



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

1840 / 2009 UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ SWISS
MEDICAL S.A. s/SUMARISIMO

Juzg.16 Sec. 32

14-13-15

Buenos Aires, 6 de octubre de 2021.-

Y VISTOS:

1) Viene apelada por ambas partes la sentencia dictada a fs. 1782/1794, mediante la cual se admitió la demanda interpuesta por Unión de Usuarios y Consumidores contra Swiss Medical S.A., condenando a esta última a: (i) reintegrar a sus usuarios los incrementos aplicados en la facturación correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008, con más los intereses a la tasa contractualmente pactada desde los vencimientos de la facturación donde se incluyeron incorrectamente los aumentos hasta el efectivo pago; y (ii) pagar en concepto de daño punitivo el equivalente al capital e intereses que se establezcan por la devolución correspondiente al aumento aplicado en el mes de agosto de 2008; con costas a la demandada vencida.

2) Unión de Usuarios y Consumidores demandó a Swiss Medical S.A. para que se la condene a restituir a sus usuarios los aumentos cobrados en la



facturación correspondiente a dos meses -diciembre de 2007 y agosto de 2008-, en razón de que consideró que los mismos fueron cobrados sin cumplir acabadamente con el plazo de antelación de 30 días previsto por la Resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior. Asimismo, pidió el devengamiento de intereses a la tasa que cobra la demandada para el caso de mora del afiliado -conforme el reglamento general de contratación de Swiss Medical S.A.-, con más la aplicación de un daño punitivo.

La demandada, por su parte, opuso excepción de falta de legitimación de la actora y, subsidiariamente, solicitó el rechazo de la demanda.

Para ello sostuvo -en lo sustancial- que su parte cumplió con el preaviso reglamentario establecido y los usuarios abonaron las cuotas sin efectuar reservas.

3) El juez de grado en la sentencia apelada rechazó la falta de legitimación activa opuesta por la demandada y admitió la demanda interpuesta contra Swiss Medical S.A.

Para así decidir consideró que la asociación actora se hallaba legitimada para representar los intereses de los consumidores integrantes del colectivo afectado, por hallarse cumplidos los presupuestos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Halabi".

En cuanto a la cuestión de fondo, juzgó que el proceder de la demandada no se ajustó a derecho y por lo tanto era responsable en los términos pretendidos por la accionante en su demanda.



En relación al daño punitivo, consideró que se encontraban dados los presupuestos necesarios para su procedencia.

Con fecha 11/09/20 esta Sala ordenó una medida para mejor proveer, consistente en que el perito contador brinde mayores precisiones respecto de la categoría "por afinidad", a los fines de identificar a los asociados que la integran. Asimismo, se le requirió al perito contador que acompañe a las actuaciones documentación -impresiones de pantalla- a la cual había hecho referencia al contestar uno de los puntos de pericia.

Dicha medida se encuentra cumplida y notificada a las partes.

4) Recurso planteado por Swiss Medical S.A.:

a) Legitimación activa de Unión de Usuarios y Consumidores:

La demandada insistió con el cuestionamiento de la legitimación activa de la actora, con el argumento de que no está demostrada la homogeneidad en los aspectos centrales o principales de la conducta reprochada por la actora. Sostuvo que en el caso no existe causa fáctica común ni homogeneidad fáctica. Dijo que el fallo apelado se refiere en varias oportunidades a "la causa común" pero no explica el porqué de sus afirmaciones.

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 corresponden 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 involucrados en la demanda, les resulta de aplicación la Ley de Defensa del Consumidor, ya que versan sobre servicios brindados a consumidores por una empresa de medicina prepaga.

A los fines de analizar la legitimación de la actora 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 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 por "Unión de



Usuarios y Consumidores" 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, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

Ahora bien, en el caso la aludida homogeneidad deriva de que todos los usuarios cuya representación invoca la actora habrían sido afectados por el cobro de los aumentos correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008, sin cumplir con el plazo de antelación de 30 días previsto por la Resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior.

Adviértase que el magistrado de grado juzgó a fs. 1349/1351 que "el colectivo involucrado en el caso son los afiliados a Swiss Medical Group, Swiss Medical Medicina Privada, Salud, Optar, Nubial, Medicien, Qualitas y Docthors a quienes se les cobró un incremento en las cuotas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008, sin que se hubiera transcurrido el plazo de treinta días previsto entre la comunicación del incremento y la fecha de pago".

