



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo
Comercial
SALA E

5447/2011 CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL P/SU
DEFENSA C/ CENCOSUD S.A. C/SUMARISIMO
Juzg. 12 Sec. 23 15-14-13

Buenos Aires, 17 de julio de 2015.

Y VISTOS:

1. Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa demandó a Cencosud S.A., en su calidad de titular, emisora y comercializadora de la tarjeta de compras denominada "Más", solicitando: (i) que se le ordene abstenerse de incluir en los convenios de adhesión que hace firmar a todos sus clientes de la tarjeta "Más", pólizas de seguro vinculadas con dichos contratos cuando las mismas no sean aceptadas expresamente por el cliente luego de obtener información completa sobre el particular, ni exista tampoco suscripción de la pertinente póliza; (ii) la declaración de nulidad de las aludidas pólizas y se ordene la devolución de toda prima cobrada al respecto durante los últimos diez años, y (iii) se le aplique una multa por "daño punitivo", determinada en un valor como mínimo de dos veces más que el monto del reintegro que se deba efectuar a cada cliente (v. fs. 29/38).

~~Lo que alegó fue, básicamente, que los~~

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

Expte. N° 5447 / 2011

clientes que aceptan la tarjeta de compras "Más", suscriben un contrato formulario o de adhesión, del cual no le entregan copia, debiendo pagar estos últimos, además del valor de las compras que pudieran haber realizado, un cargo mensual por un seguro que jamás contrataron.

Aseguró que ello fue lo que efectivamente sucedió en un caso que tomaron como ejemplo correspondiente al cliente Juan Carlos Gentile Verteri.

Señaló que al consumidor que suscribe el formulario de contrato de adhesión a la tarjeta "Más", no se le especifica cuáles son los riesgos efectivamente cubiertos por dicho seguro, destacando que en realidad ni siquiera le informan que ha contratado una cobertura.

Sobre tales aspectos sustentó la nulidad del seguro, afirmando que a ninguno de los clientes les había sido entregada la póliza y desconociendo estos últimos que se encuentran pagando la prima de un seguro, lo cual determinaría que, ante un siniestro enmarcado en los riesgos asegurados, la víctima jamás lo podría utilizar en tanto no sabe sobre qué está "protegida".

2. A fs. 95/131 respondió Cencosud S.A. solicitando el rechazo íntegro de la acción.

Preliminarmente opuso excepción de falta de legitimación activa y prescripción.

Sostuvo, en síntesis, que la actora no es titular de la relación jurídica sustancial en la que funda su pretensión y que la acción no tutela intereses colectivos e indivisibles, sino individuales y divisibles. Cuestionó que haya homogeneidad en las

contrataciones del seguro "Más Protección", como asimismo derechos de incidencia colectiva que proteger.

Afirmó que el 80 % de los usuarios de la tarjeta "Más" no elige ni cuenta con el seguro denominado "Más Protección" y que los usuarios de la referida tarjeta no tienen obligación alguna de contratar ese seguro.

Postuló que *"...si a los asegurados por el Seguro Más Protección no les gusta o no les resulta conveniente el servicio brindado por mi representada simplemente pueden OPTAR por no contratarlo como lo hizo el 80 % de los usuarios de la Tarjeta MÁS, sin que ello signifique un menoscabo para sus vidas de ningún modo o inmediatamente rescindirlo..."*.

Invocó que la posibilidad de que los usuarios elijan libremente contratar el seguro "Más Protección" depende exclusivamente de su voluntad, pudiendo, en tal caso, acceder a un especial tipo de cobertura por diversos siniestros no contemplados en otros seguros, tales como el robo del bolso o cartera, la pérdida de alimentos congelados en el refrigerador por cortes de energía eléctrica, etc..

En definitiva, indicó que Consumidores Financieros no posee interés legítimo en el pleito en tanto no demostró cuáles serían los agravios que la afectarían de modo suficientemente directo o sustancial.

Sobre el plazo de prescripción aplicable en la especie, sostuvo que debía ser el de un año previsto especialmente en el art. 58 de la ley de seguros, computándose el mismo desde cada pago de la

prima que se efectuó a la entidad aseguradora.

Seguidamente, destacó que la contratación del seguro "Más Protección" es distinta a la de la tarjeta "Más", siendo prestaciones diferentes e independientes. Ello así, explicó que el cliente que decide adquirir el seguro debe firmar dos veces y en dos oportunidades distintas el documento, de modo tal que no haya duda alguna que quiso contratar la tarjeta "Más" y el seguro "Más Protección". Preciso que el seguro es contratado mediante la aceptación de una "solicitud de seguro", que el usuario firma en forma específica.

Por último, cuestionó la aplicación del daño punitivo postulado por su contraria.

3. En la sentencia definitiva de fs. 321/31 el magistrado de grado consideró legitimada a la asociación de consumidores actora para reclamar en función de intereses individuales homogéneos.

Al propio tiempo, desestimó la defensa de prescripción planteada por la demandada. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el art. 50 de la ley 24.240 que fija un plazo de prescripción de 3 años y considerando que no resultaba aplicable el plazo de un año de la LS. 58 en tanto la demanda tenía fundamento exclusivo en la LDC.

