

Defensa Del Consumidor Seguro Costo De La Prima Superior Al Mercado Cautelar

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Seguro. Costo de la prima superior al

mercado. Cautelar Se mantiene el fallo que dispuso cautelarmente la suspensión del cobro del cargo correspondiente a la prima de los seguros colectivos de vida sobre saldo deudor de los clientes de la accionada en lo que exorbite el costo promedio del mercado, pues se tuvo por acreditado el *fumus bonis iuris* con la sola percepción del derecho invocado a partir de la declaración de una única testigo. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2017. Y Vistos: 1. El Banco Hipotecario SA solicitó en fs. 101/112 reposición del pronunciamiento de fs. 81/83, aclarado en fs. 88. La resolución ahora en crisis revocó el decisorio de grado y dispuso la suspensión del cobro del cargo correspondiente a la prima de los seguros colectivos de vida sobre saldo deudor de los clientes de la accionada en lo que exorbite el costo promedio del mercado, restricción que mediante aclaratoria de fs. 88 quedó limitada a las operaciones anteriores al 1.9.2016. Además la Sala también resolvió cautelarmente que el Banco demandado debía dejar de percibir todo cargo por honorarios derivado de su calidad de agente institorio de la aseguradora. Básicamente alegó la recurrente que la entidad bancaria en modo alguno percibía o trasladaba a sus clientes un cargo exorbitante del costo promedio del mercado, conforme se acreditaría probatoriamente en su hora. Agregó que no se configuraban en el caso los requisitos de admisibilidad de una cautelar innovativa y excepcionalísima como es la de carácter anticipatorio (v. gr. fortísima verosimilitud en el derecho, urgencia, irreparabilidad en el daño y contracautela real e idónea). Entendió, por último, que se hubiera considerado como único fundamento fáctico de la decisión la declaración testimonial de la señora Mariana Bonelli, amén de afirmar que tales dichos fueron erróneamente interpretados. La admisión formal del recurso se dispuso en fs. 116/17. La accionante contestó el traslado conferido en fs. 121/34 y el Ministerio Público Fiscal en fs. 137/39. 2. La lectura de la petición cautelar y su cotejo con la decisión en crisis permite advertir ciertas diferencias en punto a los alcances de lo requerido con lo que luego fue acogido. Adecua solicitó al Juzgado de grado que (i) se ordene al Banco Hipotecario SA a que se abstenga de percibir de las aseguradoras con las que haya contratado pólizas de seguros de vida colectivo para cubrir el riesgo de fallecimiento, invalidez total y permanente u otra cobertura para los usuarios de sus servicios crediticios, honorarios, comisiones o cualquier otra compensación para retribuir la contratación y administración de dichas pólizas; (ii) ordene a las aseguradoras a las que se hace referencia en el punto anterior a que se abstengan de pagar al Banco Hipotecario S.A. honorarios, comisiones o cualquier otro tipo de compensación para retribuir a la entidad crediticia la contratación y administración de las pólizas de seguro de vida colectivo para los usuarios de servicios crediticios; (iii) ordene a las aseguradoras y al Banco Hipotecario a que deduzcan las retribuciones a las que se hizo referencia en los puntos (i) y (ii) precedentes, del precio del seguro de vida colectivo sobre saldo deudor que cobran a los usuarios de los servicios crediticios del Banco Hipotecario S.A. y (iv) ordene a las aseguradoras y al Banco Hipotecario a que acrediten el cumplimiento de la cautelar acompañando un informe firmado por sus representantes legales, debidamente auditado y aprobado por el Directorio, como así también un informe de la Comisión Fiscalizadora de las entidades. Al mismo fin se designe un veedor judicial para verificar el efectivo cumplimiento de la medida cautelar? (fs. 1v/2). No surge, entonces, que Adecua hubiera solicitado algún tipo de medida restrictiva respecto del costo de las primas en cuanto, según sus dichos, superaban los valores de mercado para iguales contrataciones. Así, la decisión de la Sala en este punto exorbitó la petición, lo cual justifica por sí solo la revocación de la cautelar en este aspecto. Agrégase como argumento corroborante que de mantenerse la medida precautoria en los términos en que fue dictada, la misma tendría una sustancial identidad con lo que es el objeto de la demanda. Y en este punto ha sido pacífica tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia en punto a ser improcedente dictar medidas cautelares que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo (Colombo, C. y Kiper, C., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado, Buenos Aires, 2006, T. II, pág. 441, parág. 4, apartado I y jurisprud. cit. en nota 14; Fenochietto C., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, Buenos Aires, 1999, t. 1, págs. 698/700, parág. 2, apartado e; CNCom. Sala D, 4/2/2016, ?Zas Pérez, Ernesto Iván c/Banco Itaú Argentina SA s/ordinario?, íd. 9/6/2015, ?Asociación de Defensa del Asegurado c/Zurich Argentina Compañía de Seguros Sociedad Anónima s/medida precautoria?, íd. 16/9/2008, ?Centro de Orientación, Defensa y Educación del Consumidor c/ OSDE s/ amparo?, íd. Sala A, 8/8/2001, "Multicanal S.A. c/ Supercanal Holding S.A. s/medidas cautelares s/incidente por separado"; íd. Sala C, 30/9/1997, "T.V.A.Canál Satelital c/ Cablevisión S.A.", Sala E, 27/3/1996, "Zayat de Abas, Isabel c/Carol San Juan SA s/med. precaut.?, entre otros). En el caso, resulta claro que la medida precautoria, en los términos en que fue ordenada, coincide sustancialmente con el objeto de la demanda que Adecua promovió contra el Banco Hipotecario. Según puede leerse en el escrito de demanda, la mentada asociación reclamó al promover