De ahí, que la invocada existencia de afiliados que efectúan pagos anuales -a quienes no se les



cobró el incremento, según lo informado por el perito contador- no sirve de justificativo para acreditar la falta de homogeneidad porque esas personas, si bien son afiliadas de la demandada, no conforman el colectivo involucrado en esta causa -v. respuesta al punto de pericia II) solicitado por la demandada, fs. 1038 vta.-.

La demandada también alegó la falta de homogeneidad en otros aspectos: (i) que todos los integrantes del grupo tuvieran el mismo vencimiento originario; (ii) que a todos se les fijó el nuevo vencimiento en la misma fecha; (iii) que el cambio fue notificado a todos en la misma fecha-. Pero respecto de tales cuestiones, no es posible soslayar que era la demandada quien tenía en su poder los elementos de prueba para desacreditar que no se hallaban cumplidos estos requisitos respecto de todos los integrantes del colectivo involucrado en la causa, y sin embargo no puso a disposición del perito contador la documentación que le fue requerida al efecto, prestando la colaboración necesaria para esclarecer este punto.

En efecto, véase que el perito contador al responder los puntos de pericia solicitados por la actora señaló que la consulta de cupones de recibo y de facturas emitidas por Swiss Medical S.A. a pagar por sus asociados se limitó a la correspondiente a los dos casos testigos mencionados por la actora en su demanda -T. C. y J. M. B.- *“por oposición de la demandada, quien adujo que debe preservar la confidencialidad de los datos de identidad de los asociados”*. Lo mismo ocurrió al responder el perito



acerca de las fechas de vencimiento de las cuotas subsiguientes que se encuentran consignadas en las facturas, y cuando se le pidió que informara sobre la suma cobrada de incremento a cada usuario -v. fs.1026/1040, ptos., 4, 6, 9 y 10 solicitados por la actora-.

Es más, al contestar las aclaraciones pedidas por esta Sala el perito contador sostuvo que, a los efectos de la contestación del punto 2) de la pericia, fueron exhibidas impresas en papel las impresiones de pantalla, pero que existieron datos a los que no tuvo acceso, entre ellos la fecha de vencimiento de todos los comprobantes del período; reiterando, asimismo, que *“la demandada no entregó la totalidad de la información requerida sino aquella que estuvo dispuesta a proporcionar”*.

No obsta a ello, la invocada “confidencialidad” de la documentación pues los puntos de pericia aludidos no requerían identidad de datos y podían ser contestados mediante la compulsa de las facturas emitidas por la demandada.

Es más, la actora al formular el punto 9 de la pericia expresamente indicó que el informe requerido al perito respecto de la suma cobrada de incremento a cada usuario se realice *“preservando la reserva de los datos de identidad de las personas concernidas”*; lo cual se ajustaba, por otra parte, a lo decidido por el juez de grado al resolver la oposición formulada por la actora a los puntos de pericia de la demandada. En dicha oportunidad, se le indicó al experto



contable que en la pericia debía abstenerse de individualizar a las personas físicas a las que tuviera que aludir efectuando las correspondientes llamadas de referencia, con remisión a un listado que sólo podían consultar las partes y que quedaría reservado en el Tribunal de grado -v. fs. 703/705-.

Esa omisión por parte de la demandada no puede derivar en una interpretación a favor de su parte, porque surge evidente que desatendió el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obran en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión litigiosa.

A todo evento, la propia demandada trajo a la causa prueba que corrobora que existieron reclamos administrativos por parte de otros afiliados, cuestionando la falta de notificación de los aumentos, con quienes habría arribado a un acuerdo conciliatorio -v. fs. 192/204; fs. 1045/1071 y fs. 1118/1146-.

Por otro lado, la demandada refirió que no se trataría de un grupo homogéneo porque su parte fue absorbiendo a otras empresas. Pero no se encuentra demostrado que estos afiliados se hallaran en una situación diferente que aquellos que originariamente contrataron con la demandada. Véase que inclusive los dos afiliados en base a los cuales el perito contador contestó los puntos de pericia -B. y C.- eran originariamente afiliados de Nubial, y se les cobró el incremento en los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008 -v. informe de los consultores técnicos, fs.632-.



Finalmente, la circunstancia de que existan diferentes tipos de afiliados -directos, corporativos, por afinidad- tampoco se advierte que reste homogeneidad al supuesto de autos.

Ello, no obstante precisar que el colectivo involucrado en el caso de autos -y sobre esto parece que no existe controversia, atento lo manifestado por ambas partes al contestar el traslado de las aclaraciones formuladas por el perito contador- únicamente pueden ser los afiliados directos, para los cuales se hallaba previsto el régimen informativo establecido en la Resolución 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior, y quienes tenían la opción de rescindir el contrato sin cargo; y no los afiliados corporativos o por afinidad. Véase que, independientemente de a nombre de quien se emiten las facturas de los afiliados corporativos, que es un tema que no interesa para decidir la cuestión, de la medida para mejor proveer dispuesta en autos surge que la categoría "por afinidad" se encuentra integrada por los parientes o familiares de los asociados corporativos; es decir que los asociados de esta categoría, al igual que los corporativos, no tiene relación directa con la demandada ni pagan sus servicios.

En definitiva, cabe concluir en base a la documentación que tuvo en poder la actora y la información recabada por el perito, que en el caso el hecho invocado como dañoso es común y homogéneo para cada integrante del grupo cuyos intereses defiende la actora; que son los afiliados directos.



En otras palabras, que se trata de la misma conducta la causante de una lesión a una pluralidad de derechos individuales.

A igual conclusión arribó la Fiscal General ante esta Cámara, tanto al brindar el Informe de Cooperación en el Marco del Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores como en el dictamen que antecede, donde señaló que pese a lo sostenido por la demandada se encuentra comprobada la existencia de una causa fáctica común, es decir, de un hecho único y complejo que causó una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, siendo el presupuesto del mismo común al colectivo de personas representadas por la asociación actora.

Por último, el precedente de la Sala invocado por la demandada no resulta aplicable al caso de autos, pues allí se juzgó -en base a la prueba producida- *“que el único elemento común de la “clase” que se dijo representar podría haber sido (de haber mediado un caso) que sus integrantes habían abonado un precio diferente con tarjeta al que podrían haberlo hecho al contado - aunque no se daba en el 100% de los supuestos-”*. No obstante ello, se consideró que la plataforma fáctica homogénea no se apreciaba configurada en los demás elementos determinantes, pues su consecuencia no era perjudicial para muchos de los integrantes del grupo, ni se habían tenido en cuenta circunstancias diferenciadoras tales como la financiación y la compra a través de la web; supuesto distinto al de autos, en donde no se probó la falta de homogeneidad en los aspectos mencionados en



la demanda.

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

b) Sentado ello, corresponde analizar los restantes agravios formulados por la demandada.

La Resolución 175/07 de la Secretaría de Comercio del Interior dispuso que en caso de modificación unilateral del contrato en el sector de servicios de medicina prepaga, la misma debía ser notificada al usuario con una antelación no inferior a treinta días, con opción de rescindir el contrato sin cargo por parte del consumidor.

En el caso de autos la conducta de la demandada que el juez de grado tuvo acreditada en la causa y juzgó "ilícita" consistió en que la empresa de medicina prepaga postergó el vencimiento inicialmente anunciado a los consumidores de las cuotas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008 para así cumplir con el plazo de preaviso legal requerido por la Resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior.

Cabe precisar en primer lugar que, contrariamente a lo señalado por la demandada, no se advierte que la sentencia hubiera incurrido en incongruencia por defectuoso encuadramiento de la pretensión de la actora, porque del escrito de demanda surge que una de las conductas que la actora le atribuyó a la demandada fue modificar unilateralmente la fecha de vencimiento de las cuotas a fin de cobrar los



incrementos, aparentando el cumplimiento del plazo de treinta días establecido en la norma invocada -v. fs. 60 y 61-.

Ahora bien, resulta de la documentación traída por la actora y lo informado por el perito contador, que los vencimientos de las cuotas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008 se anunciaron en la factura del mes anterior para los días 10/12/07 y 08/08/08 -respectivamente- pero que luego, en la facturación del propio mes, fueron trasladadas unos siete días, al 17/12/07 y 15/08/08. Además, el experto contable precisó detalladamente que los vencimientos durante más de un año y medio ocurrieron entre el ocho (8) y diez (10) de cada mes, con excepción de aquellos en los que se aplicó un aumento y debieron ser pospuestos -v. punto 7 ofrecido por la demandada y 4 y 6 ofrecido por la actora, fs. 1026/1040 y fs. 1398, 1399, 1401, 1402 y 1403-.

Tal proceder, teniendo en cuenta lo establecido en el contrato modelo, en cuanto a que el asociado debe abonar la cuota mensual por mes adelantado *"en la fecha indicada en el Cupón Recibo correspondiente al mes anterior"* -v. cláusula 2.1, fs. 1407/1410-, traduce que la demandada modificó unilateralmente la fecha de vencimiento en los períodos en los cuales se produjeron los aumentos. Y esa postergación se juzga realizada con el único fin de alcanzar el preaviso suficiente para incluir el aumento, que había sido recientemente acordado, en las facturas que vencían en diciembre del 2007 y agosto del 2008.



La cuestión no admite otra interpretación, si se tiene en cuenta que, tal como se indicó en la sentencia de grado, la demandada no aportó prueba ni brindó ninguna explicación concreta que desvirtúe el relato efectuado por la actora, en base a los elementos que tuvo en su poder; infringiendo de esa forma el deber de colaboración consagrado por el art. 53 de la LDC. Máxime -se reitera- cuando el mes anterior la demandada había comunicado en la facturación una fecha de vencimiento distinta a la finalmente aplicada y durante al menos un año y medio las cuotas vencieron entre los días 8 y 10 de cada mes, con excepción de los meses en los que se produjo el aumento.

La conducta descripta teniendo en cuenta que fue realizada en el contexto de un contrato de medicina prepaga en donde las partes ocupan una posición asimétrica y tuvo por finalidad obtener una ventaja económica inmediata, en desmedro de los intereses de los consumidores, importa una práctica abusiva y contraria a la buena fe con la que deben ejecutarse los contratos, que no puede convalidarse (Código Civil: art. 1071 y 1198, ahora arts. 9, 10 y 961 del CCyCN y art. 8 bis de la LDC), tal como se juzgó en la sentencia de grado.

Por lo demás, si bien el juez a quo empleó como "pauta de interpretación" una norma que no se hallaba vigente al momento de los hechos (CCyCN: art. 351) -que establece como principio que el plazo se presume en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento-, se ha considerado de todas formas bajo la vigencia del Código anterior, que la concordancia



entre los arts. 570 y 750 del Cód. Civil permite concluir que el pago no puede efectuarse antes "ni postergarse para después por decisión unilateral de una de las partes" (Belluscio-Zannoni- "Código Civil Comentado, tomo II, pág. 518 y ss., La Ley, 2004 y doctrina allí citada).

A todo evento cabe agregar que en las cartas en las cuales se notificó el incremento se consignó una fecha diferente a la de envío y en la otra directamente se omitió el día, haciendo referencia sólo al mes y año -en uno de los sobres surge un sello del correo de fecha 12/11/07 y en el otro de fecha 15/07/08 y las cartas están fechadas el día "1 de noviembre" y "junio de 2008"-; lo cual pudo generar dudas al consumidor acerca del plazo que contaba para adoptar alguna conducta en relación al incremento de la cuota -v. fs. 1386/1396-.

El art. 4 de la LDC establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor información "cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee". Y una información para ser cierta debe ser no solamente verdadera, sino que también no tiene que generar incertidumbre (Chamatropulos Demetrio A.; "Derecho Comercial-Defensa del Consumidor", Tomo IV, pág. 209, La Ley).

Finalmente, contrariamente a lo invocado por la demandada, su conducta sí trajo aparejado un perjuicio a los usuarios, pues de no haberse modificado la fecha de vencimiento de las cuotas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008, el



incremento recién habría podido cobrarse al mes siguiente.

De modo que, como la postergación de las fechas de vencimiento de las cuotas de diciembre de 2007 y agosto de 2008 se juzgó indebida, el plazo de treinta días previsto por la normativa invocada no puede considerarse cumplido en el caso de autos.

Por último, cabe señalar que el "contexto histórico" en el cual se produjeron los aumentos, y la invocada razonabilidad de los mismos son cuestiones que no resultan dirimientes para resolver el recurso, pues ello no eximía a la demandada de ajustar su conducta a lo dispuesto en la ley.

En este punto, cabe referir a lo señalado por la Fiscal General, en cuanto a que por las características propias del contrato que vincula a las partes y la transcendencia del servicio que presta la demandada, las alteraciones y modificaciones de las distintas cláusulas que componen la contratación original deben ser especialmente notificadas con la antelación suficiente que le permita al usuario la evaluación de cambio de empresa o plan, dándole un margen de reflexión para mantener la prestación básica y constitucional como es el servicio de salud -v. informe de cooperación de la Fiscal General de fs. 1369/1386-, o bien adoptar la actitud que estime pertinente a fin de resguardar sus derechos.

Por otra parte, en lo que respecta al pretendido efecto cancelatorio de los pagos, ya sea que se analice la cuestión bajo la normativa del Código Civil



o del CCyCN, la solución es la misma.

La ley considera que se paga indebidamente, es decir, algo que no se debe cuando se paga por error, o cuando se paga sin causa o por una causa ilícita (arts. 784 y ss. del Código Civil y art. 1796 y ss. del CCyCN).

En tales supuestos se otorga a quien abonó en dichas condiciones el llamado "derecho de repetición".

En el caso de autos, en función de lo analizado, la demandada carecía de derecho a recibir el pago del aumento en las cuotas de los meses de diciembre de 2007 y agosto de 2008; razón por la cual corresponde reintegrar a los usuarios los importes abonados.

Finalmente, la demandada se queja de los intereses fijados por el juez de grado -a la tasa contractualmente acordada para el caso de incumplimiento de usuarios- que la sentencia ordena pagar por los importes cobrados indebidamente.

En relación a este punto, la doctrina ha considerado que la reciprocidad en el trato no queda reducida solamente a errores de facturación como pareciera surgir del art. 26 de la LDC, sino que es una obligación general asumida por el prestador del servicio para cualquier aspecto de la relación con el usuario. La obligación de reciprocidad en el trato, al ser una derivación del art. 8 de la LDC, se aplica para todo proveedor de bienes o servicios, no quedando reducido su campo de aplicación solamente a los servicios públicos domiciliarios (Chamatropulos Demetrio, obra citada, pág.



416 y ss.).

De modo que si en el contrato, como ocurre en el caso, se encuentra previsto el interés que corresponde pagar a los afiliados en el supuesto de demora en el pago de las cuotas -v. cláusula 2.1.- corresponde aplicar ese mismo interés a las sumas que la sentencia mandó a restituir.

Por último, serán analizados los agravios formulados respecto del daño punitivo y el límite total impuesto por el sentenciante respecto del mismo.

La figura que aquí se analiza ha tenido recepción en el derecho argentino en el art. 52 bis de la ley 24.240 (reformada por la ley 26.361), el cual 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" ni exigir "la existencia del daño probado" (Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Directores), Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo I, pág. 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 Nro. 0003/013877, JA 2008-II-1198).

Ahora bien, retomando lo dispuesto por la normativa aplicable, resulta posible encontrar dos



elementos a tener en cuenta al momento de decidir 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 "es sólo procedente la condena por daños punitivos ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable" (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, por lo que es posible entenderlo como la violación al deber de obrar de buena fe.

Así, jurisprudencialmente se ha entendido que esta clase de sanción sólo resulta aplicable para casos de particular gravedad (CNCom., Sala D, 28.6.2012, "Errico, Néstor O. c/ Galeno S.A."; ídem, Sala C, 11.7.2013, "P. G., M. C. y otro c/ Nación Seguros de Vida S.A. s/ ordinario", Abeledo Perrot Nro. AR7JUR749971/2013).

Por su parte, tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional que se ocupa del tema también se ha recalcado que sólo procede en casos de particular gravedad, calificados por dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito (culpa lucrativa) o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén y Pizarro, Ramón, "Reformas a la ley de



defensa del consumidor", LL, 2009-B-949; Nallar, Florencia, "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL, 2009-D-96; Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreira, Roberto, Ob. Cit., págs. 626/7; CNCom., esta Sala, 30.12.13, "Rodríguez, Liliana c/ PSA Peugeot").

En esa inteligencia, se advierte que en el sub examine se encuentran configurados los requisitos para su admisión, en tanto quedó demostrado que la conducta de la demandada tuvo como propósito deliberado el de obtener un rédito o beneficio económico, evidenciando con ello una conducta disvaliosa y desinteresada de los derechos de sus clientes.

En cuanto a la graduación de su monto, se ha sostenido que debe considerarse: i. la gravedad de la conducta del sancionado, pues su entidad y propagación suelen acentuarse cuanto más serias son las gestiones de seguridad soslayados por el infractor, ii. su repercusión social en tanto la sanción o multa civil tiende a evitar hechos antisociales y reprochables que afectan a toda la comunidad, más allá de las consecuencias inmediatas que el evento pueda tener sobre el o los afectados en particular, iii. el patrimonio del dañador, respecto a que la multa debe impactar en su patrimonio con eficiencia suficiente para cumplir su finalidad, iv. Los beneficios que obtuvo o que puede obtener, v. los efectos disuasivos de la medida y evitar la punición excesiva estableciendo un criterio de razonabilidad que tenga en cuenta la totalidad de las consecuencias del evento dañoso (ver Ley de Defensa del Consumidor, Comentada,



Anotada y Concordada, Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, Ed. Errepar, Bs.As., 2013, pág. 435/6).

Teniendo en cuenta tales parámetros, la Sala juzga que la multa impuesta a la demandada debe ser confirmada en los términos impuestos en la sentencia.

Consecuentemente, los agravios de la demandada serán rechazados.

5) Recurso de la actora:

Los agravios de la actora se centran en dos cuestiones: (i) el mecanismo de publicidad de la sentencia y la comunicación a sus beneficiarios; (ii) el destino de los remanentes no restituidos.

En autos, en forma previa a la sentencia se dispusieron distintos mecanismos para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieren tener algún interés en el resultado de este juicio. Expresamente se hizo saber en las publicaciones que "la sentencia a dictarse haría cosa juzgada para la demandada y para todos los consumidores y usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto aquellos que manifiesten en el expediente su voluntad en contrario antes de la sentencia" -v- fs. 1459/1461- Como nadie se presentó en las actuaciones, cabe concluir -al igual que lo hizo el juez de grado- que la sentencia, una vez firme, hace cosa juzgada para todos los usuarios o consumidores que se encuentren en la misma condición

Ahora bien, esta Sala ha sostenido que es tan importante implementar la tutela individual homogénea como lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia colectiva, pues de lo contrario se correría el riesgo de



que la condena judicial se convierta en un pronunciamiento de naturaleza meramente declarativa; habiendo, inclusive, dispuesto oficiosamente la publicación de la sentencia por diversos medios difusión (v. Consumidores Financieros Asoc. p/su defensa c/ Cencosud S.A. s/ sumarísimo" del 17/07/15).

En función de ello, independientemente de la publicidad ordenada en autos en forma previa al dictado del pronunciamiento apelado, la cual conforme las constancias de autos se haya cumplida, la demandada deberá -una vez firme este pronunciamiento- publicar la sentencia, de modo destacado, por dos días en dos diarios de circulación masiva e incluir la misma en un lugar visible de su página web. Ello, sin perjuicio de las notificaciones ordenadas en la sentencia para aquellos consumidores que actualmente no son afiliados a Swiss Medical S.A., cuya confección corresponde encomendar a la demandada, pues siendo la responsable de los incumplimientos aquí analizados, resulta razonable que sea su parte quien notifique la restitución.

Finalmente, en lo que respecta al destino de los fondos que no pueden ser restituidos, al margen de tratarse de una cuestión prematura, es una decisión que depende exclusivamente del magistrado de grado y se encuentra fuera de la órbita de la asociación actora, ya que las sumas que eventualmente no puedan reintegrarse a los afiliados no son de su propiedad.

Consecuentemente, con el alcance que surge de la presente, se admite el recurso de la actora.



Por último, una vez firme la presente y determinada por el perito contador la deuda en la etapa de ejecución de sentencia, deberá el tribunal de grado calcular la suma a integrar por la condena en costas en concepto de tasa de justicia.

6) Por lo expuesto, y de conformidad -en lo pertinente- con lo dictaminado por la Fiscal General, se resuelve: a) rechazar los agravios de la demandada y admitir, con el alcance que surge de la presente, los de la actora; b) costas a la demandada, quien resultó sustancialmente vencida en los recursos; c) disponer que el tribunal de grado, firme la presente y determinada la deuda por el perito contador, calcule la suma a integrar en concepto de tasa de justicia.

Comuníquese (cfr. Acordada C.S.J.N. N° 15/13), notifíquese a la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal por vía electrónica, y devuélvase sin más trámite, encomendándose al juez de la primera instancia las diligencias ulteriores y las notificaciones pertinentes (CPr.36:1).

MIGUEL F. BARGALLÓ

ÁNGEL O. SALA

HERNÁN MONCLÁ



MARCELA L. MACCHI
PROSECRETARIA DE CÁMARA