En cuanto a la cuestión de fondo, destacó que no existía elemento probatorio que demuestre la debida información dada por la demandada a sus clientes a fin de interiorizarse respecto del seguro a contratar con motivo de la obtención de la tarjeta "Más", infringiéndose de esta manera el deber de información y

buena fe establecidos en la LDC. 4 y 37 *in fine*.

Agregó que tal extremo había quedado suficientemente reflejado con el resultado que arrojó la prueba pericial contable en relación al análisis del caso testigo de Juan Gentile Verteri.

Asimismo, concluyó que no existían constancias que revelen la entrega de la copia de las pólizas contratadas a los clientes de la demandada.

En virtud de ello, decretó la nulidad de los cargos por seguro detallados en los resúmenes de las tarjetas de compra adheridas conforme lo establecido por la ley 25.065:13 y 14, condenando a la demandada a: i) abstenerse en el futuro de incluir en los convenios de adhesión a la tarjeta "Más" pólizas de seguro si éstas no son aceptadas por sus clientes previa transparente información; ii) devolver las primas cobradas por las cláusulas del seguro decretadas nulas por el período de 3 años a contar retroactivamente desde la fecha de interposición de la demanda, y iii) abonar en concepto de "daño punitivo" una suma dineraria equivalente al 20 % del dinero a restituir a cada uno de los clientes.

4. La demandada dedujo recurso de apelación contra el pronunciamiento.

Los fundamentos del recurso fueron expuestos a fs. 336/61 y lucen respondidos por la actora a fs. 364/73.

El por entonces señor Representante del Ministerio Público subrogante ante esta Cámara tomó intervención y se expidió a fs. 384/7.

5. La apelante solicitó la producción de

prueba en esta Alzada en los términos del Cpr. 260.

En el caso, la sentencia fue dictada en un juicio sumarísimo y la producción de prueba en alzada sólo se encuentra prevista en los supuestos de apelaciones deducidas contra la sentencia definitiva dictada en un proceso ordinario (cfr. Cpr. 259 y 260).

El recurso que interpuso la demandada fue concedido "en relación" y el Cpr. 275 establece que en dichos casos no se "...admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos...".

Si bien lo expuesto resultaría suficiente para decidir el rechazo de la petición de producción de prueba, lo cierto es que, aun analizando el planteo en los términos del Cpr. 260, la solución no variaría.

En efecto, la normativa citada sólo admite en su inciso 2° la procedencia de la apertura a prueba en Alzada en caso de que hubiera mediado denegatoria de la medida probatoria en la anterior instancia, o declaración de negligencia respecto de su producción.

Desde que en el *sub lite* no se configura ninguna de las situaciones descriptas, la solicitud no podría prosperar.

Es que, el juez de grado había dispuesto en la audiencia preliminar, la producción -en una primera oportunidad y sin perjuicio de otros elementos probatorios que más adelante pudieran llegar a proveerse- de la prueba pericial contable ofrecida por ambas partes (v. fs. 234/6).

Y lo que la accionada pretende es que se ordene la producción de los restantes medios que ofreció

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

al contestar la demanda (informativa y testimonial).

Sin embargo, se advierte que, en su oportunidad y luego de la producción de la prueba pericial contable, el magistrado clausuró el período probatorio en los términos del Cpr. 498, lo cual fue notificado a las partes (v. fs. 302/3), disponiéndose luego "autos para sentencia" (v. fs. 320), no habiendo la demandada formulado ninguna crítica al respecto.

Es decir, al no haber realizado un pedido similar al que ahora postula al momento en que se notificó de la clausura del período probatorio (donde únicamente se había producido la prueba pericial contable), se entiende que, de esa manera, consintió que la sentencia se dicte con los elementos hasta allí obrantes en las actuaciones.

Consecuentemente, el pedido de producción de prueba en esta Alzada será desestimado.

6. Sentado ello y analizada dicha cuestión preliminar, corresponderá adentrarse en el estudio de los agravios esgrimidos por la demandada contra la sentencia dictada en fs. 321/31.

a) Legitimación activa de Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa

La demandada insistió con el cuestionamiento de la legitimación activa de la actora, con el argumento de que no puede arrogarse la representación de los consumidores titulares de tarjetas "Más" que hayan contratado el seguro "Protección Más", ni estaría habilitada, por ende, para reclamar derechos individuales patrimoniales propios y disponibles de cada

uno de sus titulares. Dijo que había quedado probado que el 80 % de los usuarios de la tarjeta "Más" no elige ni cuenta con este seguro optativo y que éstos no tienen obligación alguna de contratar el mismo. Sostuvo que el planteo de la actora no se vincula a ningún derecho de incidencia colectiva, sino que se refiere a cuestiones de carácter patrimonial estrictamente individuales, cuyo eventual ejercicio corresponde en forma exclusiva a cada uno de los eventuales perjudicados.

Cabe precisar en primer lugar que la legitimación de las asociaciones de consumidores en defensa de derechos de incidencia colectiva tiene base constitucional, ya que está expresamente prevista por el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.