esta acción ?...a) que cese de inmediato de cobrarle a sus clientes, por cualquier concepto referido al seguro colectivo de vida de deudores, un precio que exceda el valor del corriente en plaza para este tipo de seguro, que es de 0,27 pesos por mes cada mil de saldo deudor, para cubrir el riesgo de muerte y de 0,19 pesos por cada mil de saldo deudor para cubrir adicionalmente el riesgo de invalidez total y permanente a grupos de personas de entre 20 a 75 años de edad (...) b)...restituya a todos sus clientes lo percibido por ellos por cualquier concepto referido al seguro colectivo de vida de deudores que exceda el valor corriente en plaza indicado en el apartado anterior...? (ap. III. ?a? y ?b? fs. 113v de las actuaciones principales). El confronte de la cautelar en estudio y la pretensión descripta muestra claramente su identidad sustancial, lo cual reafirma por lo dicho, la impertinencia de la decisión en crisis.

3. Aun cuando lo anterior no fuera compartido, pueden ser allegados otros fundamentos que también abonan la solución anticipada. Es sabido que uno de los presupuestos básicos para el favorable dictado de las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho invocado; esto es, la exigencia de que el derecho del peticionario de la cautelar sea aparentemente verdadero, ya que su declaración de certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (CSJN, 20/12/1984, ?Albornoz?, ED 113-477; CNCom Sala D, 25/5/1997, "La Buenos Aires Compañía Argentina de Seguros S.A."; ídem Sala D, 14/10/2009, ?Proconsumer Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/sumarísimo s/incidente de apelación cpr 250?; íd. Sala D, 24/2/2009, ?López, Lionel Max Alec c/Kepinka S.A. y otro s/sumarísimo?; entre otros). También es menester acreditar el peligro en la demora, entendido básicamente como la posibilidad de que el derecho invocado y reclamado resulte frustrado por las contingencias procesales del juicio (CNCom Sala D, 10/12/2015, ?América TV S.A. c/Go Express S.A. s/medida cautelar s/ incidente artículo 250). Un nuevo estudio de la cuestión permite advertir a la Sala integrada ciertas falencias en la demostración del primero de los recaudos explicados. En su declaración testimonial, la señora Mariana Bonelli admitió que desde el año 2007 el Banco demandado ?...dejó de constituir seguros para su cartera...?, y optó por contratar aseguradoras para garantizar sus productos financieros. Así ?...comenzó a administrar los seguros a través de aseguradoras contratadas? (preg. 17). Y en este escenario, preguntado por si era retribuido por alguna de las aseguradoras involucradas, respondió que ?en su rol de tomador el banco percibe un 5% sobre las primas? (7 repregunta). Como principio esta única prueba (la declaración de un solo testigo) aparece insuficiente para acreditar la mentada verosimilitud. Cuanto menos en este estadio procesal cuando todavía no es posible realizar un análisis integral de la prueba para concluir si aquel testimonio resulta apoyado por otra de las medidas que han sido autorizadas en el principal. Así no es posible tener por probado con este sólo testimonio la afectación del derecho de los consumidores que la actora tiene por función proteger. Véase que no admitió objetivamente que tal percepción lo era en su calidad de ?agente institorio? sino en carácter de ?tomador? del seguro. Pero además, la testigo reconoció que el Banco demandado percibe un 5% sobre el valor de las primas de las aseguradoras. Así le fue preguntado.

