulados expresamente por la autoridad de aplicación (aunque pueden ser catalogados como complementarios a los sistemas de validación mediante claves personales) es obligatorio para los B.s y, en el caso, no se verifica ni se ha demostrado que tales dispositivos hayan sido debidamente observados. En consecuencia, se ajustan a derecho las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, en la medida que tienen por acreditada la conducta antijurídica del B. como hecho generador de responsabilidad y del consecuente deber de reparar (arts. 1716 y 1717, Código Civil y Comercial) [Bartorelli, Emma Graciela vs. B. Patagonia S.A. s. Daños y perjuicios - Casación /// STJ, Río Negro; 17/10/2023; Rubinzal Online; RC J 4441/23].

De tal modo, resulta claro que la recurrente no logró y ni siquiera intentó demostrar que llevó a cabo las medidas de seguridad establecidas por la normativa aplicable para desligarse de responsabilidad en la especie. Nótese que ni siquiera fueron mencionadas en la expresión de agravios que realiza, en donde se ocupa principalmente de destacar la conducta desplegada por la otra codenunciada para desligarse de su propia responsabilidad.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar este agravio dirigido a cuestionar la aplicación y el monto del daño directo y, en consecuencia, confirmar la Disposición impugnada al respecto.

VI.- En conclusión, la decisión de la autoridad de aplicación presenta los elementos esenciales suficientes para que sea confirmada –con excepción a lo referente al monto de las sanciones aplicadas y a la aplicación de la multa por infracción al art. 8 bis de la LDC–: los presupuestos de hecho y de derecho en que se traduce la motivación, lo que permite explicar un acto administrativo válido y eficaz. La Disposición en examen cuenta con motivación suficiente en relación con los hechos, su prueba y valoración, el

derecho aplicable y la sanción consecuente, la cual se corresponde con la imputación no rebatida (art. 5°, ap. VIII, Dec. 896/98; arts. 26, incs. 1º, ap. "a", y 3º, 27, 28 y 30, Ley I nº 18;; Dromi, “Derecho administrativo”, Ed. Ciudad A., Buenos Aires, 10ª ed., 2004, pp. 376-377).

En cuanto a la multa aplicada, que aquí nos ocupa, surge que el presupuesto de hecho para sancionar es la verificación de una infracción al régimen de la Ley 24.240 y ella, conforme surge del expediente y lo ya señalado, es objetivamente suficiente a los fines de la defensa de los consumidores (doc. arts. 3° y 37, LDC; art. 6°, inc. “b”, ley VII n° 22).

Ello, claro está, sin perjuicio de que no se verificaron en la especie que haya resultado adecuado el criterio de la Autoridad de Aplicación para graduar la sanción conforme las prescripciones de la LDC y no se brindó fundamentación alguna para aplicar la sanción respecto al art. 8 bis de la LDC.

Por lo tanto, puede sostenerse que en el caso concreto no se advierte que la Disposición recurrida sea consecuencia de un desvío de las posibilidades reglamentarias aplicables en cuanto a la sanción de la infracción y su fundamento, sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente.

Por todo ello, corresponde revocar parcialmente la Disposición N° 118/23 ODC de fs. 96/98vta. para dejar sin efecto la aplicación de la multa por infracción al art. 8 bis de la LDC y disminuir el monto de la sanción aplicada al B. C. a la suma de $78.
216,65, confirmándola en todo lo demás que ha sido motivo de agravios.

En atención al resultado obtenido, corresponde que se impongan las costas a la apelante dada la calidad de vencida y en virtud del principio objetivo de la derrota, teniendo en consideración que la disminución del monto de la sanción que aquí se dispone no tiene la virtualidad suficiente para modificar el principio aludido (arts. 69 y 70 del C.P.C.C.).

