

## Amparo Colectivo Defensa Del Consumidor Ley Aplicable Negociacion Bursatil Operaciones Bursatiles Clausulas Abusivas Deber De Informacion

### JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a los 17 días del mes de

octubre de dos mil diecinueve, reunidos los señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por ?ACYMA ASOC. CIVIL contra PORTFOLIO PERSONAL S.A. Y OTRO sobre ORDINARIO? (Expte. N° 22735/2012), en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debía votarse en el siguiente orden: Vocalías N° 6, N° 15 y N° 14, de conformidad con la forma en que ha quedado integrada la Sala (fs. 2126).

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La señora Juez de Cámara Doctora María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero dijo: I. La Causa: Asociación Civil por los Consumidores y el Medio Ambiente (?ACYMA?) promovió demanda colectiva (fs. 30/86), en los términos del art. 52 y concordantes de la ley 24.240, contra Portfolio Personal S.A. (?Portfolio?) e INTL CIBSA Sociedad de Bolsa S.A. (?CIBSA?). Alegó representar al colectivo de consumidores y usuarios -personas humanas- que contrataron con las accionadas una cuenta comitente antes del 3 de agosto de 2009 y que abonaron comisiones y cargos con un aumento de precio impuesto unilateralmente por las demandadas sin información ni notificación alguna. Explicó que ?CIBSA? es una sociedad de bolsa que opera en el Mercado de Valores de Buenos Aires (Merval) y ?Portfolio? es su productor. Ambas son intermediarias financieras en el mercado de capitales. Dijo que el 03-08-2009 las accionadas aumentaron unilateralmente el precio de distintas comisiones y cargos (que pasaron del 0,5 al 0,6% del monto involucrado en la transacción), sin notificación ni información a los clientes. Remarcó que el aumento en el precio no se tradujo en una mejora en los servicios a los clientes y rompió el equilibrio contractual. Argumentó que la modificación resultó ilegal por contrariar la ley 24.240, la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor y la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica. Esta última establecía, entre otros requisitos, la obligación de preavisar con 60 días de antelación los eventuales cambios contractuales. Criticó las previsiones de los contratos suscriptos -que calificó como ?de adhesión?- en tanto permiten al proveedor de servicios modificar unilateralmente cualquier cláusula con la sola publicación de los nuevos términos en su página web, presumiendo el consentimiento del consumidor y poniendo la obligación de informarse en cabeza de este último. Destacó que el consumidor financiero se encuentra contemplado en el art. 42 de la CN y en el decreto 677/01, y que el régimen tuitivo consumeril tiene preeminencia sobre las normas que regulan el mercado de capitales. Estimó que tampoco se habían cumplido las normas del Código de Protección al Inversor dictado por el Merval el 30-04-2009 (conforme lo estipulaba la resolución 529/08 de la CNV). Requirió que se ordene a las contrarias cesar con el cobro de los aumentos cuestionados, reembolsando las sumas indebidamente percibidas. Pidió además que: (i) se decrete la nulidad de las cláusulas que permitían la modificación unilateral de los términos contractuales, (ii) se disponga, para el futuro, que ?Portfolio? y ?CIBSA? cumplan con lo establecido por la Res. SCT 9/2004, y (iii) se aplique una multa por daño punitivo, hasta el límite máximo legalmente admitido. Fundó su posición en derecho y ofreció prueba. Posteriormente amplió la demanda deducida, esgrimiendo la responsabilidad solidaria de las demandadas en los términos del art. 40 de la LDC (fs. 108/110).

A fs. 307/344 se presentaron las accionadas, en forma conjunta. Dedujeron excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción. Subsidiariamente contestaron la demanda, solicitando su rechazo con costas. En lo relativo a la legitimación de ?ACYMA?, argumentaron que la relación con los clientes no puede ser calificada como ?de consumo? y que no les son aplicables las normas de la LDC. Además, sostuvieron que no se verificaban en la especie los requisitos de procedencia de la acción colectiva fijados por la CSJN en los conocidos precedentes ?Halabi? y ?Padec?. Alegaron que no existe ?causa fáctica homogénea? en tanto se trataba de clientes radicados en diferentes puntos del país, con perfiles, patrimonios y nivel de sofisticación desiguales, que realizaban distintos tipos de operaciones por diversos montos. Tampoco estaría siendo afectado el derecho de acceso a la justicia, en razón de la importancia económica del daño denunciado. Agregaron que no existía ningún reclamo concreto de clientes afectados y que el daño punitivo no podía ser reclamado por las asociaciones de consumidores, conforme a la letra de la LDC. Con relación a la excepción de prescripción, arguyeron que era aplicable al sub lite el plazo trienal previsto por el art. 50 de la ley 24.240, de manera que no puede revisarse la validez de las cláusulas de contratos celebrados antes del 31-07-2009. Sobre el fondo de la cuestión, remarcaron que tanto ?Portfolio? como ?CIBSA? realizan actividades fuertemente reguladas y que sus clientes no pueden ser calificados como consumidores. Esgrimieron que las operaciones realizadas a través del mercado de capitales no son las típicas de consumo de bienes y servicios contempladas en la ley 24.240, sino que se trata de inversiones, que reflejan un ánimo lucrativo ajeno a la noción de consumidor protegida por nuestra legislación. Agregaron que el hecho de que una persona pueda calificar

como pequeño inversor o consumidor financiero en el marco del régimen de oferta pública, no implica que esa persona deba calificar como consumidor liso y llano bajo la ley 24.240, sosteniendo que debe aplicarse prioritariamente la normativa del mercado de capitales, particularmente, el decreto 677/2001 y las normas de la CNV y el Merval. Aclararon que en todo momento cumplieron con la normativa vigente, que las nuevas comisiones fueron publicadas con diez días de anticipación en la página web de ?Portfolio?, comunicadas mediante un newsletter enviado a los comitentes y que cada cliente, antes de confirmar las transacciones en la plataforma online, era informado sobre los valores a abonar, que debían aceptar para poder operar. A todo evento, plantearon que la nulidad alegada por la asociación actora era relativa y fue confirmada por los clientes. Se opusieron a la procedencia del daño punitivo y ofrecieron prueba. La accionante contestó las excepciones deducidas a fs. 353/359 y el a quo decidió diferir su examen para el momento del dictado de la sentencia definitiva (fs. 363/364). A fs. 1471/1479 ?ACYMA? denunció como hecho nuevo que se produjo otro aumento de las comisiones con vigencia a partir del 14-09-2015, resaltando que en esta oportunidad las accionadas cumplieron con la normativa vigente al anunciar el cambio a cada cliente (mediante correo electrónico) con dos meses de antelación. Acompañaron la documentación sustentadora de su planteo, que fue reconocida por las contrarias (fs. 1489/1490). El hecho nuevo fue admitido a fs. 1628/1630. En orden a las demás consideraciones fácticas de la causa, a los fines de evitar estériles reiteraciones, me remito al decisorio recurrido por encontrarse allí adecuadamente detalladas y expuestas.

II. La Sentencia de Primera Instancia: La sentencia de primera instancia (fs. 2080/2099) admitió parcialmente la demanda. Para así decidir, el a quo entendió que: i) aun cuando el derecho del mercado de capitales contiene disposiciones tendientes al amparo de los inversores, ello no es óbice para la aplicación de las restantes normas de protección de los consumidores, que deben integrarse de forma armónica, siempre que el inversor bursátil sea el destinatario final de la actividad de inversión; ii) ?ACYMA? se encuentra legitimada para el ejercicio de la acción de incidencia colectiva referida a intereses individuales homogéneos, verificándose en la especie los requisitos fijados por la CSJN; iii) la acción no está prescripta, en tanto que entre el aumento de las comisiones (03-08-2009) y la promoción de la demanda (31-07-2012) no transcurrió el plazo legal; iv) es aplicable a la relación de las demandadas con sus clientes la Resolución 9/2004 de la SCT, que refiere a los ?servicios financieros y/o bancarios?; v) las cláusulas que facultaban a modificar unilateralmente el contrato y cambiar las tarifas mediante la simple publicación por 10 días en el sitio web deben ser declaradas abusivas puesto que importan ampliar los derechos del proveedor y, al mismo tiempo, una renuncia o restricción a derechos del consumidor. En consecuencia, ordenó la restitución de los montos percibidos fruto del aumento de comisiones dispuesto por las accionadas a partir del 03-08-2009 respecto de los contratos suscriptos con anterioridad a esa fecha. Limitó la condena al 14-07-2015, fecha en que las demandadas volvieron a aumentar las comisiones, pero esta vez cumpliendo con la Res. 9/2004. Fijó una multa en concepto de daño punitivo equivalente al 25% de lo que corresponda restituir a cada cliente, con un límite global de \$5.000.000. Todo ello, con intereses y costas.

