



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO III - NÚMERO 4 - AGOSTO DE 2020

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **I**FUNDIR
E | **D**UCAR
C | **A**PACITAR
O | **R**IENTAR
N | **U**TRIR
O | **R**DENAR
M | **E**EDITAR
I | **N**VESTIGAR

DECONOMI

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick
Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi
Director Área Recursos: Natalia Waitzman
Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari
Rodrigo Bustingorry
Sara Llorente
Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría
Salvador Bergel
José Casás
Raúl Etcheverry
Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo
Horacio Corti
Miguel De Dios
Leila Devia
Graciela Junqueira
Beatriz S. Krom
Silvia Nonna
Martín Paolantonio
Jorge S. Sicoli
Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

DECONOMI

ÍNDICE

Doctrina

[“La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina”](#) por **Gabriel Martínez Medrano** Pág. 5

[“El consumidor latinoamericano como hipervulnerable: aspectos culturales, estructurales y geopolíticos de la desigualdad.”](#) por **Laura Pérez Bustamante** Pág. 47

[“Procesos colectivos en el proyecto de código de defensa del consumidor”](#) por **Francisco Verbic** Pág. 66

Fallo comentado

[“El alcance de la obligación de seguridad del Centro Comercial ante el daño al consumidor por hechos delictivos.”](#) por **Rodrigo S. Bustingorry** Pág. 94

Jurisprudencia condensada

[“Dolarización de los fondos y los dividendos en las quiebras”](#) por **Corrado Florencia** Pág. 104

“La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina.”

por Gabriel Martínez Medrano

Índice: 1) Introducción al tema. 2) Conceptos. 3) Regulación de la actividad de los *influencers* en Europa. Viejas reglas para nuevos escenarios. 4) La actuación de la FTC en los Estados Unidos. El caso Fyre. Demandas colectivas. 5) Panorama internacional de las Agencias de Regulación en Materia de Publicidad Digital. 6) La situación en Argentina. Aplicación de normas vigentes. 7) Proyecto de Ley para regular la actividad de *influencers*. 8) Conclusiones.

1) INTRODUCCIÓN AL TEMA.

En este trabajo me propongo mostrar un panorama internacional sobre la regulación de la publicidad efectuada en redes sociales por los *influencers* a través de *endorsement* de productos y servicios. El objetivo es aprender cómo se regula la situación en distintos países con sistemas jurídicos avanzados y extraer experiencias para nuestro país. La parte final del trabajo efectúa un panorama de las herramientas disponibles en Argentina y posibles caminos a emprender en la materia.

En primer lugar y como podrá apreciar el lector, este trabajo contiene muchas citas y notas a pie de página. Por ello recomiendo la lectura solo del texto principal para evitar perder el hilo de la redacción y luego, si es de gusto de quien lee, ampliar revisando el contenido de las notas.

En segundo lugar pido disculpas por la utilización de algunos términos en inglés sin la debida traducción. Me excuso debido a que no he encontrado términos en español que tipifiquen socialmente la figura de los *influencers*. Quien navega en redes sociales tiene una noción de lo que es un *influencer* y no utiliza su equivalente en idioma en español , al menos en Argentina, refiriéndose a

DECONOMI

“influyente” o “influenciador”¹ En cuanto a la conducta desplegada en redes sociales que denomino *endorsement*² se la puede sustituir por el término “aval”.

El punto 2) de este trabajo tiene un carácter conceptual y pretende introducir al lector en el mundo de los *influencers* y de su actividad en redes sociales, en particular las distintas conductas que puede desplegar y que en sentido general llamamos *endorsement*.

En el punto 3) analizamos las herramientas legales existentes con las que se ha abordado la temática en Europa, en particular las normas sobre competencia desleal y defensa del consumidor. En el punto 4) abordamos la legislación y práctica existente en los Estados Unidos de América. El punto 5) es un viaje por distintas jurisdicciones para observar, cómo actúan los organismos reguladores en algunos países de Europa y de Oceanía.