En virtud de ello, se regulan los honorarios de la Dra. M. C. H. M., letrada apoderada de la codenunciada B. C., por sus labores en esta sede, en el 3,5 % del monto de las sanciones –sumadas– e indemnización impuesta en concepto de daño directo. En caso de que la suma resultante sea inferior al mínimo legal de 8 Jus, se regulará este último (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente, si correspondiere, siempre que no se encuentren comprendida en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.

VII.- <u>Disidencia parcial del Dr. Sergio Rubén Lucero</u>:

Coincido plenamente con mis colegas de Sala en lo atinente a que no resultan atendibles los cuestionamientos de la recurrente sobre la imposición de la multa por infracción a los arts. 4 y 19 de la LDC y, corolario de ello, también concuerdo en que corresponde la confirmación de las sanciones aplicadas por infracción a dichos artículos,

aunque corresponde dejar sin efecto su aplicación por infracción al art. 8 bis de la LDC y reducir el monto de la misma a la suma indicada por mis colegas, en los términos de los arts. 47 y 49 de LDC.

Sin embargo, y es aquí donde me aparto de la opinión vertida por los magistrados prevotantes, considero que el daño directo (art. 40 bis) que fue concedido a favor del consumidor fue decidido por la autoridad administrativa en un exceso de facultades dado que no se concretó en el momento procesal oportuno el planteo concreto -demanda propiamente dicha- de tal pretensión, tal como afirma la recurrente en su apelación.

A partir de ello, se constata que la postulación inicial del consumidor se realizó a través de la denuncia que luce a fs. 1/10 de estas actuaciones, contestada por la denunciada recurrente a fs. 35/45 donde se refirió a lo acontecido y acompañó prueba. Luego, ante el fracaso de la audiencia de conciliación de partes (fs. 30), se concretó la imputación administrativa mediante el Acta de Imputación - Infracción y Apertura de Sumario N° 123/2022 (fs. 61/62vta.) por infracción a los artículos 4, 8 bis, 19 y 40 bis de la Ley N° 24.240, le siguió el respectivo descargo (fs. 77/88) y por último, se dictó la disposición recurrida (fs. 96/98vta.).

Esta reseña permite comprobar que, si bien la denunciante solicitó que se abone la suma de $ 156.433,29 más sus intereses por el valor de las sumas indebidamente detraídas de su cuenta bancaria, ello no importó más que el adelanto de su intención de pretender el “daño directo” de ser ello necesario por no encontrar solución a su interés en el etapa conciliatoria que se abriera con motivo de tal denuncia.

De manera tal que, si luego no concretó oportunamente su demanda por daño directo, esto es, al comenzar propiamente el contradictorio con la formulación de los cargos, y -eventualmente- con la demanda por daño directo correspondiente, su inserción en la condena devino en un exceso en el ejercicio de facultades de la autoridad de aplicación. Ello habida cuenta que la condena por daño directo no pretendido implicó pronunciarse sobre una cuestión que, no siendo demandada por quien como mero denunciante instara el procedimiento administrativo con finalidad conciliatoria y de verificación de infracciones a la LDC, no dio oportunidad a la proveedora imputada de defenderse. Dadas estas circunstancias, el otorgamiento de una reparación no solicitada por el peticionante importó incurrir en la violación del principio de congruencia y de la debida defensa (art. 18 Constitución Nacional) que a mi criterio no puede ser convalidado.

Corresponde recordar que el proceso tramitado por ante la Oficina de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Trelew es de carácter administrativo. Y, que dicho procedimiento administrativo se rige por las normas de la ley especial (Ley VII N° 22 y su Dcto. Regl. 896/98), por las contempladas en la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley I N° 18) y por el Código Procesal Penal de la Provincia (Ley XV N° 9), normas a

las que remite subsidiariamente. La remisión supletoria al proceso penal encuentra plena justificación y fundamento en que, a través dicho procedimiento administrativo especial, eventualmente, se concreta la potestad punitiva Estatal, de lo que se deriva naturalmente que, en tanto las eventuales sanciones que se resuelvan poseen naturaleza jurídica represiva -sanción-, el mismo se encuentra indudablemente alcanzado por los principios que rigen el derecho penal común por cuanto, por su intermedio se expresa el poder punitivo estatal.