III. Los Recursos: Contra dicho decisorio se alzaron las demandadas cuya expresión de agravios de fs. 2131/2160 fue contestada a fs. 2165/2195. Sus agravios trascurren, esencialmente, por los siguientes carriles: i) se debió admitir la excepción de falta de legitimación activa, en tanto no se configura el requisito de afectación al derecho de acceso a la justicia de los consumidores; ii) se consideró un dies a quo incorrecto para el cómputo del plazo prescriptivo, pues el mismo comenzaría a correr con la suscripción de cada contrato; iii) se aplicó erróneamente la Res. 9/2004 dado que la actividad de las accionadas no puede encuadrarse en los ?servicios financieros y/o bancarios? aludidos por la norma; iv) las demandadas cumplieron con los contratos suscriptos con los comitentes y con la normativa vigente; v) la pretendida nulidad es, en todo caso, relativa y fue confirmada por los usuarios; vi) la multa prevista por el art. 52 de la LDC es improcedente en el caso; vii) no corresponde ordenar la restitución de lo cobrado sin reclamo de los comitentes; viii) la sentencia falló ultra petita al disponer que los fondos que eventualmente le correspondan a comitentes inactivos que no los reclamen en el plazo de un año se destinarían al patrimonio estatal; ix) no corresponde la aplicación de intereses sobre el monto de condena; y x) debió eximirse a su parte del pago de costas. También apeló la asociación actora, quien fundó su recurso a fs. 2197/2201, el que fue respondido por las contrarias a fs. 2203/2207. Criticó el monto fijado en concepto punitivo; que no se haya ordenado a las accionadas cumplir con el deber de información en lo sucesivo; que se le impusiera injustificadamente la carga de comunicar a los clientes sin cuentas vigentes; y que no se hubiera ordenado la capitalización de intereses. A fs. 2212/2217 emitió su dictamen la Sra. Fiscal General ante esta Excma. Cámara. Con remisión a su informe de colaboración como titular del Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores de la Procuración General de la Nación (fs. 2054/2073), propició el rechazo de la apelación deducida por las accionadas. En lo tocante a los agravios de ?ACYMA?, estimó que había sido prematuro imponerle la carga de notificar a los exclientes, debiéndose primero indagar en la información que pudieran conservar las accionadas.

IV. La Decisión: i) Razones de elemental orden metodológico imponen abordar prioritariamente la excepción de falta de legitimación deducida por las defendidas. Desde que, al contestar demanda, las accionadas sostuvieron que sus comitentes no pueden ser considerados consumidores, es menester, a modo introductorio, referir a esa cuestión a fin de fijar el plexo normativo aplicable. A fin de una

adecuada exposición, comenzaré por destacar que los inversores no son necesariamente ajenos al concepto de consumidor. Incluso con anterioridad a la sanción del decreto 677/2001 -que otorga un cierto marco normativo a la figura del consumidor bursátil- ya se sostuvo que es igualmente posible que dicho régimen tuitivo sea aplicable, en general, a este tipo de operación (CNCom, esta Sala, Mai, Carlos Enrique c/ Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith de Argentina S.A. s/ ordinario?, del 13-04-2018). La postura se corrobora con la ampliación del concepto de consumidor a partir de la sanción de la ley 26.361. Destácase, (conf. considerandos del dec. 677/2001) que resulta necesario asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, y los derechos del "consumidor financiero", en el ámbito de la oferta pública, que tienden al objetivo de promover el desarrollo, y favorecer su liquidez, estabilidad, solvencia y transparencia, y crear mecanismos que permitan garantizar la eficiente asignación del ahorro hacia la inversión (CNCom, esta Sala, "Comisión Nac. de Valores c/ Sociedad Comercial del Plata S.A.", del 08-11-2002). Claro que no puede predicarse una solución inequívoca, debiendo evaluarse en cada caso si a las operaciones o los sujetos involucrados debe extenderse la tutela consumeril. En el sub lite, las comisiones objeto de controversia fueron las percibidas por la compra-venta de: (i) acciones y CEDEAR; (ii) títulos públicos y privados; y (iii) LEBAC/NOBAC (fs. 31, fs. 1515). Dichas operaciones, relativamente habituales, no sugieren a priori la presencia de inversores especializados, ni remiten a transacciones complejas propias de un agente avezado. Del muestreo realizado por el perito contador, evaluando los montos involucrados, tampoco se desprende una conclusión diversa (fs. 1525/1550). Agregó que los contratos anejados por la accionada (fs. 183/306) no justifican apartarse de la calificación de consumidores que la actora le asigna a los comitentes. Es que se advierte que muchos son empleados en relación de dependencia e incluso trabajadores pasivos. No ignoro que también existen clientes que indicaron dedicarse a la actividad comercial, empero ninguna prueba se acompañó que sugiera que esa actividad está relacionada con el tráfico bursátil. Además, las propias demandadas aclararon que, al momento del conflicto, no operaban con empresas (fs. 1574vta.). De todas maneras, en nuestra legislación no se excluye la posibilidad de que el comerciante -y la persona jurídica- sean considerados consumidores, pues lo realmente relevante será el destino del bien o servicio adquirido. Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración. Esto es: i) que la demandada pueda ser considerada "proveedora?"; y b) que el actor se trate de un "consumidor" o "usuario?". Sobre el primer extremo no caben dudas de que en líneas generales las demandadas se colocan en el rol de proveedores en relación a sus comitentes, más allá de que sus servicios sean utilizados por "consumidores" o por sujetos que no ostenten esta última calidad. Es que la noción de proveedor (art. 2, LDC) es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado (con las exclusiones legalmente previstas), siempre que lo hagan -como las accionadas- de manera profesional (Mosset Iturraspe, Jorge - Wajtraub, Javier H, "Ley de defensa del consumidor", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 48). A su vez respecto del segundo requisito, la respuesta se halla mencionada expresamente en el art. 1° de la ley 24.240 (texto según ley 26.361, vigente al momento de la controversia). Así, será considerado consumidor quien "adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final?". La noción de "consumidor final" excede, luego de la reforma propiciada por la ley 26.361, el plano del elemento subjetivo. En efecto, los criterios que han informado las definiciones de consumidor final se han ordenado entre subjetivos (ratio personae) y objetivos (ratio materiae), de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor -en el primer caso-, o si rescataban datos de la operación económica, donde se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición. Y ello así con motivo de dos órdenes de razones; por un lado, las distinciones subjetivas se fueron desvinculando de las normas, y, por otro, las que permanecieron se interpretan no ya de manera subjetiva, sino objetivamente. El carácter de consumidor final que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo si el bien o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de "destinatario final?". En definitiva, el "consumidor final" alude a una transacción que se da fuera del marco profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, podemos decir que todas las operaciones realizadas sin motivos profesionales estarían alcanzadas por la normativa tutelar. (CNCom, esta Sala, "Milgron, Nicolás Martín c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario" del 30-10-2015, entre otros). No importa aquí que los usuarios del sistema ofrecido por las demandadas tuvieran una finalidad de lucro, pues es evidente que en toda operación de consumo se busca satisfacer una necesidad u obtener un beneficio. De lo contrario, se debería excluir de la protección a toda operación financiera, lo que es improponible. Por el contrario, como apunté más arriba, la clave para reconocer la relación de consumo estará en el destino del bien o servicio involucrado. Así, en casos donde la determinación del destino aplicado al

servicio adquirido no es clara, se resuelve por la regla de la distribución dinámica de las cargas probatorias, en la medida en que quien tiene los datos puede probarlos. Las empresas que contratan masivamente hacen llenar formularios en los que consta claramente esa finalidad (Lorenzetti, Ricardo L., 'Consumidores?', Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 96). En el caso, la carga de la prueba recaía sobre las accionadas, por la naturaleza colectiva del reclamo y porque contaban o debían contar con los datos relevantes relativos a sus comitentes. Sin embargo, no existe prueba que apunte a que los usuarios hubieran integrado el servicio a proceso productivo alguno. Es obvio que resulta imprescindible diferenciar al inversor minorista de los inversores profesionales, asiduos e institucionales, conforme lo destacara esta Sala en el fallo citado al comienzo de la ponencia. Sin embargo, quien claramente estaba en mejores condiciones para hacerlo no produjo las probanzas necesarias para sostener su tesis. No se ignoran las particularidades propias de la actividad bursátil. Sin embargo, nuestro Máximo Tribunal reconoció la calificación de consumidores de los inversores de bolsa, destacando que 'la seguridad jurídica está comprometida cuando los consumidores y usuarios padecen la falta de certeza o los errores de quienes deben darle confianza... estas conductas afectan la transparencia en los mercados, la realidad de las empresas y la confianza de los consumidores, todo lo cual redundando en la economía general de un país, lo que las hace pasibles de un juzgamiento más estricto de su responsabilidad?' (CSJN, 'Comisión Nacional de Valores c/ Standard & Poors Ratings LLC. Suc. Argentina s/ organismos externos?', del 15-05-2014). El dictamen del Procurador General de la Nación en el caso apuntado remarcó que 'la transparencia, información plena y simetría de información son principios que deben regir la conducta de los participantes directos e indirectos en el mercado de valores, en protección, fundamentalmente, del público inversor y como modo de garantizar el correcto funcionamiento del mercado como parte esencial del sistema financiero. La importancia de estos principios y la necesidad de protección de los consumidores financieros, como bien jurídico tutelado, son resaltadas en la Exposición de Motivos de la Ley N° 17.811 (v. pto. 2 quinto párr. y Cap. 1, ap. 4, último párr.); en los fundamentos del Decreto N° 677/01 (primer y quinto párr. del Considerando) y en la Ley N° 26.831 de Mercado de Capitales (B.O. 28-12-12)? aunque esta última, por la fecha de su dictado, no resulta aplicable al caso. Se ha dicho que los negocios bursátiles no pueden ser excluidos del régimen de defensa del consumidor, especialmente cuando fueron concretados para obtener una ganancia o evitar pérdidas derivadas de la disminución del valor de la moneda, sin trasladar la inversión a actividad alguna, persiguiendo un propósito de ahorro, para cuya realización ha resultado imperioso el asesoramiento profesional. Esta postura ha logrado ya cierto consenso doctrinario, como resulta de las conclusiones de la Comisión N° 8 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Universidad de Buenos Aires, durante los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013, en cuanto sostuvo que 'El concepto de relación de consumo posee amplitud suficiente como para proyectarse al ámbito de la contratación en general con consumidores y usuarios, comprendiendo entre otras situaciones a aquellas que resultan del seguro, transportes, servicios financieros, inversiones y mercados de capitales, medicina prepaga, etc.'. El criterio responde a exigencias de la realidad social, en la cual se constata cada vez con mayor frecuencia, que personas sin conocimiento técnico recurren para salvaguardar sus ahorros a servicios financieros y bursátiles: fondos comunes de inversión, acciones, títulos valores, bonos, títulos públicos, obligaciones negociables, títulos valores de fideicomisos, entre otros, son ofrecidos públicamente de manera masiva a públicos no especializados (Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A. - Barocelli, Sergio; LL AR/DOC/2991/2015). Similares conclusiones se obtuvieron en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conforme lo expuso el dictamen fiscal (fs. 2056vta.). No se soslaya que las accionadas despliegan una actividad regulada, debiendo cumplir con las normas dictadas por la CNV y el Merval. Sin embargo, esto no excluye la aplicación de la LDC, pues las relaciones de consumo se rigen por ese régimen y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica (art. 3, LDC). Es que cuando la norma pretendió excluir a una actividad en particular, lo hizo expresamente (art. 63, LDC). Se impone pues una interpretación sistemática del material normativo al momento de decidir por parte de los tribunales. La legislación argentina tiende a proteger al consumidor inversor que canaliza sus ahorros mediante operaciones bursátiles alejadas de las tradicionales operaciones bancarias pasivas. Es necesario un 'diálogo de fuentes' para conciliar la ley 24.240, la ley 17.811 y el decreto 677/2001, considerando que, en instancia final, la tutela del consumidor es un mandato de la Constitución Nacional. El principio de protección del ahorrista es quizá la clave interpretativa más importante, condición sine qua non de la propia existencia del mercado (SCJ de la Prov. de Bs. As., 'Camderros, Lidia Marta y otros c/ Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros s/ daños y perjuicios?', del 29-11-2017 y sus citas). El sistema de protección de los consumidores debe aplicarse no sólo cuando las leyes especiales nada dicen frente alguna hipótesis determinada, sino también cuando la ley 24.240 contemple alguna obligación determinada para los proveedores que resulte complementaria o integradora de otras surgidas de las normas específicas. No puede obviarse la raíz constitucional de los derechos de los consumidores, de manera que la LDC será también aplicable cuando las soluciones legales del ordenamiento específico protejan deficientemente sus derechos, por evidentes razones de preeminencia normativa (CNCom, esta Sala, 'Montini, Federico Salvador y otro c/ Iberia Líneas Aéreas S.A. y otro s/ ordinario?', del 12-06-2018). Por lo expuesto, considero que son genéricamente

aplicables al sub examine las previsiones de la ley de defensa del consumidor y sus normativas reglamentarias (como la Resolución 9/2004 de la SCT), con las limitaciones que se siguen de su compatibilización con la normativa y actividad bursátil. ii) Sentado ello, recuerdo que esta Sala ya tuvo oportunidad de expedirse en relación a la legitimación de las asociaciones de consumidores, debiendo en cada caso examinarse la concurrencia de los presupuestos enunciados por la CSJN en los conocidos precedentes ?Halabi? y ?Padec? (CNCom, esta Sala, ?PADEC c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo? del 31-08-2018). Tal análisis fue efectuado por el a quo, quien concluyó, al igual que la Sra. Fiscal General (en una posición que comparto), que se verificaban en la especie dichos requisitos. Esto es: a) una causa fáctica común -existencia de un hecho que causa lesión a varios derechos individuales-; b) pretensión enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y, c) que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de la demanda (CNCom., esta Sala, ?Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario?, 08-09-2015). Las defendidas se agraviaron concretamente con respecto a la concurrencia del último recaudo. Esgrimieron, con apoyo en la prueba pericial practicada en autos, que los montos percibidos por comisiones, en algunos casos, eran lo suficientemente elevados como para justificar la acción individual. Copiaron un listado de los 20 comitentes ?que realizaron operaciones por mayores importes entre agosto de 2009 y julio de 2012? sosteniendo que ?los importes abonados en total por estos Comitentes en concepto de comisiones están muy lejos de ser sumas insignificantes?. No coincido con la postura de las recurrentes. El experto contable (conforme surge de la pericia realizada con el apoyo del perito informático, presentada en formato digital y reservada en sobre n° 22735/2012 que en este acto tengo a la vista) detectó 34.658 operaciones en las cuales se aplicó una comisión mayor a la originalmente acordada, que representó un ingreso de \$616.600,04 para las defendidas (fs. 1566). Es decir, el monto percibido en demasía fue, en promedio, de \$17,79 por cada operación. Esa suma, a todas luces, es insuficiente para justificar el reclamo individual. En nada obsta a esa conclusión el muestro efectuado en la expresión de agravios (que no surge con claridad de autos y no tiene el apoyo expreso del dictamen pericial), con importes totales indicados que van de \$9.059,94 a \$2.397,53 para los 20 comitentes más perjudicados. Es que esos importes, bien que mucho mayores al promedio antes referido, solo representan una ínfima porción del colectivo involucrado. Además, sin duda se atomizaron en múltiples operaciones a lo largo de los años analizados en la pericia, dificultando la detección del perjuicio para los consumidores, afectando su derecho al acceso a la justicia, garantía constitucional que la LDC pretende hacer efectiva con el reconocimiento de la legitimación procesal a las asociaciones de consumidores. Agréguese que este pleito lleva más de 7 años de trámite y presupone, por la materia involucrada, profundos conocimientos técnicos, circunstancia que también desalienta la actuación individual. Por lo demás, es fácil advertir que, sin importar el resultado de la controversia, existe un fuerte interés estatal en la protección de los usuarios del sistema financiero y bursátil, por su trascendencia social que excede al interés de las partes y tiene potencialidad para afectar la economía en su conjunto. Eso justifica una especial atención de los Magistrados, favoreciendo la admisión formal de la acción (CNCom, esta Sala, ?PADEC Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BNP- Paribas s/ ordinario?, del 12-02-2019). Se rechaza el agravio. iii) Tampoco tendrá favorable acogida la queja relativa al cómputo del plazo prescriptivo liminarmente, aclaro que debe aplicarse al presente la normativa anterior a la sanción de la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, por tratarse de un plazo de prescripción iniciado en vigencia de ese pretérito derecho (arg. art. 4051 C. Civil y 2537 CCCN). Toda vez que tal aspecto no fue cuestionado por las partes y por haberse decidido conforme criterio que comparto, no añadiré otras consideraciones al respecto. Ahora bien, resulta llamativo que la defensa, a la vez que niega la aplicación al caso de la ley 24.240, pretenda que se juzgue según el plazo prescriptivo previsto en el art. 50 de la LDC. Para más, de seguirse ese criterio se empeoraría la situación del apelante, pues debería examinarse íntegramente la norma, que establece que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos se estará al más favorable al consumidor o usuario, lo que podría llevar a entender operativo el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil, vigente al momento de la controversia, conforme lo propuso la Sra. Fiscal General (fs. 2066vta.). He sostenido con anterioridad que cuando la ley especial prevé un curso prescriptivo particular, debe estarse a él, con preferencia al genérico establecido en la LDC, postura corroborada por la actual redacción de la norma comentada, a partir de la reforma de la ley 26.994 (CNCom, esta Sala, ?Agut, Fernando Martín c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario?, del 04-08-2017). Sin perjuicio de ello, comparto la decisión del anterior sentenciante, en el sentido de que el dies a quo debe contarse, aun en el mejor supuesto para la defensa, desde el 03-08-2009, fecha en que se comenzaron a aplicar las nuevas comisiones. El plazo de prescripción de la acción, en principio, se computa desde la producción del hecho generador del reclamo, siempre que hubiera sido conocido por la demandante (CNCom, Sala E, ?Usuarios y Consumidores Unidos c/ Sistemas Unificados de Crédito Dirigido S.A. s/ ordinario?, del 16-04-2019). Es que no puede pretenderse que la prescripción comience a correr con la suscripción de los contratos, pues la acción aquí intentada no se hallaba expedita, en tanto no se había producido el daño, que recién se perfeccionó con la modificación de las comisiones. Nótese que, de haberse efectuado la previa notificación en los términos propuestos por la sociedad actora (y

que utilizaron las propias accionantes a partir del 14-09-2015), la demanda hubiera sido, por regla, inadmisibles, en tanto los Jueces debemos abstenernos de decretar nulidades en abstracto. La comprobación de la existencia de un 'caso' es un presupuesto imprescindible para la actividad jurisdiccional, elemento que no se verificaría si no se alegara el perjuicio concreto causado por el accionar ilegítimo enrostrado a la parte demandada. En definitiva, la asociación actora no estaba en condiciones de deducir el reclamo con anterioridad al 03-08-2009, momento en que se produjo el daño que originó la obligación de restituir lo injustamente percibido. iv) En lo atinente al fondo de la cuestión, adelanto que no comparto la postura de las recurrentes. Ya expuse al comienzo las razones que me convencen de calificar de consumidores al colectivo identificado por 'ACYMA', al cual le son genéricamente aplicables las normas consumeriles. 'Portfolio' y 'CIBSA' sostuvieron que no les era aplicable la Res. 9/2004 -que imponía un preaviso de 60 días para informar modificaciones contractuales- porque no prestaron ningún 'servicio financiero', desde que nunca emitieron los valores negociados por los comitentes. El argumento es insustancial. La citada resolución tiene entre uno de sus principales objetivos la reglamentación de los art. 37 y 38 de la LDC y la referencia a los 'servicios financieros y/o bancarios' posee suficiente amplitud para incluir a la actividad desarrollada por las recurrentes. En ese sentido, autorizada doctrina sostuvo que la contratación bursátil estaba alcanzada por las limitaciones del art. 37 de la LDC (Paolantonio, Marín E., '¿El consumidor financiero es consumidor?', LL 22/03/2010, 22/03/2010, 1, citado por ambos contendientes). Es que la intermediación de las accionadas es de carácter financiero o bursátil, y su participación es necesaria para que los particulares puedan acceder al mercado de valores. En ese marco, no se refutó la conclusión del a quo que determinó la abusividad, en los términos del art. 37 de la LDC, de la cláusula 16 de las solicitudes de apertura de cuenta ('INTL CIBSA y Portfolio Personal S.A. podrán variar, eliminar y/o agregar condiciones en las cláusulas del presente, informando al usuario mediante su publicación en el sitio de Portfolio, con una antelación no menor a 10 días a la entrada en vigencia de dichos cambios. Si dentro de ese plazo el Usuario no observa de modo fehaciente dichas modificaciones estas se entenderán como aceptadas') y de la cláusula 20 ('El Usuario presta conformidad a la tabla de aranceles, derechos de mercado y derechos de bolsa incluida en el sitio [www.portfoliopersonal.com](http://www.portfoliopersonal.com), teniendo conocimiento que puede exigir una copia de los mismos cuando lo desee. Asimismo, PORTFOLIO PERSONAL podrá modificar dichos aranceles debiendo publicar los cambios en su sitio con 10 (diez) días de anticipaciones a su entrada en vigencia?').

Ello, en la medida en que importan una ampliación de los derechos del proveedor en perjuicio de las garantías que la normativa le acuerda al consumidor. Destáquese que examinados los contratos acompañados, es fácil advertir que se trata de un acuerdo que comprende la prestación profesional de servicios al consumidor, en donde las características propias del instrumento reflejan un formulario 'tipo', cuyo texto se encuentra preimpreso y en el que las partes se limitan a completar los blancos dejados a propósito para individualizar al cliente. De tal manera, resulta fácil concluir que estamos frente a un contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas y que como tal debe ser interpretado al amparo de los principios rectores de la legislación consumeril (art. 38, LDC).

Agréguese que parece de toda obviedad que la conducta de las demandadas no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada (arg. CNCom., esta Sala, 'Coveri, Alicia Luisa c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario?', del 16-08-2006 y sus citas, entre otros). Aun cuando no se compartiera lo hasta aquí expuesto, la solución no variaría, pues la conducta de las defendidas tiene su mayor reproche cuando se advierte que eludieron el cumplimiento del deber de información que les impone no solo el art. 4 de LDC, sino también los principios receptados en el decreto 677/2001 y la normativa del mercado de valores y, fundamentalmente, los derechos consagrados por el art. 42 de la CN. El fundamento del deber de información está dado por la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra. La protección en favor del consumidor o profano se sustenta en una suerte de presunción de ignorancia legítima, lo que justifica la minuciosa regulación legal del deber de informar a cargo del proveedor (CNCom, esta Sala, 'Sanfeliu, Héctor José c/ BBVA Banco Francés y otro s/ ordinario?', del 12-07-2019). Por ello es que la información debe ser cierta y detallada en relación con las características esenciales de los bienes y servicios que se colocan en el mercado, otorgando al contratante conocer con exactitud los términos de la relación. Las propias demandadas remarcaron que la regulación bursátil se enfocó 'en fomentar la transparencia del mercado con el fin primordial de proteger a los inversores de títulos valores de oferta pública, entre los cuales se encontraban los comitentes de CIBSA y de Portfolio' (fs. 318), agregando 'los principios de información plena y de transparencia son la regla madre de todo el sistema de protección al consumidor financiero' (fs. 326). Sin embargo, de la prueba producida en autos no surge que hubieran puesto en efectivo conocimiento de sus comitentes el cambio de comisiones, siquiera con la limitada anticipación prevista contractualmente. Recuerdo que la acción se fundó en que 'Portfolio' y 'CIBSA' aumentaron las comisiones 'unilateral y abusivamente el 03 de agosto de 2009 sin notificar ni informar a los consumidores y usuarios' (fs. 30vta.). Al contestar demanda, las defendidas alegaron haber incluido en un newsletter enviado a los clientes el aviso de aumento de comisiones (fs. 328, primer párrafo). Sin embargo, no produjeron ninguna prueba que lo sustente, siquiera indiciariamente. A mi entender, tampoco