De forma concordante, la Ley de Defensa del Consumidor prevé que las acciones judiciales ante la afectación de derechos de los consumidores corresponde también a las asociaciones de consumidores o usuarios (art. 52 segundo párrafo) y les otorga específicamente legitimación para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados sus intereses (art. 55).

Y no está en discusión que a los contratos de seguros en general, les resulta de aplicación de Ley de Defensa del Consumidor, desde que se trata de un contrato de servicio brindado a los clientes por las aseguradoras -en el caso por la demandada como intermediaria-, que desarrollan esa actividad en forma profesional; servicio que no permite al usuario integrarlo a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (LDC. 1 y 2).

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

La accionada alegó que no se trata de derechos de incidencia colectiva, sino que la demanda se refiere a cuestiones de carácter patrimonial estrictamente individuales, cuyo eventual ejercicio corresponde, en forma exclusiva, a cada uno de los eventuales perjudicados.

Esta Sala ha admitido la legitimación para obrar de las asociaciones de consumidores o de los organismos de defensa del consumidor en resguardo, incluso, de intereses patrimoniales individuales (*"Dirección General de Defensa del Consumidor G.C.B.A. c/ Banca Nazionale del Lavoro"*, del 10-05-05; y *"Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank N.A."*, del 12-05-06), pero siempre sobre la base de un denominador o interés común homogéneo que justifique razonablemente esa alegada representatividad (*"Damnificados Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Lehman Brothers"*, del 17-02-10).

A tales efectos resultan de fundamental importancia las consideraciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en la causa *"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04"* del 24/02/2009 (Fallos 332:111).

El Máximo Tribunal destacó que *"...en materia de legitimación procesal corresponde delimitar tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos..."* (considerando 9°).

Puntualizó que *"...la regla general en*

materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular... (pues) ...esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados..." (considerando 10°).

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos sostuvo que "...la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna... No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva..." (considerando 11°).

Refirió que "...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...", agregando que "...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...". Y dijo que esa "...homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...". Expuso que frente a la inexistencia en nuestro

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

derecho de una ley que reglamente el ejercicio de estas acciones, la disposición constitucional *"...es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular..."* (considerando 12°).

Y finalmente destacó que *"...la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado..."* (considerando 13°).

Cabe señalar, que la doctrina relativa a la posibilidad de accionar colectivamente en tutela de intereses individuales homogéneos y sus requisitos, fue reiterada luego por el Alto Tribunal en otros casos similares, en los que remitió al fallo "Halabi", reafirmando la aplicabilidad de tal criterio (*"Padec c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales"*, del 21-08-13, y *"Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A."*, del 24-06-14; entre otros).

Aun cuando las sentencias del Superior Tribunal sólo tienen eficacia vinculante en el proceso en el que se dictan, y no importan privar a los magistrados de la facultad de aplicar con criterio propio las resoluciones de aquél y apartarse de ellas cuando existen motivos valederos para hacerlo, median razones de orden esencialmente práctico que, apoyadas en el principio de economía procesal, aconsejan seguir los lineamientos del

pronunciamiento citado.

Es que, aun por sobre ello, la Sala considera que la pretensión deducida en el caso por "Consumidores Financieros" puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 del fallo de la Corte antes referido, pues: 1) existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad de derechos individuales; 2) la pretensión está concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; y 3) está claro que el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda por cada usuario afectado, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

Véase que existen conflictos, como el del caso, que se presentan como divisibles -individuales homogéneos-, pero a la hora de buscar los medios de tutela exigen instrumentar una única respuesta para todo el grupo, sin que quepa la posibilidad de dar soluciones individuales diversas a las colectivas. En estos supuestos, los impulsos individuales, si bien son posibles, son sólo paliativos que no extinguen el conflicto colectivo (cfr. Salgado, José M., "*Tutela individual homogénea*", 2011, p. 41). Dicho autor identifica este tipo de derechos colectivos como "individuales homogéneos con unidad de decisión" (v. op. cit, p. 45/6).

Ahora bien, la circunstancia de que los clientes representados por "Consumidores Financieros"

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

pudiesen haber concretado la contratación de la tarjeta "Más" en forma individual con la sociedad accionada, no basta -por sí misma- para estimar procedente la excepción de falta de legitimación planteada.

En efecto, la homogeneidad del caso deriva de que todos los usuarios cuya representación invoca la actora habrían sido afectados patrimonialmente por la invocada falta de aceptación, expresa e informada, del contrato de seguro que se vincula a la tarjeta "Más".

Así, lo relevante a considerar no es que los consumidores anudaron singularmente su vínculo contractual con Cencosud S.A., sino que a todos ellos se les habría cobrado indebidamente primas mensuales en razón de una misma conducta desplegada por parte de la demandada.

La pretensión principal persigue la devolución a los afectados -en los últimos diez años- de toda prima cobrada en los casos en que éstos no hubieran aceptado expresamente la contratación del seguro luego de obtener información completa al respecto, con la consiguiente suscripción de la póliza.

Es decir que, sin perjuicio de los diversos vínculos contractuales, los hechos invocados como dañosos son comunes y homogéneos para los consumidores afectados por el proceder de la demandada.