De otro lado, tal lo dispuesto por el art. 44 de la Const. Provincial, es inviolable la defensa en juicio de la persona en todo procedimiento administrativo entendido con criterio amplio. Y, forma parte esencial de esta manda constitucional el resguardo del principio de congruencia, es decir, la adecuada relación entre lo demandado, controvertido -o bien, de lo que se haya podido controvertir- y el decisorio.

Por consiguiente, la autoridad de aplicación de la Ley del Consumidor y del Usuario al fijar una indemnización en concepto de daño directo, por la suma de $156.433,29 –en virtud del valor de las sumas que se detrajeron de su cuenta bancaria– con más los intereses respectivos (ver Disposición N° 118/2023, fs. 98, artículo 3°), lo hizo sin reparar que el mismo no había sido demandado en su momento oportuno.

Resulta pertinente señalar que el trámite del procedimiento administrativo a seguir se encuentra previsto de la compaginación y coordinación de los arts. 5 y 6 de la Ley VII Nº 22, su decreto reglamentario 896/98 y, sobre todo, atendiendo a las citadas normas supletorias. Así pues, del juego armónico de los artículos 26, punto 10º de la Ley I N° 18, que alude al principio de asistencia a la parte no instruida y de los arts. 58, 284 inc. 1º y 292, inc. 2º de la Ley XV N° 9, puede extraerse el siguiente procedimiento debido: a) fracasada la instancia conciliatoria la autoridad de aplicación debe informar al denunciante que aspira a la defensa de su interés particular, sobre la posibilidad de reclamar por el daño directo, quien debe manifestar su voluntad de hacerlo o no, de lo cual habrá de dejarse constancia en la sede administrativa mediante el acta respectiva; b) una vez avisado e informado debidamente el administrado de tal posibilidad (recuérdese que no es exigencia legal la asistencia técnica letrada en dicha instancia administrativa), recién corresponderá labrar el acta de infracción o “acto administrativo de imputación infraccional”.; c) labrada dicha acta de infracción, deberá ser notificada obviamente al proveedor imputado, pero también, al denunciante que manifestara antes su intención de demandar por el daño directo. Tal notificación al denunciante tiene como finalidad instarlo a que produzca formalmente su reclamo o pretensión del daño directo, debiendo precisar en qué consiste -indicar el daño inmediato sufrido- precisar el monto que pretende y ofrecer toda la prueba relativa a dicha pretensión; y, d) concretada la demanda del daño directo en tales términos se ordenará el respectivo traslado al proveedor -ahora sí, además de imputado, propiamente demandado- para que ejerza su defensa y ofrezca o aporte la prueba de la que quiera valerse

en sustento de su defensa. Nótese que sólo con la demanda del daño directo el denunciante se constituye como verdaderamente parte en el procedimiento especial que se abre con la imputación que efectúa la autoridad de aplicación.

Advierto que aludo al concepto de “parte” atendiendo a la significación técnicajurídica procesal de dicho término, cual es, “quien pretende y contra quien se pretende”. Es decir, la calidad de denunciante no puede ser confundida con la calidad de parte, al igual que acontece en un proceso penal en los supuestos que el mismo se inicia por denuncia de un particular, quien para poder obtener el reconocimiento a una reclamación civil debe interponer su correspondiente demanda civil al momento de producirse la elevación de la causa a juicio constituyéndose recién allí, de tal forma, en propiamente parte. Pues bien, mal podría el tribunal que se expide en sede penal condenar a una reclamación civil sin que ésta haya sido demandada. Igual sucede en sede administrativa del consumo, si no se demando el daño directo.