A partir del punto 6) analizaremos la situación en Argentina, así como el Proyecto de Ley en trámite en el Congreso que pretende la regulación de la materia. Para finalizar elaboraremos nuestras conclusiones.

2) Conceptos.

Un *influencer* es una persona que, a través de su actuación en redes sociales (principalmente Instagram, Youtube, Facebook, Snapchat, Tik Tok), colecta una importante cantidad de seguidores y, realizando actividades de interés para estos, va generando una fama o prestigio que le permite influir en las decisiones de consumo de esos seguidores.

La especialista en marketing Patricia San Miguel³ define dentro de su campo de estudio, al *influencer* como “*personas que gozan de reconocimiento social en internet gracias a su amplia comunidad de seguidores en las redes sociales. Son líderes de opinión o influyentes en el entorno digital que comparten contenido - fotos, videos, comentarios, etc - sobre temas concretos en los que*

¹ Ver traducción <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles-espanol/influencer>.

² La traducción literal de *endorsement* sería “endoso” que en nuestro país representa el medio de transmisión de una letra de cambio o pagaré mediante la firma al dorso de la misma. Otra acepción sería “aprobación”. Tal vez la palabra “aval” en su primera acepción de la Real Academia Española (RAE) represente mejor la figura del *endorsement* en materia de redes sociales. (1. m. Garantía que alguien presta sobre la conducta o cualidades de otra persona.) Podríamos decir que el influyente (*influencer*) avala los productos a través de sus redes sociales.

³ San Miguel, Patricia. *Influencer Marketing*. Editorial LID, Madrid, 2020.

DECONOMI

gozan de credibilidad y, en múltiples ocasiones, sobre su vida personal. La mayoría de los influencers realiza colaboraciones con marcas para mostrar los productos o servicios en sus redes sociales. Muchas de estas colaboraciones tienen compensaciones monetarias.”

Desde el campo jurídico se define al influencer como “quien tiene el poder de afectar decisiones de compra de otras personas a causa de su autoridad, conocimiento, posición o relacionamiento, ya sea real o percibido por sus seguidores”⁴

En una primera etapa, los *influencers* actuaban espontáneamente en las redes mostrando sus actividades usuales o normales de la vida, pero la gran repercusión que causaban sus actividades en las redes, generaron que las marcas comerciales vean, a través de ellos, nuevos vehículos para llegar a los consumidores de una manera más espontánea que a través de la publicidad tradicional. A medida que un *influencer* va ganando seguidores, y con ello poder de convencimiento en estos, la contraprestación por servir de vehículo de comunicación de las marcas pasa de la entrega de muestras gratis a la posibilidad de producir ingresos económicos, lo que en la jerga se llama “monetizar” las redes sociales.

Tenemos entonces, en un extremo a un joven simpático que muestra a sus seguidores como pasea con su pareja por Palermo mientras toma un helado al que se le puede ver la marca, hasta verdaderas empresas publicitarias montadas sobre un *influencer* en redes sociales. Así por ejemplo Kylie Jenner, una joven de 22 años, cuya profesión principal es ser *socialité* miembro de la familia Kardashian, tiene 184 millones de seguidores en Instagram.⁵ A su hermana Kim Kardashian⁶ la siguen 179 millones de cuentas. La hermanita

⁴ Bladow, Laura E, “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing”, 59 Wm. & Mary L. Rev. 1123 (2018), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol59/iss3/8>; p. 1128. Se refiere a las “non celebrity influencers” a “los individuos que han desarrollado la lealtad de sus seguidores compartiendo visiones o imágenes del día a día de sus vidas en forma online.”

⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Cuentas_de_Instagram_con_m%C3%A1s_seguidores

⁶ Kim Kardashian cobra U\$S 250.000 por cada foto que coloca en sus redes sociales promocionando productos. <https://brandmarketingblog.com/articles/branding-definitions/marketing-endorsements/#:~:text=Often%20the%20key%20element%20in,be%20either%20paid%20or%20Unpaid.>

DECONOMI

menor Kendall Jenner es la más desfavorecida de la familia, solo tiene 133 millones de seguidores. Las tres viven en EEUU, un país que tiene aproximadamente 300 millones de habitantes. Los números en Argentina son bastante más modestos, pero alcanzan para el desarrollo de un incipiente mercado de *influencers*. Así los jóvenes Kevin Roberto (Kevsho, 22 años) 3,6 millones de seguidores y Julián Serrano (26 años), 3,1 millones de seguidores son los *influencers* puros que atraen mas seguidores en nuestro país en el que vivimos 40 millones de almas.

Existe una división en la caracterización de los *influencers* en “celebridades” e “*influencers* puros”. Los primeros son personas que se han destacado en diversos campos de su actividad y que traspasan esa fama o prestigio adquirido hacia las redes sociales, pudiendo o no “monetizar” dicha influencia sobre sus seguidores. Así tenemos que el argentino con más seguidores en Instagram es Lionel Messi, quien promociona a través de esa red social productos de consumo masivo. En el caso de las celebridades, por lo general, es más fácil advertir que sus mensajes son publicitarios⁷. Entiendo que esta impresión está dada por el hecho de que hemos visto a Messi en numerosas publicidades por medios tradicionales (gráfica, TV) y el hecho de ser un deportista muy famoso, lo vemos como alguien lejano a nuestra humilde existencia. Si Messi come unas papas fritas *Lays*, no nos queda duda que cobra su buen dinero por hacerlo tanto en TV como en redes sociales.

Al lado de las celebridades, tenemos los *influencers* puros, que son personas que trascienden más por las redes sociales que por actividades fuera de ellas. Así tenemos los *youtubers*, los *instagramers* y otros personajes que han generado oleadas de seguidores en redes sociales. Estos *influencers* pueden actuar solo en las redes sociales (ej. Kevsho ya mencionado) o tener alguna otra actividad (periodista de espectáculos, modelo, cantante). Salvando los casos

⁷ Señala el Profesor Otero Lastres que *La complejidad* – para el consumidor de advertir el carácter publicitario del mensaje - *se acrecienta cuando interviene como prescriptor, no un personaje famoso y reconocible por su frecuente aparición en los medios, sino un líder específico que navega por este ámbito, que suele tener su propio sitio en la red y que es reconocido por los internautas como “influencer”, en terminología inglesa, o “persona influyente” o “líder de opinión”*. (Otero Lastres, Discurso pronunciado el 2/12/2019 con motivo de su incorporación como Académico de Número a la Real Academia de de Jurisprudencia y Legislación de España, punto 4.2.1.d, y que gentilmente me facilitó para su lectura). En adelante lo citaremos Otero Lastres, Discurso... op cit.

DECONOMI

paradigmáticos como el de Messi, Ronaldo o cantantes como Ariana Grande, Selena Gómez o el actor Dwayne Johnson, en la mayoría de los casos la frontera del *influencer* puro y de la celebridad puede ser difusa.

Este fenómeno de la fama o prestigio que puede influenciar en los seguidores para la compra de productos o servicios, es capitalizado por las marcas para difundir sus productos o servicios. Así es que mediante la conducta del *endorsement* o aval, el *influencer* se presenta ante sus seguidores como consumidor del producto anunciado y pone en evidencia las cualidades o bondades del mismo. Este boca a boca cibernético es mucho más eficaz que la publicidad tradicional. Permite a las empresas direccionar sus esfuerzos publicitarios de manera personalizada para llegar a públicos específicos que se encuentren relacionados con el *influence*⁸. El *endorsement* es una forma de dar el aval, aprobación, consentimiento o consejo en forma pública sobre un producto o servicio.⁹

El poder del mensaje de un emisor entre sus pares depende de la percepción que tengan estos acerca de la fiabilidad y la independencia del emisor respecto del titular de la marca o empresario responsable del producto o servicio referenciado¹⁰. La base de un mensaje de *endorsement* es su exactitud y la libertad con que es transmitido. La primera consiste en que el mensaje en su contenido no sea falso o engañoso¹¹ y la segunda que la persona que transmite el *endorsement* no tenga un compromiso económico con el productor del bien recomendado.¹² Y si ese compromiso existe, que se declare su