En consecuencia, más allá de las diferencias que pudiesen existir en cuanto al modo individual de contratación de tales servicios por cada integrante del grupo cuyo intereses defiende la actora, se entiende que se encuentran en una situación de hecho

sustancialmente análoga frente al problema que origina el pleito, en tanto se reprocha una misma conducta de la entidad demandada, causante de una lesión a una pluralidad de derechos individuales (v. esta Sala, *"Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ BNP Paribas s/ ordinario"*, del 30.4.15).

Ello así, los fundamentos jurídicos de la pretensión resultan uniformes respecto de la totalidad del colectivo que se pretende representar.

Cabe destacar que, contrariamente a lo que alegó la demandada, no se dedujo en la especie una acción de daños y perjuicios que requiera la comprobación de circunstancias de hecho particulares. Se persigue la declaración de nulidad de ciertas pólizas y la restitución de las sumas percibidas como consecuencia de ello.

El seguro contratado y por ende la prima cobrada, afectaría a una colectividad de personas y la pretensión está limitada a los efectos comunes. Ha quedado al margen cualquier pretensión resarcitoria que los individuos afectados puedan pedir, de modo que la procedencia de la acción no requiere el análisis de las particularidades de cada consumidor.

Por otra parte, no caben dudas de que está afectado el acceso a la justicia por la escasa relevancia de los intereses individuales considerados aisladamente, que no justifica la promoción de una demanda por cada usuario afectado. Véase, que, atendiendo a lo que acostumbra suceder "según el curso natural y ordinario de las cosas" (pauta de apreciación del art. 901 del Código

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

Civil), ningún cliente alcanzado por el cobro mensual de la prima que asciende la suma de \$ 9,90, se aventuraría a iniciar una acción con el propósito de reclamar tan insignificantes valores individualmente considerados. De modo que reputar contraria a derecho la legitimación de la actora, alegando que cada perjudicado debió deducir personalmente el reclamo por afectar la órbita de su derecho subjetivo, implicaría desnaturalizar el sistema de protección constitucional y legal a los consumidores (v. CNCom. Sala C, 04/10/05, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo", ED, 30/01/06).

En definitiva, si se toma el interés individual de cada uno de los afectados, no se justificaría la promoción de la demanda por cada uno de los consumidores por resultar antieconómica.

Lo visto hasta aquí es suficiente para rechazar los cuestionamientos a la legitimación de la actora.

b) Defensa de Prescripción

El juez de grado aplicó al caso el plazo de prescripción de tres años previstos por la LDC: 50 en lugar del plazo anual del art. 58 de la ley 17.418. La decisión se basó en que la demanda tiene fundamento "exclusivo" en la ley de Defensa del Consumidor.

La recurrente se quejó de tal interpretación, afirmando que la pretensión se funda también en otras normas que la misma actora citó: leyes 17.418 y 25.065, Dec. 855/94 y Código Civil. Destacó, asimismo, la especialidad de la materia analizada

(seguros) y que en el juicio se ataca la validez de un contrato de dicha naturaleza.

Ahora bien, la Sala coincide con la solución propuesta en la anterior instancia.

En efecto, si bien no se desconoce que la accionante basó su demanda en diversas normas, lo cierto es que la pretensión se fundó principalmente en la inobservancia por parte de la demandada de deberes establecidos por la LDC.

En definitiva, el caso se origina en la celebración de contratos de seguros, pero la nulidad de los mismos fue solicitada y finalmente decretada a partir de la aplicación sustancial de directrices contenidas en la ley de Defensa del Consumidor.

Ello, claro está, sin desconocer que las disposiciones de la citada ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las distintas relaciones jurídicas objeto de protección, como por ejemplo la ley de seguros -17.418- y la de tarjetas de crédito -25.065-.

No se desconoce que en un caso anterior, vinculado a una demanda individual promovida contra una aseguradora en el marco de una relación de consumo, esta misma Sala resolvió la aplicación del plazo anual de prescripción previsto por la LS. 58 (in re "*Carllinni, María Luján y otro c/ Alico Cia. de Seguros S.A. s/ ordinario*", del 9.8.11).

Sin embargo, tal solución obedeció, en lo que aquí interesa, a que "*...la causa de la obligación jurídicamente demandable respecto de la demandada no fue*

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

otra que el contrato de seguro de vida en el que las accionantes fueron designadas beneficiarias...", habiendo sido reclamado *"...el cumplimiento del contrato de seguro (..) y no la satisfacción de las obligaciones emergentes de un contrato de consumo diferente..."*.

Es decir, en el citado caso se demandaba específicamente el cumplimiento del contrato de seguro, siendo la "obligación jurídicamente demandable" tal convenio, mientras que el *sub examine* transita, conforme se vio y será analizado con mayor profundidad en el apartado siguiente, por otra vía totalmente diferente, a tal punto que ni siquiera se encuentra en discusión la interpretación de alguna de las cláusulas de los contratos atacados, ni tampoco su incumplimiento frente a la ocurrencia de un siniestro particular. En realidad, en el *sub lite* se plantea la "ausencia" de los contratos de seguros.