Esto que señalo no es fruto de la consideración de un procedimiento que me parezca más conveniente, sino que es derivado de la estricta aplicación puntual –y, agrego, de carácter indisponible para el juzgador– de la vía procesal indicada por las normas específicas que rigen el procedimiento a seguir por la autoridad de aplicación en la materia en esta provincia que ya he citado más arriba.

Es de ver, que nada de lo reseñado se hizo en el procedimiento seguido en el presente caso. En tal contexto, se extrae que si bien el consumidor denunció la conducta de la entidad bancaria y manifestó su intención de que se le reintegre el valor que implicó la transgresión de la proveedora, nunca formuló oportuna y formal demanda por el daño directo en el momento procesal correspondiente y que es aquel en el que propiamente se abre el procedimiento administrativo especial previsto en la Ley VII-22.-

De tal manera, resulta notoriamente desacertada la disposición emitida por la autoridad de aplicación al incluir un daño directo que no se demandó y que, por ende, no pudo ser materia sobre la cual pudiera ejercer su defensa la proveedora.

En resumen, lo realmente determinante para propiciar la revocación parcial, para dejar sin efecto la condena contemplada en el artículo 3° de la disposición administrativa en crisis respecto de la entidad bancaria recurrente (cabe destacar que la disposición ni fue cuestionada por la empresa T. codenunciada, por lo que quedó firme a su respecto), es que a los fines del art. 40 bis de la LDC, el proveedor o prestador debe contar con la oportunidad de defenderse, lo que presupone conocer, de un daño directo concretamente demandado por el usuario o consumidor.

Por todo ello, y como propicio resolver, opino que corresponde dejar sin efecto lo resuelto en el artículo 3° de la Disposición N° 118/2023 ODC (fs. 98), respecto de la codenunciada B. C. C. L..

Según el criterio imperante en esta Alzada en casos como el de autos, las costas serán impuestas por su orden (art. 72 de la ley XIII nº 5).

En cuanto a los honorarios profesionales, corresponde regular los correspondientes a la Dra. la Dra. M. C. H. M., letrada apoderada de la codenunciada B. C., por sus labores en esta sede, en el 4,2 % del monto de las sanciones impuestas y devolución de dinero dispuesta en la Disposición recurrida, o en la suma equivalente de 8 JUS si el monto establecido conforme el porcentual indicado resulta inferior (conf. Arts. 5, 6, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 13 y conc. De la ley XII Nro. 4), más el IVA pertinente si correspondiere (conf. art. 1ro. Res. Gral. D.G.I. 4214/96 Leyes 23.349 y 23.871) y siempre que no se encuentren comprendidos en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel. Así lo voto.

En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, por mayoría, **RESUELVE:**

I) REVOCAR PARCIALMENTE la Disposición N° 118/2023 ODC para dejar sin efecto la multa por infracción al art. 8 bis de la LDC aplicada al B. C. C. L. y disminuir el monto de la sanción aplicada a su respecto a la suma de $78.216,65, confirmándola en todo lo demás que ha sido motivo de agravios.

II) IMPONER las costas generadas en esta alzada a la apelante vencida (arts. 69 y 70 del C.P.C.C.).

III) REGULAR honorarios de la Dra. M. C. H. M., letrada apoderada de la codenunciada B. C., en el 3,5% del monto de las sanciones – sumadas– e indemnización impuesta en concepto de daño directo. En caso que la suma resultante sea inferior al mínimo legal de 8 Jus, se regulará este último (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente, si correspondiere, siempre que no se encuentren comprendida en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.

IV) TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la codenunciada.V) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.

ALDO LUIS DE CUNTO — **JUEZ DE CAMARA**

GUILLERMO NICOLÁS WALTER — **PRESIDENTE**

SERGIO RUBEN LUCERO — **JUEZ DE CAMARA EN DISIDENCIA PARCIAL**

REGISTRADA BAJO EL Nº 017 DE 2023 - SICA.- CONSTE.

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUERZO