

Fallo Completo Jurisdiccional

Organismo UNIDAD JURISDICCIONAL CIVIL N° 3 - VIEDMA

Sentencia 52 - 03/07/2024 - DEFINITIVA

Expediente VI-00215-C-2022 - EGEA, SILVIA SUSANA C/ FIRST DATA CONO SUR S.R.L. Y OTRO S/ SUMARÍSIMO - DAÑOS Y PERJUICIOS, DENUNCIA LEY 24.240

Sumarios No posee sumarios.

Texto Viedma, 3 de julio de 2024.

Sentencia

EXPEDIENTE: "EGEA, SILVIA SUSANA C/ FIRST DATA CONO SUR S.R.L. Y OTRO S/SUMARÍSIMO - DAÑOS Y PERJUICIOS, DENUNCIA LEY 24.240- EXPTE. PUMA N° VI-00215-C-2022".

ANTECEDENTES:

1.- En fecha 05/07/2022 se presenta Silvia Susana Egea, mediante apoderado y promueve demanda de daños y perjuicios contra First Data Cono Sur SRL, y contra Assist Card Argentina SA de Servicios por la suma de \$ 1.300.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con expresa imposición de costas.

Refiere que Silvia Susana Egea, a través de su tarjeta de crédito, tenía contratado un servicio de asistencia al viajero "MasterAssist Turista" bajo en número de servicio 3087348, cuyo vencimiento operaba el día 30/04/2018.

Explica que atento a dicha circunstancia y toda vez que la actora tenía planeado un viaje a Brasil entre el día 31/01/2018 y el 05/02/2018, se comunicó con el prestador del servicio MasterAssist a fin de tomar conocimiento sobre la vigencia de su seguro, informar la fecha de viaje y solicitar la información del servicio en caso de que fuera necesario utilizarlo. Para tal fin le extendieron la Constancia Servicio MasterAssist.

Señala que, cuando estaba en Brasil tuvo un inconveniente de salud que requirió atención por lo cual se comunicó telefónicamente a los números de contacto informados por MasterAssist a fin de recabar información pero no recibió ninguna respuesta (N° de caso 1ABEOE3). Sin asistencia del servicio, se dirigió a un Hospital público por sus medios donde fue atendida, se le hicieron estudios médicos y se le indicó medicación que fue abonada de su bolsillo.

A su regreso, ya en Argentina, envió una nota de reclamo por Correo Argentino que fue devuelta. Con posterioridad se presentó ante la Oficina de Defensa del Consumidor, de la Agencia de Recaudación Tributaria, donde inició el reclamo "Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista" Expte. 056750-DC-2018.

Explica que en dicho expediente se corrió traslado del reclamo de la Sra. Egea a las firmas Assits Card Arg. Sociedad Anónima de Servicio, quien refirió mediante apoderado que no comercializa el servicio adquirido por la denunciante siendo la prestadora del mismo MasterCard (First Data S.R.L).

Ante tal circunstancia se citó a MasterCard, quien contestó mediante apoderado que no tenía ninguna relación con la denunciante e indicó que se cite a la entidad bancaria. Presentado el Banco de la Nación Argentina, este deslindó responsabilidad a MasterAssist y agregó documentación. Corrido el traslado a esta última, negó vinculación con la denunciante.

No obstante lo señalado, pese a la imposibilidad de arribar a un acuerdo en dicho expediente y concluido el mismo, se dictó la Resolución N° 133/2021 la cual resolvió multar a la firma First Data Cono Sur SRL, por incumplimiento de la normativa consumeril, y la condenó a indemnizar a la Sra. Egea por el daño directo la suma de \$ 22.000. Cabe mencionar que la resolución fue apelada por la multada y confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil,

Comercial, Familia y de Minería de Viedma mediante sentencia N° 60 de fecha 02/11/2021. No obstante, First Data Cono Sur SRL, no abonó dicha suma hasta el día 07/12/2021.

Destaca que el incumplimiento por parte de la demandada implicó para la actora la erogación de gastos que debían haber sido cubiertos conforme al servicio de asistencia al viajero contratado lo cual implicó que se viera obligada a abonar los gastos médicos y, pese al reclamo administrativo que llevó 3 años y 9 meses para tener una solución parcial, consistente en el reembolso del dinero gastado.

Fundamenta sus pretensiones en la normativa consumeril, el incumplimiento del contrato, destaca el trato indigno y la falta de información que le fuera dispensada por las demandadas, como también la responsabilidad solidaria que les cabe.

Practica liquidación de los rubros pretendidos, solicita el Beneficio de gratuidad en los términos del art. 53 de la Ley 24240, ofrece prueba, hace reserva del Caso Federal, funda en derecho y concreta su petitorio.

2.- Conforme a providencia de fecha 07/07/2022 se asigna al trámite el proceso sumarísimo, se tuvo presente el beneficio de gratuidad y se ordenó la vista al Ministerio Público Fiscal. Asimismo se ordena el traslado de la demandada.

En fecha 19/09/2022 la actora acompaña las cédulas de notificación y denuncia que en fecha 24/08/2022 fue notificada First Data Cono Sur SRL, a los fines que corresponda y denunció nuevo domicilio de Assist Card.

3.- En fecha 15/12/2022 se presenta Assist Card mediante gestor procesal .ratificada en fecha 16/02/2023 mediante la acreditación de personería- y contesta demanda interpuesta en su contra y solicita el rechazo de la misma con costas.

Niega por imperio procesal, todos y cada uno de los hechos alegados por la actora en su demanda, salvo aquellos que sean objeto de expreso reconocimiento en el presente. En especial, niega que la Sra. Egea a través de su tarjeta MasterCard Nativa emitida por el Banco Nación haya contratado el Servicio de MasterAssit Turista, bajo el número de Servicio 3087348, cuyo vencimiento operarí el 30 de abril de 2018.

Manifiesta que no le consta el viaje efectuado por la Sra. Egea en las fechas denunciadas. Niega especialmente que haya sufrido un inconveniente de salud y que haya requerido atención médica y como consecuencia ante la falta de respuesta del servicio contratado, debiera abonar de su bolsillo el tratamiento y estudios.

Rechaza que la actora haya enviado una nota de reclamo por el Correo Argentino, que First Data Cono Sur SRL, se haya desligado del vínculo contractual con la actora y que haya recibido una sanción por parte de Defensa del Consumidor y que no haya abonado la misma. Niega que sea obligatorio la aplicación de la normativa consumeril en este caso.

Asimismo no desconoce la documentación acompañada por la actora.

Entiende que la actora pretende una suma exorbitante en concepto de reparación con fundamento en concepto en el daño directo, daño moral y punitivo.

Indica que Assist Card no incurrió en incumplimiento contractual alguno, ya que no se encarga de comercializar el producto “Master Assist Turista”.

Destaca que la propia actora ha denunciado en el expediente de Defensa del Consumidor, que adquirió el producto “Master Assist Turista” a través de su Tarjeta de Crédito Mastercard Nativa del Banco Nación.

En este sentido, reitera que Assist Card no comercializa ese producto, sino que la procesadora de datos de la marca Mastercard, es First Data quien realiza la venta u otorga de manera

gratuita el servicio y notifica a la empresa de servicios al viajero la nómina de clientes adquiridos para que la empresa de servicios al viajero involucrada pueda prestar el servicio. Indica, entonces que es factible que sea un posible error al momento de la venta, ya que la requirente jamás figuró en la nómina de capitas de Assist Card.

Manifiesta que Assist Card no incurrió en incumplimiento contractual alguno. Refiere que surge de la propia demanda intentada por la Sra. Egea que no fue sancionada a pesar de haber sido denunciada Área Defensa del Consumidor, Gerencia de Asuntos legales de Provincia de Rio Negro, en el trámite “Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista” Expte. 056750-DC-2018.

Plantea excepción de falta de legitimación pasiva y ausencia de responsabilidad en los términos del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor toda vez que la actora no ha desarrollado fundamento alguno que permita tenerla por responsable. Asimismo impugna la liquidación practicada.

Funda en derecho, ofrece prueba, hacer reserva del Caso Federal y concreta su petitorio.

4.- En fecha 03/02/2023 la actora solicitó la declaración de rebeldía de First Data Cono Sur SRL. Ello así toda vez que, encontrándose debidamente notificada, omitió presentarse.

5.- En fecha 08/02/2023 se tuvo por presentada a Assist Card.

Asimismo, y atento que se encontraba vencido el término acordado al accionado First Data Cono Sur SR, para contestar la demanda y comparecer en autos sin que lo hubiere efectuado, se le dio por decaído el derecho que para hacerlo tenía y se hizo efectivo el apercibimiento previsto por el artículo 59 del CPCC, por lo que se declaró rebelde a dicha firma con los efectos establecidos por el art. 60 CPCC y se ordenó la notificación.

6.- En fecha 22/02/2023 se ordenó correr traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la demandada Assist Card, la cual fue contestada por la parte actora en fecha 03/03/2023, quien petitionó el rechazo de la misma.

7.- Conforme proveído de fecha 09/03/2023 y ante la existencia de hechos controvertidos, se fijó la audiencia prevista por el art. 361 del CPCC. Asimismo se resolvió diferir su pronunciamiento para al sentencia definitiva.

8.- En fecha 07/06/2023 se presenta First Data Cono Sur SR, por lo que en igual fecha se decreta el cese de su rebeldía. Asimismo, conforme acta de fecha 08/06/2023 correspondiente a la audiencia del art. 361 del CPCC se proveyó la prueba ofrecida por las partes. Consta allí que First Data Cono Sur SRL no estuvo presente pese a haber estado debidamente notificada de dicha audiencia, por lo que se aplicó el apercibimiento del art. 362 del CPCC.

Con fecha 21/03/2024 se procede a la clausura del período probatorio y se ponen los autos para alegar. En fecha 05/04/2024 presenta alegato First Data Cono Sur S.R.L y en fecha 08/04/2024 se presenta el de la actora sin que hiciera lo propio la codemandada Assist Card Argentina SA de Servicios.

En fecha 3/06/(2024 se llama a autos para sentencia con fecha 03/06/2024, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO:

I.- De acuerdo con el modo en que la Litis quedara trabada, la cuestión a resolver radica en determinar si corresponde o no atribuir responsabilidad en el marco de la relación que eventualmente ha unido a las partes conforme a la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor, y en su caso determinar la procedencia o no de los rubros requeridos, como asimismo la cuantificación de los mismos.

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier.

La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma.

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2.015.

La misma jurista explica respecto de esta norma que "parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida (refiriéndose en relación a los contratos en curso de ejecución donde deben regirse por la vieja ley supletoria que forma parte de ellos) en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata". Pero luego aclara "en mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley, sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no solo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público". Explicando para concluir que "la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley; si es más favorable al consumidor". (Kemelmajer de Carlucci, Aída "La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones situaciones jurídicas existentes" Rubinzal Culzoni, 1era edición. Santa Fe. 2015. Pág. 60/61 y 63).

Que, en virtud de ello, siendo que en la presente se están discutiendo los efectos de una relación de consumo cuyos efectos se produjeron en los primeros meses del año 2018 será de aplicación la normativa regulada por el nuevo CCyC y la ley de Defensa del Consumidor vigente (Ley N° 24.240 ref. 26.361), como así también lo dispuesto en los artículos 1093, 1096, concordantes y subsiguientes del CC y C.

III.- No puedo soslayar tampoco que siendo la presente causa planteada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor -Ley N° 24.240-, es menester recordar que ésta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación consumeril, a través de un sistema de protección jurídica in favor debilis. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al sostener que "(...) la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional.- C.S.J.N., causa C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. Del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. - FEMEDICA- c DNCI - DISP 1270/03", sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda-.

Vale mencionar que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público, de rango constitucional conforme el art. 42 de la Constitución Nacional -a partir de la reforma de 1.994- y art. 30 de la Constitución de Río Negro. Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial también recepta los principios consumeriles -conf. Ley 24.240.

En este sentido, ante un vínculo contractual consumeril, la ley despliega una "protección que excede el marco contractual y que autoriza, en muchos casos, a ejercer sus derechos frente a toda la cadena de comercialización, aún contra aquellos contra quienes no los une de forma concreta un contrato." -Hernández Carlos y Picasso, Sebastián; "La conexidad en las

relaciones de consumo”, en “Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada”, Tº III, La Ley, 2011, págs. 484/501-. Conf. CA Civil de Viedma en autos caratulados: “Céspedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios -ordinario-”, Expte. Nº 8052/16 CAV.

Con relación al contrato de Asistencia integral al viajero se ha dicho que “De la misma manera el contrato de AIV se caracteriza por ser un contrato tipo y de adhesión, por el cuál el pasajero no ha tenido poder de negociación, solamente se adhiere a las cláusula predeterminadas con la única posibilidad de adquirir el producto que le ofrecen sin más. Lingüísticamente la estructura y los términos utilizados en el "voucher" (AIV) son similares a cualquier póliza de seguros, contemplando dentro del contrato las condiciones generales y particulares, y dentro de ellas el ámbito de aplicación y validez, el riesgo cubierto, las limitaciones y exclusiones de coberturas surgidas del propio contrato, los derechos, obligaciones y cargas. Cierta jurisprudencia pone en duda que la Asistencia Integral al Viajero sea un contrato de seguros, por no encuadrar en la tipología que establece la [ley 17.418](#) y no ser objeto de control por parte de la superintendencia de seguros de la Nación (fallo [Suarez, Nélica c/Assist Card s/Ord.](#) 2000 "...no reviste la calidad de aseguradora ni las obligaciones asumidas por la misma encajan en la preceptiva de la ley 17.418". Considero sin embargo, que este servicio tiene todas las características de un contrato de seguros. Las obligaciones, cargas y derechos que surgen del contrato que emite la empresa prestadora de servicios, son más que similares, iguales a cualquier póliza de seguros y en consecuencia deberán estar amparados en el marco de la ley 17.418. La falta de control por parte del Estado a través de la autoridad de control (Superintendencia de Seguros de la Nación), no implica que la AIV no sea considerado un contrato de seguros, sí genera enorme preocupación que el mismo no esté bajo la tutela de la [ley 20.091](#). La misma establece que la autoridad de control incluirá en el régimen de esta ley a quienes realicen operaciones asimilables al seguro cuando su naturaleza o alcance lo justifiquen ([art.3 de la ley 20.091](#)). Tal vez sea la hora de analizar su inclusión, más si observamos como los reclamos que aparecen y llegan a la justicia prueba el uso cada vez mayor de este tipo de seguros. García, Lilian Beatriz " Alcances legales del denominado Contrato de Asistencia Integral al Viajero" Id SAJJ: DACTF140217.

Puede concluirse que estamos ante un contrato de adhesión con las características propias de un contrato de seguro por lo que resulta pasible reafirmar que más allá de su naturaleza jurídica en la relación consumidor- proveedor, es aplicable al caso como antes he referido la Ley de Defensa del Consumidor.

IV.- Entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1.972, Tº 1, pág. 15).

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición - pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o, dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, Teoría general de la prueba judicial., Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar

primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re "Baiadera, Víctor F., LL, 1.996 E, 679).

Por otro lado, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño. "El concepto "carga dinámica de la prueba" "prueba compartida" consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación". (Conf. SCJBA Causa "G., A.C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", C. 117.760, sent. Del 1-IV-2.015).

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: "Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"; en referencia al prestador del servicio. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: "(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En estos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...)", por el contrario, "(...) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud o misiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor". (Aspectos procesales., cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.)" (Conf. SCJBA Causa "G., A. C. C/Pasema S.A." y otros s/Daños y perjuicios., C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-.

No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

V.- Existiendo discrepancia en la versión de los hechos sostenida por las partes, habré de recurrir a la prueba obrante en el expediente, valorando a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C. y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 3 del C.C y C y art. 200 de la Constitución Provincial.

En ese sentido, la discrepancia fundamental en base a la oportunidad ejercida de contestar demandada por parte de Assist Card Argentina SA de Servicios es que no integra la relación contractual en base a que la actora no integra la nómina de capitas de la cual disponía. Es en ese sentido que también introduce la falta de legitimación pasiva.

V.1.- Documental:

V.1.1.- Documentación acompañada por la actora -agregada a PUMA, en fecha 05/07/2022-: Carta Poder suscripta por la accionante; Copia fiel del expediente administrativo "056750-DC-2018" ("Egea Silvia Susana c/ Master Assist Turista"); Copia fiel de la Resolución 133/2021 de la Agencia de Recaudación Tributaria; Cinco (5) resúmenes de tarjeta extendidos por Banco Nación; Constancia de Servicio MasterAssist extendido por Assist Card; Términos y Condiciones MasterAssist extraído de <https://www.masterconsultas.com.ar/masterassist.html>; Captura de pantalla de página web <https://www.masterconsultas.com.ar/masterassist.html>; Resultado de análisis clínicos extendido por "CientificaLab"; Receta médica extendida por Dra. Rafaela Rossini Buso; Comprobante de pago con tarjeta por R\$29.

V.1.2.- Documentación acompañada por la demandada Assist Card Argentina SA de Servicios -agregada a PUMA, en fecha 16/02/2023-: Poder especial para actuación en juicio.

V.1.3.- Documental en poder de la demandada First Data Cono Sur S.R.L. -agregada a PUMA en fecha 04/07/2023-: Acompaña manual de uso para asistencia al viajero.

V.1.4.- Documental en poder de terceros -instrumental-:

Agencia de Recaudación Tributaria, Departamento de Defensa del Consumidor, expediente caratulado "Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista" Expte. 056750-DC-2018 -reservado en la Oticca en fecha 31/10/2023-; e instrumental identificada como Sentencia N° 60 Expte. "Agencia de Recaudación Tributaria, Departamento de Defensa del Consumidor -Provincia de Río Negro- en autos: Egea Silvia Susana c/Master Assist Turista -Expte. 56750-DC-2018 s/Apelación" R-1VI-46-CC-2021 y N° 005/2021/CAV -agregado a Puma en fecha 20/02/2024-: Presentación efectuada por la Sra. Silvia Suana Egea con documentación, por falta de cobertura en los términos del seguro de viajero contratado (fs. 01/09); contestación del apoderado de Assist Card Argentina S.A., con descargo (fs. 12); solicitud de traslado efectuado por la actora a MasterCard (fs. 16); First Data responde denuncia (fs. 19); resúmenes de tarjeta de crédito de la actora donde consta el descuento y presentación de la Sra. Egea donde peticiona la citación al Banco Nación (fs. 27/38); respuesta del Banco Nación (fs. 42/56); presentación de Universal Assistance S.A. con documentación (fs. 60/62 y 69/ 70); nuevo descargo de Universal Assistance S.A. (fs. 77/79); presentación de Assist Card Argentina S.A. (fs. 103/104); acta de audiencia conciliatoria (fs. 105); presentación de First Data Cono Sur S.R.L., con documentación (fs. 107/111); presentación de la Sra. Egea (fs. 113); anexo de Beneficios MasterCard Black HSBC; Mastercard Assists información obrante en la página web www.masterconsultas.com.ar/masterassist.html, de donde surge que la prestadora MasterAssist y First Data Cono Sur S.R.L. Figuran como prestadores (fs. 114/131); informe del Banco Nación donde consta que la razón social que percibió los valores del concepto como MasterAssist Turista es la firma "First Data Cono Sur S.R.L.", con constancia de AFIP (fs. 137/138); clausura de la instancia conciliatoria (fs. 140); imputación (fs. 141/142 y 161/162); contestación de imputación de First Data Cono Sur S.R.L., con documentación (fs. 146/160); interpone revocatoria First Data Cono Sur S.R.L. (fs. 167/174); dictamen del instructor, (fs. 175/179); proyecto de resolución (180/185); Resolución 133 de fecha 22/03/2021, aplica multa a First Data Cono Sur S.R.L., por la suma de \$ 1.000.000 y reconoce el daño directo a la Sra. Egea por la suma de \$ 22.000 (186/195); apelación First Data Cono Sur S.R.L. (fs. 201/2013); CD con audio de contratación del servicio de MasterCard Assist (fs. 218); dictamen del instructor (fs. 221/225); proyecto de resolución (226/229) Resolución 271 de fecha 03/05/2021 donde declara admisible el recurso interpuesto por First Data Cono Sur S.R.L. (fs. 230/236).

Sentencia N° 60 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de Viedma, de fecha 02/11/2021 donde se resolvió declarar desierto el recurso interpuesto por First Data Cono Sur S.R.L., con costas a la demandada.

V.2.- Informativa:

Correo Argentino -agregado a PUMA en fecha 24/07/2023-: Informa que no puede aportar mayores datos respecto a la solicitud efectuada porque se ha procedido a la destrucción de la documentación requerida por vencimiento del plazo reglamentario de guarda.

Prisma Medios de Pago S.A. -agregado a PUMA en fecha 03/08/2023: Informa que, según consta actualmente en sus registros informáticos, no cuentan con base de comercios internacionales.

Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) -agregado a PUMA en fecha 04/07/2023-: Informa que en el Sistema Informático de la Dirección Nacional de Marcas, surgen datos relevantes respecto de las marcas “en vigencia” halladas bajo la denominación "MasterAssist". Agrega que en todos los casos, su titularidad corresponde en un 100% a Mastercard International Incorporated.

V.3.- Informe pericial contable -agregado a PUMA en fecha 15/02/2024-: Exhorto judicial ante el Juzgado Nacional de Ira. Instancia en lo Comercial N° 31, Secretaría N° 62, expediente “Egea Silvia Susana c/First Data Cono Sur S.R.L. y Otro S/ Oficios Ley 22.172, Expte. 12552/2023”.

El informe pericial fue elaborado por el Cdor. Luis Alberto Rodríguez. Detalló los puntos de pericia solicitados por la demandada. Destaca que, de conformidad a lo que ha podido observar, los libros puestos a disposición del experto son llevados en legal forma.

Indica que verificados los Libros de IVA Ventas mencionados, no surge que la demandada haya emitido facturas ni recibos de cobro a nombre de Susana Egea por el servicio de MasterAssist durante el período mayo/2017 a abril/2018, es decir durante el lapso en que habría extendido la cobertura contratada por la actora como MasterAssist Turista Servicio N°3087348.

Asimismo, destacó que “Sobre la base de la documentación relevada, se verifica que los servicios “MasterAssist” que contrata First Data SRL con sus clientes de tarjetas de crédito Master Card son prestados efectivamente por Assist Card SA, quien emite una o mas facturas mensuales a nombre de First Data SRL por el monto global de cada modalidad de producto o servicio contratado, ya sea por la modalidad de Capitado o Facultativo y se describen en la factura como, por ejemplo, “CAPITA MASTER EXCLUSIVE GRUPAL”, “CAPITA MASTER EUROPA GRUPAL”, etc. Cada modalidad facturada en un mismo comprobante suma un monto que corresponde a la suma de las cuotas de múltiples contratos, sin identificar individualmente los mismos. Así las cosas, este perito solicitó a la demandada la documentación respaldatoria con el detalle de todos los contratos que suman cada item de las facturas mensuales volcadas a los libros. La respuesta del departamento contable de la demandada fue: “En cuanto al padrón” – denominación que asignan al listado detallado de los contratos-, “la información de esa fecha ya está depurada, por cuanto habiendo efectuado la revisión de los antecedentes obrantes en nuestros registros, la misma ya no se encuentra disponible”.

Señala que insistió a la demandada sobre mayor claridad a la peticionado. En tal sentido el perito señala que contestaron: “Respecto del padrón, consideramos menester señalar que el/los mismos no constituyen registro contable como tal, sino que se trata de registros informáticos o datos digitales con lo cual después de determinado tiempo ya no se encuentran disponible por una cuestión de espacio de almacenamiento o bien al migrar/cambiar sistemas o su versión, cierta información puede no estar disponible a posteriori”. “En adición a ello, es conveniente mencionar que es First Data quien conforma y provee los padrones, con lo cual Assist Card no tiene injerencia alguna en su armado y que Assist Card conserva el listado por un período de tiempo en función del almacenamiento según lo adelantado”.

En su conclusión el perito destacó que "la demandada no cuenta para sus registraciones con la totalidad de los comprobantes respaldatorios de la facturación practicada a First Data SRL para permitir la individualización de las operaciones durante el período ya indicado, imposibilitando así la tarea de verificar fehacientemente si Assist Card SA percibió alguna suma vinculada al contrato de asistencia celebrado con la actora".

Cabe mencionar que este el informe pericial no ha sido objeto de impugnaciones u observaciones. Concluyo entonces que, reseñado el informe pericial contable y en el entendimiento de que resulta ser un medio conducente relacionado con cuestiones controvertidas entre las partes siendo el interviniente calificado para emitir su dictamen sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad, a lo que agrego también que no advierto la existencia de otras pruebas que puedan desvirtuarla, es que les otorgaré valor probatorio conforme art. 386 y 477 del CPCC.

VI.- En base a la prueba producida en autos corresponde comenzar a resolver en primer orden las cuestiones incidentales.

Así, abordaré a continuación la defensa de falta de legitimación pasiva introducida en su contestación por parte de la codemandada Assist Card Argentina SA de Servicios.

VI.1.- La defensa de falta de legitimación pasiva:

Corresponde recordar que “La legitimación para obrar es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso” Se ha dicho a su vez (...), que en el análisis de la excepción sine actione agit incumbe al juzgador investigar la calidad de quien intenta la acción; y no averiguar si ostenta la titularidad del derecho primario o si esa titularidad ha sufrido menoscabo”. (Morello, Sosa y Berizonce; “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación”, T° IV .B., Ed. Abeledo Perrot, 1.990, Pág. 255/256).

Por otro lado, Fenochietto sostiene que “La legitimación para obrar en la causa -legitimatío ad causam- denota la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en relación con el derecho que invocare en el proceso, ya sea en razón de la titularidad del mismo -v. gr., propietario, acreedor, poseedor, heredero-, o de otras circunstancias idóneas para justificar su pretensión, configurando ello, en todos los casos, un elemento sustancial de la lite, cuya ausencia impide que la sentencia pueda resolver sobre el fondo del pleito. La Corte, en esta orientación, ha sentenciado que ‘la legitimación para obrar es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso’ - SCBA, 08/09/76, LL, 1.977 A-350, y AS, 1.976-VII-37-. -Ver. Carlos Fenochietto, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Comentado, Anotado y Concordado, 7ma Edición, Editorial Astrea).

Se entiende que la legitimación para obrar en la causa **es decir, la legitimación procesal, determina quién puede actuar como parte** actora en un proceso determinado (legitimación activa) y frente a quién, como demandado (legitimación pasiva). En suma, la legitimación procesal denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino además, afirmar su pertenencia a quién lo hace valer y contra quién se deduce, de modo tal que la causa trámite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso, y por consiguiente de tutela jurisdiccional.

A lo que agrego, a modo de síntesis que “quien cuenta con la titularidad o la aptitud para revestir la calidad de sujeto activo o pasivo de la relación jurídica controversial se encuentra legitimado, es decir, puede ser parte”. (Torres Traba, José M., "Cuestiones de legitimación y personería en el amparo", La Ley del 13/10/2020, 1. TR La Ley AR/DOC/2218/2020).

Aplicadas estas definiciones al caso observo que de la prueba producida ha surgido que la cadena de comercialización del producto adquirido por la actora, encuentra a ambas demandadas incluidas en su gestión frente a los consumidores, en el caso la actora.

Assist Card Argentina SA de Servicios afirma en su contestación de demanda que "En este sentido, resulta clave destacar que mi mandante no comercializa ese producto, sino que la procesadora de datos de la marca MASTERCARD, (FIRST DATA S.R.L), es quien se encarga de vender el mismo. En efecto, es First Data quien realiza la venta u otorga de manera gratuita el servicio y notifica a la empresa de servicios al viajero la nómina de clientes adquiridos para

que la empresa de servicios al viajero involucrada pueda prestar el servicio (...) Sin perjuicio de esto, regresando al reclamo que dio origen a estas actuaciones, reitero una vez más, que la contratación del servicio MasterAssist que refiere haber adquirido la parte actora, se realiza a través de la procesadora de datos de la marca Mastercard, es decir, First Data Cono Sur SRL. De este modo, resulta ser mi mandante el prestador del servicio, pero no el vendedor del producto."

En igual sentido surge de la prueba instrumental adquirida en el proceso administrativo llevado ante ART consistente en autos "Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista" Expte. 056750-DC-2018 -reservado en la Oticca en fecha 31/10/2023- de donde surge a fs. 114/131 que ambas prestadoras mancomunan la prestación del servicio.

Por otro lado del propio link que ahí surge -www.masterconsultas.com.ar/masterassist.html- y que fuera constatado por el suscripto, ambas fimas figuran en la comercialización del producto.

Ello, en la práctica y, no obstante lo que se resuelva respecto de la eventual responsabilidad que la actora atribuye a Assist Card Argentina SA de Servicios, da por concluido el debate sobre la legitimación pasiva en cuestión, pues sabido es que en el derecho de consumidor resultan legitimados y eventualmente responsables quienes participan en la cadena de comercialización, lo cual de modo perfecto se da en el caso a partir de la interpretación de las enunciaciones de contestación de demanda citadas en párrafo precedente y de la propia información de la página web Máster Consultas.

En consecuencia y por los fundamentos dados hasta aquí amparados en las constancias de autos y en las previsiones del art. 40 y concordantes de la LDC es que corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Assist Card Argentina SA de Servicios, con costas.

VII.- La responsabilidad civil:

Determinada la legitimación de ambas codemandadas corresponderá ahora indagar si efectivamente ha existido una vinculación contractual entre las partes para concluir con la determinación de existencia o no de responsabilidad en cabeza de las codemandadas.

Surge de la prueba instrumental producida en autos "Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista" Expte. 056750-DC-2018, de informe pericial contable -agregado a PUMA en fecha 15/02/2024- como así también de sentencia emitida por la Cámara de Apelaciones local en autos "Agencia de Recaudación Tributaria, Departamento de Defensa del Consumidor - Provincia de Río Negro- en autos: Egea Silvia Susana c/Master Assist Turista -Expte. 56750-DC-2018 s/Apelación" R-1VI-46-CC-2021 y N° 0005/2021/CAV -agregado a Puma en fecha 20/02/2024- que ha existido una vinculación contractual entre las partes.

Así, tengo presente que la contratación del concepto asegurativo "MasterAssist Turista" fue instrumentado por la actora bajo en número de servicio 3087348, cuyo vencimiento operaba el día 30/04/2018.

Ello surge de la grabación bajo soporte cd agregado a fs 218 del expediente R-1VI-46-CC-2021/ N° 0005/2021/CAV ya citado.

En dicha ocasión la actora contrató el servicio de asistencia al viajero. En primer lugar con motivo de un viaje que haría por Europa. En tal circunstancia fue informada que el contrato era por un año, por lo que al momento de viajar a Brasil, la Sra. Egea contaba con dicha cobertura.

En todas esas instrumentaciones se refleja de manera armónica la existencia contractual entre las partes.

A ello se agrega la posición procesal mantenida en este trámite por parte de la codemandada First Data Cono Sur SRL al no contestar demanda.

En ese aspecto debe señalarse que la falta de contestación de la demanda implica un reconocimiento que constituirá presunción de verdad de los hechos pertinentes y lícitos afirmados por la contraria conforme art. 335 del CPCC. A ello se agregan las consecuencias en igual aspecto producidas por inasistencia injustificada a la audiencia prevista en el art. 361 del CPCC, motivo por el cual se aplicó el apercibimiento del art. 362 del mismo ordenamiento.

Llegados a este punto, como principal defensa, la codemandada presentada en autos Assist Card Argentina SA de Servicios postula que no intervino en la venta del servicio de asistencia y que no percibió suma alguna por lo que no se da en el esquema de adjudicación de responsabilidad la necesaria relación de causalidad para declararla en su cabeza.

Lo grafica refiriendo que “(...) Por lo tanto, en caso de ser ciertos los extremos esgrimidos por la demandante, nos encontramos frente a un posible error al momento de la venta, ya que la requirente jamás figuró en la nómina de capitas de mi mandante.”

Se encuentra comprobado que han sido ciertos los extremos esgrimidos por la actora de conformidad a lo dicho en párrafos primero a quinto de este punto, ya sea por la prueba producida o por las presunciones no desvirtuadas, como consecuencia de la incontestación de demanda de First Data Cono Sur SRL.

Entonces, ha de confirmarse lo referido por la codemandada. Así, hubo un “error al momento de la venta” y ello consistió en que no existió una comunicación efectiva entre las codemandadas para brindar el servicio de asistencia durante su vigencia y pago, cuando la actora lo requirió.

La pregunta que dará solución al caso es si ese error al momento de la venta debe ser asumido por la actora.

La respuesta en el marco de derecho de consumidor de responsabilidad objetiva es negativa, pues no se han demostrado por parte de Assist Card Argentina SA de Servicios, eximentes que interrumpan el nexo de causalidad, en tanto First Data Cono Sur SRL no puede asemejarse a un tercero por quien no deba responder, precisamente por que ambas firmas se valen la una de la otra para comercializar el servicio – venta y ejecución de cobertura-.

El art. 40 de la Ley 24.240 prevé en su parte pertinente que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”.

Ha enunciado la Cámara de Apelaciones de esta Circunscripción Judicial ha determinado que “La solidaridad sellada por el art. 40 de ese cuerpo normativo a modo de indicar cómo han de responder los involucrados en la cadena de venta frente a terceros (...) importa reconocer que la exigencia de las obligaciones instituidas por la ley a partir de una causa única y surgente del mismo título constitutivo (...), nace en forma individual y autónoma para todos los envueltos en el proceso de comercialización del producto, en la medida en que cada uno de ellos responde en el cumplimiento de la normativa citada”. (CA Civil de Viedma, en la causa .Dirección de Comercio Interior e Industrias/ Rochas Nicolás c/ Cooperativa Obrera LTDA. s/ apelación -cc-, 13/02/19).

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia dijo que “(...) se ha sostenido en doctrina que el objetivo de la ley es responsabilizar a todos los que hayan formado parte de la cadena de comercialización y distribución del producto; y que en materia de los daños resultantes de la prestación del servicio responderán todos aquellos sujetos que intervinieron en el proceso que va desde la concepción y creación del servicio hasta la concreta prestación del mismo al consumidor, siendo en todos los casos la responsabilidad solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe-Javier H. Wajntraub, ‘Ley de Defensa del Consumidor’, págs. 234/235). -STJRNS1 Se. 26/15 “Sartor”-.

Remata todo lo anterior lo enunciado por la Cámara de Apelaciones en la Sentencia N° 60 de fecha 02/11/2021 emitida en autos “Agencia de Recaudación Tributaria, Departamento de Defensa del Consumidor -Provincia de Río Negro- en autos: Egea Silvia Susana c/Master Assist Turista -Expte. 56750-DC-2018 s/Apelación" R-1VI-46-CC-2021 y N° 0005/2021/CAV -agregado a Puma en fecha 20/02/2024-, con absoluta aplicación a autos conforme a la prueba producida: “Por otra parte, cabe asimismo tener presente que en respuesta a la mención sobre la falta de citación de la firma Assist Card Argentina SA de Servicios, cierto es que la misma sí fue emplazada, habiendo formulado contestación (tal como surge a fs. 103/104), mas debiendo notarse que indica que no comercializa el producto “MasterAssist Turista”, siendo quien lo realiza la procesadora de datos de la marca MasterCard (First Data SRL). Entonces, comprobada que se encuentra la relación contractual entre la denunciante y la empresa MasterCard, y asimismo Assist Card, ambas obligadas a prestar el servicio contratado (cuestión no controvertida), y sumado a que fue la sociedad First Data Cono Sur SRL la que percibió los montos en concepto de contraprestación, no cabe sino concluir que todas ellas -y más aún quien se benefició económicamente y aquí resulta ser imputada y sancionada- debieron responder ante la Sra. Silvia Susana Egea, por lo que son pasibles de punición administrativa -advirtiendo que la impuesta en el caso resulta razonable, conforme los parámetros impuestos por la normativa de aplicación (conf. art. 47 LDC y 62 Ley 5414), y proporcionada a la infracción cometida a mérito de las características del caso y, en definitiva, suficientemente apta para instar un cambio de conducta de la empresa a los fines de la no repetición de hechos similares-. Así, en tanto comprobado el vínculo que ha unido a la parte denunciante con dichas firmas (a partir del servicio de asistencia al turista para cualquier persona con tarjeta de crédito Mastercard, ver informe bancario de fs. 137), englobándose ello en una relación de consumo de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la ley 24.240, siendo que los sujetos involucrados se hallan respectivamente encuadrados en los arts. 1 y 2 de dicha normativa, atento que consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza, como destinatario final, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza y, los adquiere, de quien produce, importa, vende, facilita, suministra o expide (conf. Juan M. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea,2004, págs. 18 y ssgtes.), es que resulta de aplicación el principio de responsabilidad solidaria frente al usuario o consumidor de un bien o servicio, según rezan los arts. 40 y 40 bis de la LDC”.

Conclusión: De este modo, en el marco de calificación del contrato de asistencia al viajero puesto en crisis, como contrato de consumo conforme art. 1093 CC y C con características propias de falta de paridad al celebrarlo lo que lo convierte en contratos de adhesión - arts. 984 y 985 CCyC-, .el eventual error en la comercialización del producto por comunicación ineficaz entre las codemandadas, quienes integran la cadena de comercialización; la falta de mecanismos entre ellas para generar un sistema que reparación de eventuales errores como el detectado y asumido por la codemandada presentada en autos, de fácil chequeo mediante el cruzamiento de datos eficiente entre quienes integran la cadena de comercialización tornan responsables solidariamente a First Data Cono Sur SRL y Assist Card Argentina SA de Servicios - art. 40 LDC-.

A continuación abordaré los rubros pretendidos por la actora. En ese aspecto destaco que ha indicado que habiéndose reparado el daño directo en el Expte. “Egea Silvia Susana c/MasterAssist Turista” Expte. 056750-DC-2018, ese ítem no forma parte de la reparación pretendida.

VIII.- Daños reclamados:

Se entiende por daño “todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades (...) (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)”; “(...) es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala C Com. CAAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)”; ya que “(...) si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B,28/9/84, E.D. 112-233)”. Además, “(...) debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en

un perjuicio cierto y resarcible (CSJN,28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño". (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal Culzoni,2005, Pág. 25, 33).

La Corte Suprema, en "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi", juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que "indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (Sent. del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4º y 5º). Así, todo daño patrimonial y extrapatrimonial, mensurable económica y objetivamente, debe ser tenido en cuenta por el juzgador, quien constreñido por el principio de congruencia sólo podrá pronunciarse de manera expresa y precisa sobre los planteos efectuados por las partes, no pudiendo extenderse más allá de ellas - modificando, ampliando o completándolas- puesto que encuentra su límite en la forma en que ha quedado trabada la litis. Así "la carencia de prueba concreta lleva al rechazo del daño reclamado y el monto indemnizatorio debe establecerse juzgando prudencialmente la prueba rendida (CSJN, 04/12/80, L.L., 1981-B-46)". (Conf. Mosset Iturraspe Op. Cit.,Pág. 40)". La parte actora peticiona Daño extrapatrimonial y Daño Punitivo. Aclara, asimismo que no reclama el daño directo – Punto VI a) de demanda-

VIII.1.- Daño Extrapatrimonial: Por este rubro la actora reclama en el escrito postulatorio en el punto VI. b) Daño moral, la suma de \$ 300.000.

En el ámbito contractual se ha dicho que "el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos espirituales (cfr. CCC Ros, Sala I, 05.09.2002, "Capucci c. Galavisión V.C.C.S.A.", Zeus 91-J-245; v. tb. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p. 205, N° 557; ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, p. 264), aclarándose que no todo incumplimiento contractual apareja, per se, daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales, sino que es preciso que el incumplimiento trascienda de lo meramente material involucrado en lo contractual, a lo emocional, es decir, la noción del agravio moral se vincula al concepto del desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, no equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda provocar el incumplimiento contractual, ya que tales vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Rosario, Santa Fe en: Ac. N° 470 del 28.12.2011, causa "Volpato c. Cali"; Ac. N° 407 del 11.11.2011, causa "Fernández c. Wulfson"; Ac. N° 391 del 04.11.2011, causa "Testa c. Gorriño" entre otros- Conf. CA Civil Viedma, en autos caratulados "Telic Vladimiro Roberto c/ Volkswagen Compañía Financiera s/daños y perjuicios (Ordinario)", 31/05/2017).

Asimismo, conforme ha puesto de manifiesto en la sentencia dictada por CAV en autos "Melivilos Belisle Nélica C/Sindicato De Trabajadores Viales Provincia De Río Negro S/ Ordinario", Expte. N° 8278/2017 (10/10/2018 voto del Dr. Ariel Alberto Gallinger): "en materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual solo puede existir en la hipótesis de incumplimiento intencional, (cfr. Llambias, J.J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, T. I, p. 353, N° 270 bis); por el contrario, la referencia del C Civ: 522) "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral" - Buenos Aires, 1985, Tº. IV, ps. 118/119, N° 45; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1979, Tº 2, p. 730, n° 1; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2006, Tº. 2-A, p. 229; Pizarro, R., y Vallespinos, C.", (Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana

Cristina y otro s/Ordinario CN Com Sala D; 30/04/2009; RC J 16807/09..." (conf "Ponce Tomas Omar C/ Dietz Fernando Ángel S/ Ordinario. Expte. N° 8090/2016-CAV (voto la Dra María Luján Ignazi), cabe tener presente que "...para que un incumplimiento contractual conlleve un daño de esta índole, es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios (conf. Cám. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D\ "Valentinuzzi Roberto Mac/ Centro Milano SA S/Sumarísimo", en fecha 18.08.16)".

A ello agrego que el capítulo de daño moral en el marco del derecho del consumidor y aplicado al caso está relacionado directamente con la falta de atención brindada en tiempo y forma a la actora cuando requirió la cobertura, dejándola en situación de desamparo ante una contingencia de salud que debía cubrir el servicio contratado.

Ello, a su vez se concreto sin que se dispararan mecanismos entre las demandadas para efectuar un cruzamiento de datos que diera solución efectiva a la actora y, en consecuencia.

Ese trato dado a la actora por parte de las demandadas se traduce en una situación disvaliosa con consecuencias en la esfera extrapatrimonial.

En ese sentido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la prueba producida en autos es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro, aunque no me sujetaré al monto requerido por la actora, entendiéndolo razonable y prudente fijarlo en la suma de \$ 500.000.

Asimismo para las sumas determinada precedentemente se aplica una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario- desde la fecha en que la cobertura debió ejecutarse la que razonablemente se fija al momento del viaje de la actora el día 31/1/2018 hasta la fecha de la sentencia- 4 años, 5 meses y 1 día o 1307 días lo cual totaliza un 28,75 % lo que hace, en consecuencia, que las sumas ascienda a \$ 643.750 a la fecha de la presente, todo lo anterior conforme a parámetros del fallo del STJ "Garrido Paola Cancina C/ Provincia de Río Negro S/CASACION" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89 y de allí en más y hasta su efectivo pago sin solución de continuidad la tasa de interés prevista en calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

VIII.2.- Daño Punitivo: Por este rubro la actora reclama en el Punto VI c) de su escrito postulatorio la suma de \$ 1.000.000.

Tengo presente que el Artículo 52 bis de la Ley 24.240 dispone: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

El S.T.J tiene dicho: "en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como 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. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., Daños Punitivos, en Derechos de Daños -Segunda parte-, pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitiva". (STJRNS1 Se. 100/10 "Parra"). También se ha dicho que "el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva

es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. 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" (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. "Reformas a la ley del consumidor". LA LEY 16-03-2009. La ley 2009-B, 949). (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados "Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro-abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...", Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01/07/14).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. (ver: Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecabras, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván -Abreviado- Exp. N° 1745342/36", Sentencia N°: 181, Fecha: 27/10/2011, Semanario Jurídico: N°: 1846, del 1/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321).

Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder frente a la falta de otorgar cobertura oportuna en el marco de un contrato de asistencia al viajero, sin justificación por parte de las codemandadas.

Entiendo que la cuestión reviste suficiente gravedad dado que la solución era de fácil concreción y no costosa, dado que consistía en extremar para brindar un servicio eficiente la comunicación efectiva de los integrantes de la cadena de comercialización para incluir debidamente en la cápita a la actora.

Esa desaprensión reviste gravedad en el marco del derecho de consumidor, dado que la actora en todo momento tuvo la creencia de que efectivamente su contrato estaba vigente y se ejecutaría ante una necesidad, que efectivamente ocurrió cuando viajó bajo una grave y gorsera indiferencia a los derechos de la actora.

Lo anterior implica sustancialmente la omisión de brindar a la actora el trato digno exigible en tanto consumidora, extremos que ha de considerarse de suficiente gravedad en el caso aquí tratado, todo lo cual me lleva a la convicción de tener por comprobada la violación del art. 4 y 8 bis de la LDC interpretado en función de las previsiones del art. 52 bis de la LDC.

De este modo, en orden a ello he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa a la fecha de la sentencia fijándola conforme a parámetros del art. 47 citado en el art. 52 bis de la LDC y fundamentos dados en el presente Considerando de acuerdo con circunstancias del caso en la suma de \$ 1.000.000 a la fecha de la presente siendo que de ahí en más y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago devengará intereses conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.

Si bien tengo presente lo resuelto por el S.T.J en autos "Fabi, María Belen C/Vía Bariloche S.A. S/Daños y Perjuicios (Sumarísimo) S/Casación" (Expte. N° RO-20332-C-0000 Sentencia de fecha 25/6/2024), respecto del daño punitivo, no puedo soslayar que la presente situación resulta ser distinta a la allí debatida, pues como antes referí se da en el caso el incumplimiento de una obligación legal como condición necesaria para su procedencia que se patentiza suficiente ante la grosera indiferencia de las codemandadas frente a la actora.

Por otro lado, para cuantificar del modo efectuado precedentemente el monto por daño punitivo tengo presente las pautas dadas por el STJ en autos "Bartorelli, Emma Graciela c/Banco Patagonia S.A. s/Daños y Perjuicios s/Casación" (Expte. N° VI-31306-C-0000 Sentencia del 17/10/2023).

IX.- Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta en fecha 05/07/2022 por Silvia Susana Egea conforme fundamentos dados en Considerando VI y VII, y condenar solidariamente a First Data Cono Sur SRL y Assist Card Argentina SA de Servicios abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 643.750 por Daño Moral y la suma de \$ 1.000.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando VIII.1 y VIII.2 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

X.- Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costas se imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.

Así, tomando como base esas tres posturas y con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y los derechos en juego, el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora exclusivamente.

En consecuencia, las costas se imponen a las codemandadas vencida- art. 68 del CPCC-.

De tomar el monto base de \$ 1.643.750 y aplicar el coeficiente del art. 8 de la ley de aranceles para el presente tipo de proceso sumarísimo se llegaría a un monto inferior al establecido en el art. 9 de dicha norma legal.

Entonces, teniendo en cuenta las tareas efectuadas, medidas por su calidad y extensión, conjugadas con las etapas debidamente cumplidas conforme art. 6 y cc de la Ley G 2212 y en sintonía con lo decidido por la Cámara de Apelaciones en autos "Ventelaf, Dora Beatriz C/ Banco Patagonia S.A. S/ Daños Y Perjuicios (Sumarísimo) - Etapa de Ejecución" Expte. PUMA VI-16767-C-0000, Sentencia del 22/9/2023- se regulan los honorarios profesionales de los letrados de Silvia Susana Egea, Dres. Fernando Arturo Casadei y Franco Gastón Pulichino en conjunto en el equivalente a 15 Jus + 40 %, lo de los Dres. Julio Mario Ricca e Ignacio Augusto Rodríguez en el equivalente a 10 Jus + 40 % por la representación de Assist Card Argentina SA de Servicios los de la Dra. Lorena Laura Carabio en el equivalente a 50% de 10 Jus + 40 % por la representación de First Data Cono Sur SRL.

RESOLUCIÓN:

I.- Hacer lugar a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta en fecha 05/07/2022 por Silvia Susana Egea conforme fundamentos dados en Considerando VI y VII, y condenar solidariamente a First Data Cono Sur SRL y Assist Card Argentina SA de Servicios a abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 643.750 por Daño Moral y la suma de \$ 1.000.000 en concepto de Daño Punitivo conforme a fundamentos dados en Considerando VIII.1 y VIII.2 respectivamente, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del CPCC), y regular los honorarios profesionales de los letrados de Silvia Susana Egea, Dres. Fernando Arturo Casadei y Franco Gastón Pulichino en conjunto en el equivalente a 15 Jus + 40 %, los de los Dres. Julio Mario Ricca e Ignacio Augusto Rodríguez en el equivalente a 10 Jus + 40 % por la representación de

Assist Card Argentina SA de Servicios los de la Dra. Lorena Laura Carabio en el equivalente a 50% de 10 Jus + 40 % por la representación de First Data Cono Sur SRL (arts. 6, 8, 9, 10, 38, 40, 48 , 50 y cc Ley G N° 2212). Cúmplase con la Ley D 869.

III.- Registrar, protocolizar y notificar conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 36/2022.

Leandro Javier Oyola

Juez

Texto

Referencias (sin datos)

Normativas

Vía Acceso (sin datos)

¿Tiene Adjuntos? NO

Voces No posee voces.

Ver en el móvil