Consecuentemente, los agravios esgrimidos sobre este aspecto por la apelante serán desestimados.

c) Nulidad de los contratos

La actora reclamó que Cencosud S.A. se abstenga de incluir en los convenios de adhesión que hace firmar a todos sus clientes de la tarjeta "Más", pólizas de seguro vinculadas con dichos contratos cuando las mismas no sean aceptadas expresamente por el cliente luego de obtener información completa sobre el particular, ni exista tampoco suscripción de la pertinente póliza, instando en consecuencia la declaración de nulidad de las referidas pólizas y la devolución de toda prima cobrada al respecto.

La demanda se basó en un "caso testigo", asegurando que se trataba de un cliente que había firmado el contrato de adhesión a la tarjeta "Más" -del cual no le habían entregado una copia-, quien recibió el pertinente resumen de cuenta con un cargo mensual de \$ 9,90 por un seguro que jamás contrató.

Así, señaló que al consumidor que suscribe el formulario de adhesión a la tarjeta "Más", no se le especifica cuáles son los riesgos efectivamente cubiertos por el seguro, destacando que en realidad ni siquiera le informan que ha contratado una cobertura. Agregó que en ningún caso le envían la respectiva póliza.

Lo que debe analizarse es, entonces, si la demandada cumplió con su deber de informar veraz, detallada, eficaz y suficientemente, no sólo los alcances del seguro, sino la propia contratación del mismo.

Sucede que, a partir del ejemplo que sirvió para sustentar la demanda, la cuestión en controversia radicó en establecer si el cobro de la prima de los seguros que aparece cargada en los resúmenes de la tarjeta "Más", obedece a una contratación efectuada por el consumidor mediante su expreso consentimiento y si éste ha sido previa y debidamente informado al respecto.

A fs. 261/5 obra el informe de la perito contadora. Del mismo se extrae que la demandada no exhibió los antecedentes del "...contrato de adhesión a la tarjeta "Más"; solicitud de tarjeta "Más" y solicitud de "Más Protección"...", correspondientes al caso testigo: Sr. Juan Gentile Verteri. Además, pudo constatar que en dicho caso surgía registrado en los resúmenes de

cuenta el cobro de la prima mensual (v. fs. 261/2, pto. I:b).

Asimismo y respecto de los clientes en general de la demandada, la experta realizó un estudio mediante el sistema de "muestreo", concluyendo que sobre un total de 500 usuarios que habían adherido a la tarjeta "Más", sólo 107 habían suscripto la solicitud del seguro "Más Protección" separada del contrato de adhesión. De allí, que concluyó que en un 21,4 % de los casos quedaba reflejada la contratación voluntaria del seguro con la solicitud firmada por el cliente (v. fs. 292).

Sin embargo, tal como destacó la Sra. Fiscal en el dictamen de fs. 310/5, dicha conclusión resulta insuficiente para demostrar que, en los casos en que se debitaban las primas, la contratación del seguro haya sido efectivamente realizada en forma independiente a la adhesión a la tarjeta "Más" y precedida de un adecuado anoticiamiento sobre los pormenores de la operación.

En realidad, contrariamente a lo sostenido por la apelante, no se trató de probar que los clientes que adhirieron al sistema de la tarjeta "Más" pudieron o no optar por la contratación del seguro "Más Protección", sino que la misma debió haber acreditado en dichos 500 casos, que a los usuarios que les cobró la prima, se les ofreció de manera previa la suscripción del pertinente contrato de seguro, y, a su vez, que ello ocurrió luego de que cumpliera con su deber de haberles informado debidamente al respecto.

Conclúyese, entonces, que no emerge de la

prueba colectada en las actuaciones que a los consumidores que se les debitó, mediante el resumen de cuenta de la tarjeta "Más", la prima del seguro "Más Protección", hubieran efectivamente firmado el convenio de seguro respectivo y, además, que ello sucedió luego de recibir suficiente información sobre dicha contratación.

Recuérdase, que tal como sostiene autorizada doctrina y consagra el Cpr. 377, cada parte debe probar en el juicio los hechos que sirven de base a sus pretensiones o excepciones, no dependiendo ya de los conceptos de actor y demandado sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (cfr. Fenochietto, *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"*, t. 2, 1999, p. 475).

El art. 53 de la LDC también es claro al señalar que *"...los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio..."*.

Y en el caso, no cabe duda de que era Cencosud S.A. quien debía demostrar los hechos esenciales sobre los cuales asentó su posición -aceptación expresa de un contrato de seguro y cumplimiento de su deber de información sobre el producto-. Además, exigir prueba en la cuestión a la actora sería pretender de ella una prueba negativa.

Máxime, cuando la demandada, como titular del sistema de la tarjeta "Más" y receptora de las

supuestas solicitudes de adhesión al mismo y asimismo al seguro "Más Protección", era quien se encontraba en mejores condiciones para demostrar tales extremos.

Por ende, dada la falta de prueba concreta de dichos aspectos, sobre los cuales la actora sustentó su acción y que fueron invocados a partir de su demostración en un caso real de un usuario de la tarjeta "Más", no cabe sino considerar que ello opera en su contra.

La Sala comparte, además, lo dicho por el juez de grado en torno a la falta de elementos que acrediten la entrega de la copia de las pólizas cuyas primas fueron cobradas a los clientes de la demandada, extremo que no fue eficazmente controvertido por la apelante en esta instancia.

De esta manera, se coincide con el magistrado en que la demandada infringió sus deberes de información y buena fe establecidos en la LDC. 4 y 37 *in fine*, al haber omitido informar a los adherentes sobre la posibilidad de contratar o no un seguro, imponiéndoselo de manera subrepticia y no entregándoles, finalmente, la copia de la pertinente póliza.

Correspondió, por ende y con sustento en lo dispuesto por la LDC. 37, declarar la nulidad de la contratación -sólo en los supuestos de consumidores que no hayan celebrado el contrato de seguro o bien que no hayan aceptado expresamente la contratación del seguro luego de haber obtenido, debida y suficientemente, información sobre la operación-, lo cual se justifica, además, a partir de lo regulado por la ley 25.065: 13 y

14:j, dado que allí se dispone la sanción de nulidad para el caso de las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de Tarjeta de Crédito.

Consecuentemente, procedió disponer, tal como lo hizo el magistrado, el reintegro y puesta a disposición de los clientes del concepto indebidamente percibido por los períodos no prescriptos.

Esta conclusión, basada en el análisis de las pretensiones formuladas en la demanda, en las defensas formuladas por la apelante y su confrontación con los distintos elementos probatorios incorporados en el expediente, torna improcedentes los agravios de la demandada vinculados a que el juez habría exorbitado el objeto del juicio, violando el principio de congruencia y fallando "ultra petita" (v. fs. 336vta./7, pto. II:1).

Sobre las restantes defensas formuladas por la apelante en su memorial, vinculadas a la supuesta imposibilidad de devolver las primas en tanto fueron percibidas por la compañía de seguros y a su pretensión de que se excluyan los supuestos en que los asegurados hubieran cobrado la indemnización frente a un siniestro, destácase que no fueron propuestas al juez de grado, lo que obsta su consideración en esta Alzada (cfr. Cpr. 277).

Sucede que, tratándose de un recurso concedido en relación, ello supone circunscribir el análisis a los elementos de convicción ponderados por el juez de grado para la emisión del pronunciamiento apelado (arg. Cpr. 275).

Finalmente, cabe señalar que la presente

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

causa ha sido promovida con anterioridad a que la Corte Suprema de Justicia haya dictado la Acordada N° 32/2014, donde se establece la obligación del juez de dictar una resolución inicial que considere admisible la acción colectiva; identifique en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; a partir de lo cual la estricta observación de tales recaudos aparece flexibilizada en el caso, disponiéndose su cumplimiento.

d) Daño Punitivo

Se ha definido a esta clase de reparación como aquella otorgada *"...para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro..."*; siendo que tiene un propósito *"...netamente sancionatorio..."*, y reviste *"...particular trascendencia..."* en *"...aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños..."* (Picasso-Vázquez Ferreyra; *"Ley del Consumidor Comentada y Anotada"*; Editorial La Ley; Tomo I; p. 593/594).

El art. 52 de la ley de defensa del consumidor ha sido redactado en forma laxa, pues dice que se pueden imponer daños punitivos *"...al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor..."*, sin reclamar *"...una actitud subjetiva*

relevante..." y sin exigir "...la existencia del daño probado..." (Picasso-Vázquez Ferreyra, Ob. Cit., p. 640).

Sin embargo, la doctrina ha interpretado que el artículo debe ser leído en su conjunto y que las pautas para graduar la condena deben ser tomadas también para evaluar previamente su procedencia (Edgardo S. López Herrera, *"Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor"*, ABELEDO PERROT N°: 0003/013877, JA 2008-II-1198).

De acuerdo con la ley, dos son las menciones para tener en cuenta al momento de graduarse la condena: la gravedad del hecho y las circunstancias del caso.

La primera de las pautas, a pesar de que la ley dice *"hecho"* y no *"culpa"*, ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que *"...la mejor forma de entender este precepto consiste en que es sólo procedente la condena por daños punitivos ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable..."* (López Herrera, Ob. Cit.).

Se han efectuado y publicado distintos estudios sobre cuáles son las conductas demostrativas de tales hechos. Entre ellas se ha considerado: defraudar o engañar sobre las calidades o bondades del producto; demostrar grave indiferencia hacia la seguridad del público consumidor con violación consciente a los estándares de seguridad; realizar procedimientos de prueba o comercialización inadecuados; no advertir sobre peligros conocidos antes de lanzar el producto al mercado; no retirar el producto o subsanar sus defectos

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

(López Herrera, Ob. Cit.).

Y, la segunda de las directrices, referida a las "*demás circunstancias*", ha dejado librada a la interpretación judicial cuáles son todos los supuestos. El principio de interpretación genérico de las "*demás circunstancias*" es la violación al deber de obrar de buena fe.

Solamente de manera enunciativa, y al solo efecto ilustrativo, pueden señalarse las siguientes "*circunstancias*" que habilitan una condena semejante; entre las que se ha resaltado: el daño causado, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio que se obtiene, el dolo o culpa grave, y, la reincidencia (López Herrera, Ob. Cit.).