acreditaron la alegada publicidad del aumento de comisiones a través de 'un banner específico que podía verse al momento de acceder a la plataforma web de Portfolio'. Aclaro que no se trata de un hecho incontrovertido pues 'ACYMA' sostuvo que nunca se publicó en la página de internet de la demanda el aumento de comisiones (fs. 30, fs. 1402, fs. 2035vta.). No ignoro que el perito informático dijo que 'habría existido un banner con la leyenda 'Consulte nuestra nueva tabla de comisiones', que habría sido modificado aproximadamente diez (10) días antes del 03 de agosto de 2009' (fs. 685). Empero, al contestar las impugnaciones de la actora, el experto aclaró que se trataba de un 'sitio web dinámico' que se actualizaría alrededor de una vez al mes, que este tipo de sistemas cuenta habitualmente con un panel de administración que permite dar de alta, modificar, corregir y borrar la información presentada y, esencialmente, que en los registros informáticos de 'Portfolio' no existía evidencia de la efectiva existencia de un banner con la leyenda aludida (fs. 1385vta.). Es decir, el experto no pudo determinar categóricamente que la publicidad esgrimida por las defendidas haya aparecido en el sitio web. La alegada difusión de los nuevos costos no fue probada por otros medios. La única diligencia adicional encaminada a demostrar ese extremo fue el oficio dirigido a ARION Hospitality Solutions. La empresa informó haber sido contratada por 'Portfolio' entre noviembre de 2009 y marzo de 2013. Es decir, ninguna intervención tuvo en la pretendida comunicación del aumento de comisiones (fs. 1390). Esta Sala lleva dicho que la carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las partes de un proceso, sino del riesgo de no hacerlo. No supone pues ningún derecho del adversario, sino un imperativo de cada litigante. Los litigantes deben asumir las consecuencias de que la prueba se produzca o no, y en principio esa debe ser cumplida por quien quiera innovar la situación de su adversario. (cfr. CNCom., esta Sala, 'Rohenplast S.A. c/ Manufactura Textil Patagónica s/ ordinario', del 30-09-1993; idem 'Sextans Maquinarias y Servicios S.A. c/ Transportes Rudaeff S.R.L. s/ ordinario', del 05-09-2002, entre otros). El concepto de carga dinámica de la prueba o prueba compartida consistente en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia para perseguir una resolución judicial justa según las circunstancias fácticas integrantes de la litis (CSJN, 'Denenberg, Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos?', 322:3101, del 14-12-1999). Deriva del principio de responsabilidad del sujeto que obra en su propio interés (cfr. Fenochietto, Carlos E. 'Código Procesal...', Buenos Aires, Astrea, 2001, T. II, pág. 495). Quien debe probar es quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. El juez no solo valora las circunstancias particulares de cada caso apreciando quien se encuentra en tales condiciones para acreditar el hecho controvertido, sino también las razones por las cuales quien tiene la carga de probar no lo hace. Es indudable que en el sub lite las accionadas se encontraban en mejores condiciones para acreditar la debida comunicación a los clientes del cambio en las comisiones. La solución se encuentra reforzada por la manda del art. 53 de la LDC, que a partir de la reforma de la ley 26.361 incorporó positivamente la teoría de las cargas de prueba dinámicas al ámbito consumeril. Conforme esa normativa, los proveedores tienen la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obran en su poder, en orden a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio. Las demandadas fundaron este aspecto de su defensa en que el banner, colocado de forma destacada y visible al ingresar al sitio de 'Portfolio', sería suficiente para antoñiar a los usuarios, conforme a los términos contractuales. Sin embargo, no pudieron probar el fundamento fáctico de su defensa. En suma, aun aplicando únicamente los principios de transparencia propios del Mercado de Valores, lo cierto es que las accionadas nunca acreditaron que el aumento de comisiones fue efectivamente conocido por los clientes, lo que sella la suerte favorable al reclamo principal. Agréguese a lo anterior que, a pesar de lo manifestado por las quejas, el sistema online provisto 'Portfolio' no refleja con la claridad necesaria las comisiones que se perciben, monto que, en definitiva, representa el precio del servicio prestado a los consumidores. En ese sentido, el Capítulo XXI.9 del texto ordenado de las normas de la CNV -vigente al momento de la controversia- disponía en su art. 38 que 'Las comisiones y otros costos de intermediación de las operaciones... deben ser explícitas'. Es cierto que, según la pericia practicada, antes de confirmar cada transacción, se comunica a los clientes un 'Monto Total Estimado de la Operación', donde aparecen dos rubros diferenciados, por un lado el 'Monto Estimado de la Operación' y por otro 'Comisiones, Derechos de Mercado e Impuestos' (fs. 683). Se colige de lo anterior que lo que se comunica a los usuarios es un concepto global que agrupa, indiscriminadamente, las comisiones que perciben las encartadas, los derechos de mercado que el comitente debe abonar y los impuestos aplicables. Esa manifestación genérica impide individualizar el porcentaje de comisión efectivamente cobrado, de manera que no puede ser alegado ahora como una comunicación eficaz de los aumentos unilateralmente dispuestos. Lo anterior refleja que el argumento relativo a la pretendida confirmación expresa del cargo por parte de los comitentes no puede ser admitido, pues al realizar las operaciones no se les informó cabalmente la comisión percibida. Además, tiene dicho nuestro Máximo Tribunal que '...frente al orden público contractual que impera en la materia consumeril, las cláusulas abusivas no pueden ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarlas subsanadas, por una suerte de consentimiento tácito del consumidor. Es más, deben tenérselas por no convenidas, lo que trae como consecuencia que ni siquiera la anuencia expresa pueda validarlas. En este sentido, el Cód. Civil y Comercial de la Nación señala que 'Las cláusulas

incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor' (art. 1118). Es decir, que frente a una cláusula abusiva, la mayor o mejor información que se le brinde a la víctima acerca del aprovechamiento del que será objeto, no puede de ningún modo validar el acto? (CSJN, ?PADEC c/ BankBoston N.A. s/ ordinario? del 14-03-2017, considerando 10). En consecuencia, conforme la doctrina de la CSJN de la que no cabe apartarse, la falta de cuestionamiento anterior del cobro de una comisión por parte de los consumidores no puede purgar el abuso del proveedor, ni puede tenérselo por subsanado con el posterior consentimiento del consumidor, cuando -por los argumentos expuestos- no se demostró que se haya obrado con la transparencia que se exige de un operador del mercado de valores. Por ello, corresponde confirmar en lo sustancial la sentencia apelada. v) Distinta solución se adoptará en lo tocante al reclamo por daño punitivo. Se ha definido al presente rubro como las ?sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro, Ramón D., ?Derecho de Daños?, 2º parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.). Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados. Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ?Reformas a la ley de defensa del consumidor?, LL, 2009-B, 949). Es útil recordar dos famosos casos de daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense, que resultan fundamentales para entender la noción actual de daños punitivos. Ambos fueron dictados contra fábricas de automotores, en los cuales las terminales, aun conociendo los vicios que tenían cierta línea de rodados, que provocaron importantes lesiones a sus pasajeros en sendos accidentes, había decidido no rescatar los miles vendidos, por claras razones económicas. En rigor entendieron que el pago de indemnizaciones a las eventuales víctimas, aún en caso de muerte, sería menos gravoso desde lo monetario, que reparar o discontinuar los vehículos con vicios constructivos (?Grimshaw vs. Ford Motors Co., del 29-05-1981, 119 Cal.App.3d 757 y ?Anderson vs. General Motors?, del 25 de febrero de 1982, 442 A.2d 1359). Es claro que estos casos reconocen cierto desprecio de las terminales por la seguridad de sus clientes, pues justificaron su decisión mediante una simple ecuación matemática que los llevó a concluir que las pérdidas en caso de condenas judiciales sería notoriamente inferiores a lo que sería la conducta debida: recuperar los vehículos para proceder a su reparación o a sustituirlos por otros sin vicios. El instituto persigue, esencialmente, tres funciones: 1) sancionar al causante del daño que derivó de una conducta intolerablemente nociva; 2) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; 3) prevenir o evitar la reiteración de este tipo de evaluaciones económicas, persiguiendo un efecto disuasivo que impida la concreción del hecho dañoso. En este marco, reducir como único presupuesto para la procedencia de la sanción el mero incumplimiento de la ley o del contrato, constituye una fórmula por demás amplia que no responde a lo que nuestra doctrina, como la comparada, ha exigido para su procedencia y, en sustancia, al sentido y finalidad que los autores han asignado al instituto (CNCom, Sala D, ?Liberatore Lydia Lilian c/ Banco Saenz S.A. s/ ordinario?, del 31-08-2012). Aplicar una multa civil frente a cualquier incumplimiento o desatención legal, obviamente dentro del marco de las relaciones de consumo, desnaturalizaría la finalidad de esta herramienta legal. La sanción de la LDC 52 sólo resulta aplicable para casos de particular gravedad 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 (CNCom, Sala E, ?Fuente Daniel Marcelo c/ Banco Itau Argentina SA s/ sumarísimo?, del 12-12-2017). Ello así, el dolo o la culpa grave resulta ser el elemento distintivo para la imposición del daño punitivo. Todo lo que haga el proveedor debe ser contrario a la buena fe de manera intencional. (CNCom, Sala D, ?Antonio Marcela Andrea c/ Tarshop S.A. s/ ordinario?,

del 15-03-2016). En ese contexto no resulta razonable considerar que en el caso -a partir de las pruebas producidas y la trama fáctica que se verificó- se encuentren reunidos los extremos mencionados precedentemente, necesarios para la procedencia del rubro reclamado. Esta Sala ha destacado la procedencia de la multa cuando se reconoce una conducta procesal y extrajudicial que vulnera los principios de buena fe y colaboración que gobiernan la conducta de los litigantes. Esa confluencia de mala fe negocial y procesal, que podría exteriorizar un actuar doloso (CNCom, esta Sala, ?Larumbe Stella Maris y otros c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ ordinario?, del 26-02-2019; idem, ?Mamani Mendoza Eusebio German c/ Oppedisano Lucio s/ Sumarísimo?, del 10-12-2018; idem, ?Luna, Ramón Rafael c/ Allianz Argentina Compañía de Seguros SA s/ sumarísimo?, del 29-11-2018), no acaeció en la especie. Tampoco se aprecia cabalmente demostrado, con el rigor necesario, que haya existido una intención deliberada de provocar un perjuicio a los comitentes, o bien, una grosera y grave negligencia o despreocupación de parte de la demandada con la entidad propia de la culpa grave, circunstancia que obsta a la procedencia de la condena adicional que aquí se pretende (CNCom, esta Sala, ?Sojo Agustín c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ sumarísimo?, del 10-09-2018).

Máxime cuando se advierte que las demandadas adecuaron su actuación a los requisitos de la Res. 9/2004 (ver fs. 1471/1476 y reconocimiento expreso en fs. 2151) aventando -en principio- el riesgo de repetición de la conducta aquí ventilada. En consecuencia, se admite la queja. vi) Se abordarán ahora los agravios relativos a la efectivización de la sentencia. La petición de que solo se restituyan las sumas cobradas en demasía a los usuarios que inicien reclamos no puede tener favorable acogida. El proceso colectivo tiende, precisamente, a evitar la necesidad de la petición individual, no existiendo norma alguna que justifique imponer esa carga. Por el contrario, el art. 54 de la LDC, concretamente referido a las acciones colectivas, establece que ?si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado.? En tal contexto, no es objetable lo decidido por el a quo que dispuso que ?el cumplimiento de la condena deberá instrumentarse mediante la acreditación del monto correspondiente a cada usuario en su cuenta comitente o con la compensación con las sumas que sean debidas por esos clientes, de forma directa y sin sujeción a petición previa?. En lo tocante a los usuarios que no posean cuentas activas con las accionadas, decidió que: ?las sumas cuya restitución corresponda a los consumidores que ya no tengan cuentas comitentes abiertas deberá depositarse en estos autos para que se concrete su pago judicialmente... Se fija un plazo de caducidad de un año a partir de que el consumidor pueda ser notificado. Los importes no cobrados serán destinados al patrimonio estatal para la protección del consumidor?. La tesis de las defendidas no puede compartirse. Ningún perjuicio puede causarles el destino que se decida otorgar a los fondos no cobrados por los consumidores. Se aprecia que la queja se encamina a eludir la restitución de las comisiones cobradas injustificadamente, lo que nunca podría tener apoyo jurisdiccional. Las mismas, en tanto parte integrante de la condena, no pueden ser retenidas por las demandadas, cuestión que encubriría un enriquecimiento sin causa a costa del colectivo. Por el contrario, se advierte que la decisión jurisdiccional tiende a efectivizar la manda del artículo supra transcripto, en tanto se busca la manera de que los importes percibidos, en caso de no poder ser reintegrados al consumidor, se utilicen para beneficiar al conjunto lesionado. En ese sentido, el Juez no falló ultra petita, sino que cumplió con su obligación de disponer la modalidad de cumplimiento de la sentencia. El aspecto más relevante de la sentencia colectiva es que, al tener efectos normativos erga omnes, obliga al juez a pensar como un legislador o un administrador gubernamental (Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Justicia Colectiva?, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2010, pág. 170). Así, es imperioso que se tomen medidas encaminadas a un correcto cumplimiento de la decisión jurisdiccional, entre las que se encuentra aquella adoptada por el a quo, que se juzga razonable en atención a los diversos intereses involucrados. También se agravaron las accionadas porque se ordenó computar intereses desde la fecha en que se percibió cada suma, y no desde la notificación de la demanda. Argumentaron que no se encontraban en mora. Esta Sala ha decidido con anterioridad en el sentido pretendido por las defensas, admitiendo que los réditos correspondientes a la devolución de cargos injustificadamente percibidos por una entidad bancaria debían ?calcularse desde la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago? (CNCom., esta Sala, ?PADEC - Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Bankboston N.A. s/sumarísimo?, del 31-08-2018). Si bien los supuestos son distintos, en lo tocante al cómputo de intereses pueden considerarse análogos, y no se aportaron argumentos que permitan variar dicha postura. En consecuencia se admitirá la queja. vii) Los agravios de ?ACYMA? tampoco tendrán favorable recepción. Ya expuse, al examinar la queja de la defensa, mi postura contraria al reconocimiento de daños punitivos en este particular supuesto, y lo argumentado por la recurrente en cuanto a su cuantificación en nada modifica lo allí apuntado, por lo que se rechaza la queja. Por otro lado, a lo largo de esta ponencia me referí a la circunstancia de que las demandadas optaron por cumplir con la resolución 9/2004 para el aumento de comisiones del año 2015. En consecuencia, es compartible la opinión de la Sra. Fiscal General y del anterior sentenciante, en el sentido de que sería abstracta una condena expresa a cumplir dicha disposición en lo sucesivo. En relación a los intereses, ?ACYMA? introdujo en su memorial la pretensión de que

se capitalicen los réditos desde el momento en que se dedujo la demanda. El planteo no fue formulado en ningún momento anterior, a pesar de que los alegatos se presentaron cuando ya se encontraba vigente la ley 26.994, lo que haría aplicable el Cpr.: 277. Nótese que al iniciar el reclamo introdujo un capítulo específico referido al cómputo de intereses, que no hizo referencia a la capitalización (fs. 77vta.). Agrego, sin perjuicio de ello, que el nuevo CCCN 770, inc. b) ha establecido una regla según la cual los intereses se capitalizan cuando la obligación se demanda judicialmente. En el caso, resulta inaplicable dicha norma, ya que ella no existía cuando se inició el pleito, por lo que forzoso es concluir que la materia no puede considerarse una consecuencia de una relación jurídica anterior susceptible de ser alcanzada por la nueva disposición. Finalmente, ¿ACYMA? cuestionó que se le haya impuesto la carga de notificar a los consumidores que no tengan cuentas activas. No se admitirá el agravio, pues la tarea encomendada no se aprecia excesiva, es consecuencia natural del rol que la propia Constitución Nacional le asigna a las asociaciones de defensa de los consumidores y encuadra en los propósitos enumerados en el propio estatuto constitutivo de la actora, que remarca la vocación de ¿difundir y defender todo lo relativo a los derechos que protejan al ambiente, a la competencia, al usuario y a los consumidores? (fs. 1). Por lo demás, resultaría incongruente pretender que ¿ACYMA? tenga los medios técnicos y profesionales para iniciar acciones como la presente, destinadas a la defensa de los derechos de un colectivo, y una vez dictada la sentencia pretenda desentenderse de su cumplimiento. Máxime, cuando en definitiva los gastos en los que se incurra integran la condena en costas. Ello, sin perjuicio de resaltar que, como señaló el dictamen fiscal, se deberá exigir a las demandadas que brinden toda la información pertinente que tengan en su poder. En su caso, y teniendo en cuenta el resultado de esa diligencia, deberán brindar toda la colaboración necesaria para anunciar a los damnificados.

V. Costas: Respecto de las costas, señalaré que se ha producido en autos una contingencia común a numerosos procesos, en el que ninguno de los contendientes ha obtenido la satisfacción íntegra de sus respectivas pretensiones o defensas, resultando ambas partes parcialmente vencidas. En la hipótesis se tornaría entonces aplicable la disposición contenida en el art. 71 del Código Procesal que expresamente prescribe que las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el Juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de los litigantes. Tal distribución no implica un exacto balance matemático en el resultado alcanzado respecto de las pretensiones deducidas para que se considere cumplido el mandato normativo aludido. La ratio legis impone una exégesis racional de la norma implicada lo cual conlleva inexorablemente a valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado, no en el aspecto exclusivamente cuantitativo, sino en su conjunto, de modo de apreciar prudencialmente cuál será a juicio del juzgador, el apropiado y equitativo prorrateo (confr., esta Sala, ¿Owsiany c/ A. F. González s/ ordinario?, del 2-6-1989; idem, Sala A, ¿Wattman S.A. c/ Kanatu S.A. s/ cobro?, del 14-08-1987). Ello me llevaría, en un proceso individual, a la auspiciar la distribución de las costas en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora. Sin embargo, tratándose de una demanda colectiva, es de aplicación el art. 55 de la LDC. La controversia en relación al alcance del ¿beneficio de justicia gratuita? incorporado a la norma por la ley 26.361 generó posiciones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia, conforme lo expuesto por esta Sala en autos ¿Zoli, Sergio c/ Caja de Seguros S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos? del 24-08-2016. Allí se recordó que el art. 55 de la LDC no le confiere a la demandada la posibilidad de probar la solvencia de quien accione en defensa de intereses de incidencia colectiva, precisamente por la magnitud de los reclamos a ser recompuestos, lo que impediría que las asociaciones de defensa del consumidor cumplan con su función al tener que hacer frente a los costos de inicio y a las eventuales costas que pudieren imponérseles. Por ende la exención del pago de todo gasto es la tésis correcta de la norma y la única herramienta válida para hacer realidad el mandato constitucional. Así, cuando la acción sea iniciada invocando intereses de incidencia colectiva, el régimen de gratuidad es aplicable ex lege y la demandada no podrá removerlo. Ergo, en ambas instancias no correspondería la imposición de costas a la actora, aun parcialmente vencida, en virtud de lo establecido por el art. 55, párr. 2 de la LDC (CNCom., esta Sala, ¿Proconsumer c/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. s/ ordinario?, del 19-03-2018). En atención a lo esgrimido en la expresión de agravios, aclaro que la imposición de costas que se formula no debe entenderse como una crítica a la labor de la asistencia letrada de las accionadas. Empero, la alegada razonabilidad de alguna de las defensas esgrimidas o la corrección de la estrategia desplegada en el litigio no es motivo suficiente, en este caso particular, para apartarse de los principios antes expuestos y eximir completamente del pago de los estipendios a las defendidas. En consecuencia, las costas de ambas instancias se impondrán en un 80% a cargo de las demandadas, aclarando que por el 20% restante la actora goza del beneficio de justicia gratuita (art. 71, Cpr. y art. 55, LDC).

VI. Conclusión: Como corolario de todo lo expuesto, propongo a mis distinguidos colegas admitir parcialmente el recurso de fs. 2106 y rechazar el deducido a fs. 2104, y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida con excepción del dies a quo para el computo de intereses, que será la fecha de notificación de la demanda, y la multa prevista por el art. 52 bis de la LDC, que se declara improcedente en el caso. Las costas de ambas instancias se impondrán de conformidad con lo establecido supra, punto V. He concluido. Disidencia parcial del Sr. Juez Miguel F. Bargalló: Comparto las consideraciones de orden fáctico y los fundamentos jurídicos y, en su mérito, la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante en lo que respecta a los aspectos sustanciales de la cuestión a decidir, cupiéndome solo

disentir en lo que atañe a la aplicación del daño punitivo regulado en la LDC, 52 bis, en lo que concierne al modo de computar los intereses que acceden al importe que arroje la condena y en lo relativo a la distribución entre las partes de las costas que se propone.

1. Sobre los antecedentes legislativos del instituto del daño punitivo, su naturaleza, la doctrina extranjera y nacional que se ocupara del tema y la jurisprudencia se han pronunciado sucesivamente las partes, la Fiscal de Cámara, el Juez de Primera Instancia y la Jueza que formuló el voto que precede, razón por la cual para emitir mi juicio en torno a su procedencia partiré señalando ciertos conceptos en relación a los cuales aprecio mediar coincidencias en lo sustancial. En efecto, los mencionados desarrollos atribuyen a la incorporación de este instituto sancionatorio al régimen de defensa del consumidor un objetivo de índole punitivo y también de carácter persuasivo en orden a evitar la reiteración de futuros comportamientos ilegítimos. Asimismo, que su aplicación procede en supuestos de conductas de particular gravedad o dolosas y no en razón de meros incumplimientos de obligaciones legales o convencionales como parece desprenderse de la literalidad de la norma que lo regula. Además, que el instituto guarda autonomía en relación al resarcimiento que se establezca con motivo de los daños y perjuicios que pudiesen haberse ocasionado al consumidor. Y, finalmente, que la obtención de indebidos beneficios o de enriquecimiento económico ilegítimo del proveedor conforman presupuestos de operatividad de la figura examinada.

2. Previo a juzgar sobre la aplicación de la sanción punitiva debo precisar que, con fundamentos que comparto, y a cuyo contenido remito, en la sentencia recurrida fueron rechazados los planteos de falta de legitimación activa de la ?Asociación Civil? para demandar su aplicación y de inconstitucionalidad, lo cual debe estimarse consentido por no advertirse algún reproche sobre ello en la expresión de agravios (fs. 2131/2160).

3. Juzgo que la decisión de imponer a las accionadas una sanción punitiva es ajustada a los hechos que derivaron en esta causa y al derecho aplicable.

a) Debo advertir ante todo que la conducta atribuida a la agente bursátil INTL CIBSA Sociedad de Bolsa S.A. y a su productor, Portfolio Personal S.A., aquí demandadas, de elevar el importe de las comisiones a sus inversores sin formular el pertinente preaviso no se trató de un simple incumplimiento obligacional sino que supuso la transgresión de estipulaciones contractuales redactadas por esas mismas personas jurídicas que las predispusieron en contratos de adhesión. Y, además, que se intentó justificar tal proceder invocándose la facultad que les conferían las cláusulas 16 y 20 de la solicitudes de apertura de cuenta que también, fueron señaladas como predisuestas y declaradas abusivas en los términos de la LDC en el fallo de primera instancia cuya confirmación este Tribunal propone.

b) Se destaca, asimismo, que el temperamento adoptado por las sociedades demandadas es reprochado por transgredir la expresa normativa de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción (SCT) N° 9-2004, declarada aplicable a supuestos que involucran a consumidores financieros y que justamente fulmina por abusiva cualquier norma que faculte al proveedor a modificar unilateralmente el contrato y alterar las tarifas cuando no se respetan sus condiciones -preaviso mínimo de 60 días, en el caso- en tanto importan ampliar los derechos del proveedor a la par que implican restricción o renuncia de los derechos del consumidor ( Ley 24.240, 37 inc. b; hoy CCCN, 968 inc. b).

c) Quienes han actuado transgrediendo tanto esas expresas estipulaciones contractuales afectando a un relevante número de inversores cuanto una concreta normativa sancionada para amparo del derecho de los consumidores -ahorristas, en general- se ha tratado de empresas de significativa actuación en el mercado de capitales y, precisamente, su profesionalidad es lo que impone un mayor rigor al tiempo de analizar los hechos cuestionados y sus consecuencias, a los efectos de establecer su responsabilidad (CCiv., 902 hoy, CCCN, 1725).

d) En ese marco de máxima estrictez en el examen de la responsabilidad cabe subsumir el comportamiento atribuido a las demandadas en la disposición sancionatoria por dos razones principales. La primera, la configura el demostrado menosprecio en el trato a sus clientes, vulnerándose no solo el derecho de información (LDC, 4) sino, además, su credibilidad y confianza en el sistema bursátil, contrariando así el fin protectorio previsto en beneficio de los inversores en la normativa aplicable. La segunda, es la que refiere a la afectación en particular al mercado de capitales que trasunta semejante proceder, en tanto opaca la transparencia desalentando la participación de posibles inversores con repercusión en el sistema y consecuentemente en la economía en general. En ese sentido acabe remitir al punto 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 17.811; considerandos del Decreto 677/2001 (Régimen de Transparencia de la Oferta Pública) y actualmente Ley 26.831 artículo 1, incisos b y a.

En lo que concierne al derecho protectorio de los inversores remito a las consideraciones efectuadas en el fallo de primera instancia y sustento doctrinario (fs. 2089 vta. y nota 7); como, asimismo, al fallo citado en la ponencia que precede, que corresponde a la SCJBA, ?Camderros, Lidia Marta y otros c/ Francés Administradora de Inversiones y otros?, del 29-11-17; y también a la sentencia de la sala E de esta Cámara in re ?Bovera, Elías Mauricio c/ Mercado de Valores de Buenos Aires S.A., del 31-10-11, en particular IV.3 y precedentes allí citados).

A su vez, en lo que atañe al mercado en general merece observarse el contenido del fallo también citado en el voto precedente, pronunciado por la CSJN ?Comisión Nacional de Valores c/ Standard & Poors Ratings LLC Suc. Argentina?, del 15-05-14.

En ese mismo sentido se ha también expresado que ?... si se protege al ahorrista se protege también al sistema, ya que cuando éste se siente confiado y protegido se multiplican sus ahorros y se desincentiva el atesoramiento. Cuando eso ocurre, también quienes acuden a los mercados financieros en búsqueda de financiamiento logran mejores productos,

mejor trato, mejores plazos y mejores precios? (Elespe, Douglas, ¿Bancos y Mercado de Capitales? (La Argentina del sistema. Fundamentos de la regulación y supervisión); (La Ley, 12-12-18 del punto IV). e) En una objetiva apreciación no puede sino atribuirse a un desmedido afán de lucro (o la ¿codicia?, entendida ésta como ¿apetito desordenado de riqueza? -R.A.E.-), lo que ha primado en el comportamiento de los agentes bursátiles, actuación que, además, comprometió la confianza de varios miles de inversores con el claro fin de obtener ilegítimos beneficios económicos. No obsta a ello, ni tampoco influirá a la hora de juzgar la significación cuantitativa del daño punitivo, el hecho de que, con anterioridad a los hechos analizados, mientras se hallaba en trámite este juicio, las demandadas en el año 2015 hayan dispuesto un incremento de las comisiones respetando la normativa convencional y legal aplicables, pues tal como surge de lo expuesto por las propias entidades al expresar agravios ello ¿... no implica ni puede entenderse como un reconocimiento a las pretensiones de la demanda...?, interpretando que ¿...podría haberse informado el aumento de las comisiones a partir del 14/09/2015 de la misma manera que se informó el aumento de agosto de 2009...? y que se tomó esa decisión ¿... a fin de no tener que afrontar un ¿nuevo? reclamo infundado (como el decidido en este expediente)...? (fs. 2151, punto III. 4.4), pues ello no importa desistimiento de la inaceptable posición asumida e impide estimar que la finalidad que conlleva la aplicación de la sanción de ¿evitar circunstancia el irregular proceder que motivó este juicio, como han pretendido las demandadas.

Conforme a lo expresado, debe confirmarse la sentencia en cuanto impone la multa cuestionada y, en tal virtud cobra virtualidad la pretensión de la actora de que se establezca la obligación a las accionadas de cumplir en el futuro con la normativa que emerge de la SCT N° 9/2004 (expresión de agravios, fs. 2198 vta., punto 3), lo cual deberá incluirse en la parte dispositiva de este fallo. f) En cuanto a la graduación de la sanción efectuada en el pronunciamiento apelado, se aprecia que las pautas señaladas en el último párrafo del capítulo correspondiente guardan congruencia, con las consideraciones formuladas precedentemente y exhibe, también, un prudente ejercicio de la potestad sancionatoria ejercida. Por lo demás, el desarrollado argumental de las demandadas para su reducción (fs. 2152, punto III.46) y de la actora para su elevación, que en sustancia remite a precedentes cuya afinidad con este caso no se explicita (fs. 2197 vta.), no traducen una crítica concreta y razonada de esta parte del fallo, por lo que no cabe admitir tales quejas.

2. En mi parecer el dies a quo fijado en la sentencia apelada resulta acertado por cuanto un resarcimiento integral impone reconocer el interés aplicable desde el tiempo que en que se produjo el perjuicio siguiendo en esto la doctrina que emana de la norma del CCCN 1748, lo cual conduce a rechazar el agravio de las demandadas (fs. 2156, punto III.7). 3. Por último, atento al resultado que propongo, como las accionadas resultan derrotadas en lo sustancial de las cuestiones sometidas a juzgamiento, considero que las costas de ambas instancias deben ser soportadas íntegramente por ellas. Así voto. El Juez Hernán Monclá agrega:

Comparto los fundamentos y conclusiones expresadas en el voto de la distinguida vocal preopinante como también las disidencias expuestas por mi colega de Sala en el voto que precede y me pronuncio en ese sentido. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Miguel F Bargalló y Hernán Monclá. Es copia fiel del original que corre a fs. 888/914 del Libro de Acuerdos Comerciales. Sala B. RUTH OVADIA SECRETARIA DE CÁMARA Buenos Aires, 17 de octubre de 2019. Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se

resuelve: admitir parcialmente el recurso de fs. 2104 y rechazar el deducido a fs. 2106, y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y ordenar a las accionadas a cumplir en el futuro con la normativa que emerge de la SCT N° 9/2004. Las costas de ambas instancias se impondrán a las demandadas vencidas (Cpr. 68). Regístrese por secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO (en disidencia parcial) MIGUEL F. BARGALLÓ HERNÁN MONCLÁ

Correlaciones: EL INVERSOR FINANCIERO Y BURSÁTIL, ¿ES SUJETO DE TUTELA POR EL ESTATUTO CONSUMERIL? - González Vila, Diego S. - Erreius on line - Abril 2018 - Cita digital: IUSDC285796A Camderros, Lidia Marta y otros c/Francés Administradora de Inversiones SA y otros s/daños y perjuicios - Sup. Corte Just. Bs. As. - 29/11/2017 - Cita digital IUSJU023186E

076148E