De hecho cuando la actora reclamó la medida cautelar aquí en estudio, pidió al Tribunal de grado que se ordene a la demandada que ?se abstenga de percibir de las aseguradoras...?, lo cual importó reconocer, en los mismos términos que lo hizo la testigo, que ese pago era solventado por las empresas de seguro y no por los consumidores que, como fue dicho, es aquel al que la Asociación actora está exclusivamente llamada a resguardar. Demás está decir que una sociedad comercial como es por regla una aseguradora, en su giro ordinario, no constituye por definición un consumidor. A partir de tal premisa es de advertir que la relación que aquí es afectada mediante el dictado de la cautelar cuestionada es la que vincula al Banco demandado con un tercero, ajeno al juicio. Tal situación, de por sí, revela la impertinencia de la medida al involucrar en la misma, en tanto sujeto de la orden del Tribunal, a un sujeto extraño al conflicto; cuanto menos desde lo procesal. Esta particularidad afecta la necesaria nota de instrumentalidad propia de toda medida precautoria. Es que su dictado solo puede concebirse en tanto exista juicio pendiente donde se discuta el derecho que se ha querido asegurar, pues de lo contrario constituiría una arbitrariedad (CNCom. Sala F, 25/4/2010, ?SA Lito Gonella e Hijo ICIFI c/Bisa Seguros Reaseguros SA y otros s/medida precautoria s/incidente de apelación?; íd. Sala A, 24/4/2007, ?Imágenes Diagnósticas y Tratamiento Médico SA c/Tomografía Computada de Bs. As. SA s/med. Precautoria?). No se olvida aquí que la Asociación actora, al reclamar la cautelar, ensayó como verdad revelada (esto es sin elemento indiciario que así lo permita presumir), que las aseguradoras trasladaban este honorario a los clientes al incorporarlos a las primas, para de seguido retornar ese plus al Banco en su rol de agente institorio (fs. 2v, último párrafo). Sin embargo, como fuera adelantado, la actora no se apoyó en elemento alguno que permita siquiera colegir que tal triangulación tiene algún viso de realidad. De hecho la testigo, que fue la única prueba invocada para sustentar su petición, nada dijo sobre el particular. Ni siquiera fue indagada sobre ello. Lo hasta aquí expuesto permite revisar lo decidido en fs. 81/83 y su aclaratoria de fs. 88 en tanto este nuevo análisis muestra una verosimilitud desdibujada, lo cual no aparece suficiente para mantener la cautelar atacada.

4. Finalmente, tampoco se avizora el peligro de continuar la tramitación del proceso sin disponer de la medida innovativa pretendida, o tutela anticipatoria como conceptualiza el Ministerio Público. En esta orientación, el examen del peligro en la demora exige una ponderación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden

evitar, pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos 329:803; 329:4161). En tal marco interpretativo se presentan conjeturales e insuficientes las razones invocadas por la accionante para considerar que, frente a una demanda estimativa de la acción colectiva, el Banco accionado no se encuentre en condiciones económicas de asumir las eventuales condenas que pudieran establecerse en su contra (Fallos 328:3270).

Es cierto que, como postula el Ministerio Público, un prolongado trámite de este juicio podría acentuar el daño que según se postula, padecen los consumidores en virtud de la presunta maniobra denunciada. Empero, frente a la total ausencia de elementos que permitan conceder verosimilitud a la pretendida maquinación, no es posible acoger una cautelar con el sólo argumento de un también hipotético y conjetural peligro. A todo evento cabe recordar que la propia Asociación actora, al requerir con ese hecho acotar la medida precautoria, sostuvo que cierta resolución del Banco Central de la República Argentina impedía la maniobra imputada a partir del 1.9.2016. Así resulta evidente que, a partir de la premisa postulada por la propia demandante, tal perjuicio económico de existir, no se acentuará en el tiempo en atención a la prohibición administrativa comunicada. 5. Como corolario de todo lo expuesto, se resuelve: estimar la reposición intentada en fs. 101/112 y revocar el pronunciamiento de fs. 81/83, aclarado en fs. 88. Costas en el orden causado, atento las particularidades que rodearon el caso (art. 68:2 CPr.). Notifíquese a las partes y a la señora Fiscal General ante esta Cámara (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/2017) y sigan los autos según su estado. Hágase saber la presente decisión y su antecedente de fs. 81/3 a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15).

RAFAEL F. BARREIRO (en disidencia)
GERARDO G. VASSALLO MARIA L. GÓMEZ ALONSO DE DIAZ CORDERO (con la consideración que sigue)
MARIA FLORENCIA ESTEVARENA SECRETARIA La Doctora María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero agrega: Arriba por primera vez este expediente a mi estudio como consecuencia de lo dispuesto a fs. 146 por mis distinguidos colegas. El pormenorizado análisis realizado en los párrafos precedentes y la entrada en vigencia de la comunicación A 5795 y 5828 del Banco Central de la República Argentina, me convencen en el caso, de votar en concordancia con el Doctor Gerardo Vassallo.

MARIA L. GÓMEZ ALONSO DE DIAZ CORDERO MARIA FLORENCIA ESTEVARENA SECRETARIA El doctor Rafael F. Barreiro dice: Y Vistos: 1. El Banco Hipotecario SA solicitó en fs. 101/112 reposición del pronunciamiento de fs. 81/83, aclarado en fs. 88. La resolución ahora en crisis revocó el decisorio de grado y estimó el pedido cautelar formulado por la asociación de consumidores, consistente en la suspensión del cobro del cargo en la prima de los seguros colectivos de vida sobre saldo deudor de los clientes de la accionada, por operaciones concertadas con anterioridad al 1/9/2016, en todo lo que exorbitare el costo promedio del mercado y en cuanto incluyera honorarios como agente institorio de la aseguradora. Básicamente alegó la recurrente que la entidad bancaria en modo alguno percibía o trasladaba a sus clientes un cargo exorbitante del costo promedio del mercado, conforme se acreditaría probatoriamente en su hora. Adicionó que no se configuraban en el caso los requisitos de admisibilidad de una cautelar innovativa y excepcionalísima como es la de carácter anticipatorio (v. gr. fortísima verosimilitud en el derecho, urgencia, irreparabilidad en el daño y contracautela real e idónea). Criticó que como único fundamento se hubiera hecho mérito de la declaración testimonial de la Sra. Mariana Bonelli y que se hubieran mal interpretado sus dichos cuando reconoció que el Banco percibía un 5% sobre las primas. La admisión formal del recurso se dispuso en fs. 116/17. La accionante contestó el traslado conferido en fs. 121/34 y el Ministerio Público Fiscal en fs. 137/39. 2. Abordada la cuestión desde la acotada perspectiva que proporciona el proceso cautelar, conviene adelantar que el planteo incoado por el banco será desestimado. Ciertamente, puede traslucirse de los términos empleados en la resolución de fs. 81/83 que se tuvo por acreditado el fumus bonis iuris con la sola percepción del derecho invocado a partir de la declaración de la Sra. Bonelli. Ello resulta de toda lógica: una exigencia mayor implicaría pretender la demostración anticipada según la secuencia procesal y, por lo tanto, irrazonable de la existencia incontrastable del derecho, lo cual desvirtuaría el instituto cautelar, cuya razón de ser consiste justamente en precaver el derecho que aún dudoso, es incierto. Desde esta perspectiva, el ensayo argumental de la accionada trasunta más bien por carriles de disenso con el temperamento adoptado por este Tribunal pero no exhibe visos de atendibilidad a partir del señalamiento de un error -de hecho o de derecho- que habilite la reversión de lo decidido. En el pronunciamiento en crisis se ha hecho mención de todos y cada uno de los requisitos para el dictado de cautelar con especial hincapié en la tuitiva de los derechos de los consumidores y la perspectiva tuitiva para la prevención del daño del Código Civil y Comercial de la Nación. Tampoco se avizora que la medida resulte imprecisa: se dispuso la suspensión cautelar del cobro de cualquier cargo o comisión que perciba la entidad financiera por sobre el premio que fija la compañía de seguros contratada por sus clientes sobre los productos indicados y por operaciones concertadas con anterioridad al 1/9/2016. El corte temporal no resulta antojadizo, puesto que -como ya fue reconocido por todos los justiciables- existe regulación específica sobre el tópico tanto de la Superintendencia de Seguros de la Nación (RES n° 35678/2011) y el BCRA (Comunicación A 5928? que modificó las normas sobre ?Protección de los Usuarios de Servicios Financieros? aprobadas por la Comunicación ?A? 5388 y ccdtes.) 3. Consecuentemente con lo expuesto, se resuelve:

desestimar la reposición intentada en fs. 101/112. Con costas (art. 68 y 69 CPR.). Notifíquese a las partes, a la señora Fiscal General ante esta Cámara (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/2017) y sigan los autos según su estado.

Hágase saber la presente decisión y su antecedente de fs. 81/3 a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15).

ESTEVARENA SECRETARIA

RAFAEL F. BARREIRO MARIA FLORENCIA

023021E