Así, jurisprudencialmente se ha entendido que esta clase de sanción sólo resulta aplicable para casos de particular gravedad (CNCom., sala C, 11.07.2013, "*P. G., M. C. y otro c. Nación Seguros de Vida S.A. s/ ordinario*", ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/49971/2013; CNCom., sala D, 28.06.2012, "*Errico, Néstor O. c/ Galeno S.A.*"); y, en los que medien, por ejemplo, graves inconductas, enriquecimientos injustos obtenidos por medio del ilícito (ilícito lucrativo), repercusión socialmente disvaliosa del ilícito de carácter superior en comparación al daño individual causado al perjudicado, indiferencia o menosprecio respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva (esta Sala, 27.12.2011, "*Bongiovani, José M. v. HSBC Bank Argentina S.A.*").

En el particular caso en análisis, se encuentran configurados los requisitos de procedencia del

instituto en cuestión.

En efecto, ha quedado evidenciado mediante la prueba producida en el expediente que la demandada incumplió con su obligación de brindar al consumidor información adecuada y veraz; incluso de requerirle la suscripción de un documento específico de manera previa a la debitación de un cargo por primas de un supuesto seguro que nunca habrían contratado.

De allí, surge que la accionada no anotició a los consumidores involucrados en el supuesto que sustentó la presente demanda, sobre la posibilidad de contratar o no un seguro que cubriera determinados riesgos, para que una vez que estuvieran efectivamente informados, decidieran si querían o no adquirir el servicio. En segundo término e incumplida dicha obligación y luego de imponérselos subrepticamente, omitió también entregarle a los mismos la póliza y así anoticiarlos sobre el modo en el que el seguro operaría, sobre la compañía que se contrataría, sobre la prima que se devengaría, sobre las cláusulas del acuerdo, o alguna otra que le permitiera conocer el servicio que les hicieron forzosamente adquirir.

Ello, permite reputar a la conducta reprochada como de evidente desprecio por los derechos ajenos, grave e injustamente disvaliosa; y considerar que la misma resultó -por lo menos- groseramente negligente.

Destácase, a mayor abundamiento, que también quedó probado, que con la contratación del servicio que impuso al consumidor, Cencosud S.A. obtuvo un beneficio económico. Ello pues, como surge de la

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MIGUEL F. BARGALLÓ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ÁNGEL O. SALA, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: FRANCISCO J. TROIANI, SECRETARIO DE CÁMARA

pericia contable, percibía una comisión sobre el premio del seguro del 36,3 % -en el caso testigo de Gentile Verteri cobraba una comisión de \$ 2 cada vez que se devengaba la prima mensual de \$ 9,90- (v. fs. 263vta.).

Esta cuestión, potenciada por la cantidad de cuotas pagadas y con la previsible extensión de otros casos, denota claramente que la encartada podría haber obtenido un importante rédito de su conducta, y un enriquecimiento indebido a costa de sus co-contratantes.

Razones, todas ellas, que obligan a compartir el criterio del magistrado de grado, a rechazar los agravios y a confirmar el fallo recurrido, en este aspecto.

No se desconoce que la demandada sostuvo que el daño punitivo no puede aplicarse en el caso de manera retroactiva, al referir que la ley 26.361, que incorporó tal clase de sanción a la ley de Defensa del Consumidor, fue publicada en el Boletín Oficial el 7.4.08, es decir con posterioridad a la fecha en la que se concibió el seguro "Más Protección", cuyo sistema comenzó a operar en el año 2007.

Sin embargo, el propio CCiv. 3 establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia "*...aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...*", debiéndose especificar que en el particular resulta indistinta la fecha en que se puso en funcionamiento el sistema de la tarjeta "Más", siendo relevante, en realidad, el día en que a cada consumidor afectado se le comenzó a cobrar la prima del seguro, a lo que cabe sumar que, a partir de la

forma de su devengamiento, el daño se renovó mensualmente con su correspondiente débito.

e) Cumplimiento y control de la sentencia

El juez de grado dispuso la forma en que se debía hacer efectiva la condena.

Sobre tal aspecto no mediaron quejas de la apelante.

Sin embargo, en atención a tratarse el caso sobre la protección de derechos de incidencia colectiva amparados por la Constitución Nacional, correspondientes a consumidores, integrantes de un conjunto, que actualmente se encuentran ausentes en el litigio y a los cuales, eventualmente, se les extenderá los efectos de la sentencia, la Sala considera pertinente readecuar oficiosamente ciertos aspectos de dichas directrices.

Se ha dicho que en este tipo de procesos colectivos, el rol del magistrado tiene que ser necesariamente diverso del que por lo común despliega en los procesos individuales o litisconsorciales. Desde el control oficioso de la calidad de representante adecuado, incluso decidiendo quién es el que mejor asume esas condiciones, pasando por el control del resguardo de los derechos de los miembros ausentes, las facultades que se le otorgan al certificar (v.gr. admitir) la acción colectiva, la posibilidad de optar por dividir la clase, etc., el juez desarrolla un carácter de gerenciador o *mánager* del conflicto colectivo, que lo sitúa en un papel proactivo (cfr. Salgado, *ob. cit.*, p. 254).

Véase, que es tan importante implementar

la tutela individual homogénea como lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia colectiva. De lo contrario, se correría el riesgo de que la presente condena judicial se convierta en un pronunciamiento de naturaleza meramente declarativa.

Se dispondrá, en tal sentido, que la demandada deberá cumplir con el procedimiento de publicación de la sentencia previsto por el magistrado (páginas web, exhibición en supermercados, notas y edictos). Sin embargo, la devolución de las sumas que correspondan a los consumidores afectados deberá realizarse, primeramente, mediante su acreditación en los resúmenes de cuenta de la correspondiente tarjeta. En caso de tratarse de usuarios que hayan finalizado la relación con la demandada, el importe deberá ser depositado en las cuentas bancarias que pudieran haber denunciado al momento de su adhesión al sistema "Más". A todo evento y frente a la imposibilidad de concretar la acreditación del modo antes descrito, su restitución deberá ser realizada mediante depósito en una cuenta judicial a la orden del juez y como perteneciente a las presentes actuaciones.

En el procedimiento de publicación antes referido también se hará conocer a los interesados que las sumas pertinentes se encuentran a su disposición para ser cobradas bajo las alternativas descriptas.

Se encomendará a la demandada la rendición de cuentas de todas las sumas que en los términos de la condena corresponde reintegrar a los consumidores en forma inmediata a la finalización de su efectivización,

siendo la actora controlador de la implementación de la restitución y de la oportuna rendición de cuentas, la que deberá ser finalmente aprobada por el juez de grado; ello bajo responsabilidad de cada parte en sus respectivos roles.

Por lo demás, cualquier eventualidad e incumplimiento que pueda suscitarse, podrá plantearse y dirimirse en las actuaciones a pedido del particular interesado o de la actora, con intervención del Ministerio Público Fiscal.

f) Costas del proceso

En cuanto a las costas, señálase que el CPr.: 68 consagra el principio rector en dicha materia, que encuentra razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (cfr. C.S.J.N., "Salamone, Antonio Pascual", del 20/9/88, fallos 311: 1914).

En la especie la demandada resultó sustancialmente vencida. Y no se advierte que hubieran mediado razones que justifiquen apartarse del principio aludido y compensar la carga de los gastos.

De modo que las costas de ambas instancias deberán ser soportadas íntegramente por la demandada.

En torno a las quejas esgrimidas por la referida sobre una eventual imposición de las costas relativas a la excepción de prescripción, corresponde también decidir su rechazo.

Es que, habiéndose diferido la resolución de dicha excepción para la oportunidad del dictado de la

sentencia de mérito, por no revestir el carácter de manifiesta (v. fs. 234/6), la prescripción invocada por la demandada no exhibió su potencial autonomía procesal, siendo tratada como una defensa en el pronunciamiento sobre el fondo; amén de señalarse que en este tipo de juicios sumarísimos se encuentra expresamente vedada la posibilidad de oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento (cfr. Cpr. 498:2).

Es por ello, que su resolución no debe motivar una fijación de costas independiente de la que, en razón del resultado final de la litis, correspondió al proceso en general, en el que, como se dijo, la demandada ha resultado sustancialmente vencida, y en razón de ello le cupo la imposición general de costas (cfr. CNCom. Sala D, "*Pebcomin ICESA c/ Keydata SA*", del 22.9.88; íd. Sala B, "*Carbey SA c/ Randon, Humberto s/ ord.*", del 7.2.02; íd. Sala A, "*De Lujynes María c/ El Portero de San Lorenzo SA s/ ordinario*", del 14.2.08).

Además y a todo evento, se observa que la demandante tampoco resultó totalmente vencida en dicha cuestión, pues si bien la actora pretendía la aplicación de un plazo de prescripción de 10 años y la apelante de 1 año, lo cierto es que finalmente se decidió por la utilización del plazo de 3 años dispuesto en la ley de Defensa del Consumidor.

7. Por lo expuesto, y de acuerdo a lo dictaminado -en lo pertinente- por el señor Representante del Ministerio Público subrogante ante esta Cámara, se resuelve: desestimar los agravios de la demandada y confirmar la sentencia apelada con los alcances señalados

-particularmente en torno al modo de cumplimiento y control de la condena-, con costas de Alzada a la apelante vencida.

Comuníquese (cfr. Acordada C.S.J.N. N° 15/13). Notifíquese a las partes y a la señora Representante del Ministerio Público -en su despacho-; fecho lo cual, devuélvase. Encomiéndase al juez de grado la registración de la presente en el Registro Público de Acciones Colectivas de acuerdo a lo previsto por la Acordada N° 32/2014 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. art. 6 de su Reglamento).

Firman únicamente los suscriptos por hallarse vacante la vocalía N° 14 (art. 109 R.J.N.).

ÁNGEL O. SALA

MIGUEL F. BARGALLÓ

FRANCISCO J. TROIANI
SECRETARIO DE CÁMARA