⁸ En 2009, cuando todavía no existían los *influencers*, y las redes sociales comenzaban a funcionar (Facebook y MySpace) la doctrina señalaba el fenómeno del “Social Marketing” como una técnica que consiste en enviar información sobre la interacción de personas comunes con productos o servicios a los amigos y conocidos de esa persona para estimular la demanda de esos productos. El marketing social se basa en la relación existente entre los clientes y sus amigos como conducto para un mensaje publicitario. Mc Geveran W. “Disclosure, Endorsement, and Identity in Social Marketing” University of Illinois Law Review, vol 2009, P. 1116

⁹ Finkle, Colin “Endorsements in Marketing”, publicado en “BRAND MARKETING BLOG” 28 de noviembre de 2019, <https://brandmarketingblog.com/articles/branding-definitions/marketing-endorsements/#:~:text=Oftenthe%20key%20element%20in,be%20either%20paid%20or%20unpaid.>

¹⁰ Mc Geveran, op cit p 1127.

¹¹ En este trabajo partimos de la base que el contenido del mensaje dado por el *influencer* no es engañoso. La cuestión es determinar si existe confusión en el consumidor acerca de la motivación comercial o altruista del *influencer* al emitirlo.

¹² *Ibidem*, p. 1127/8

DECONOMI

existencia para que el receptor del mensaje conozca que se trata de un contenido publicitario.

Las primeras relaciones en redes sociales se daban con personas que se conocían fuera de ellas (pares, conocidos, amigos, etc). A medida que dichos contactos se difuminan, el sujeto que nos recomienda un producto deja de ser un “amigo” para pasar a ser un *influencer*. Esta nueva realidad deja ver que, para evitar engaños o falsas expectativas de los destinatarios (eventuales consumidores), debe existir un mecanismo para declarar la relación existente entre el *influencer* y la marca o productor de los bienes o servicios que se avalan, si la existiere.

De lo contrario se incurre en lo que se denomina “publicidad encubierta” caracterizada en el artículo 9) del antiguo Estatuto de la Publicidad español de 1964, a cuyo tenor “*El público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perfectamente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad*”¹³.

La publicidad encubierta es considerada una modalidad de publicidad engañosa, pero no porque lo sea en sí mismo el contenido del anuncio, sino porque el conjunto del mensaje se presenta con tal apariencia informativa que el público no es capaz de reconocer en él su carácter publicitario. Dicho de otro modo, el anunciante disfraza de tal modo el anuncio que el público lo considera simplemente una comunicación empresarial puramente informativa. La principal consecuencia de este enmascaramiento del mensaje es que los destinatarios, al considerarlo como información y no como publicidad, le dan mayor credibilidad, un valor superior al que le otorgarían de reconocer su verdadero propósito¹⁴.

Para que un mensaje que se quiere hacer pasar por informativo acabe siendo considerado como lo que es, un anuncio publicitario, y, por consiguiente,

¹³ Citado por Otero Lastres, Discurso op y punto citados.

¹⁴- Vid. TATO, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de los líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, en RDM, nº 311, enero-marzo de 2019, pp. 49 y ss. Citado por Otero Lastres, op cit.

DECONOMI

sea subsumido en la modalidad de la publicidad encubierta se requiere la concurrencia de los tres siguientes presupuestos. El mensaje debe perseguir una finalidad publicitaria; tal finalidad no debe ser claramente reconocible por los destinatarios; y no ha de incluir advertencias que informen explícitamente al público de que se trata de una comunicación publicitaria ¹⁵.

La actuación del influencer en redes sociales se desarrolla de varios modos, todos ellos englobados en la figura del endorsement publicitario y están sistematizados en el excelente trabajo de Pflücke¹⁶. Según el autor alemán, existen las siguientes formas de promocionar productos:

1. Marketing online efectuado directamente desde cuentas de redes sociales pertenecientes a las marcas. Así las empresas poseen sus propias cuentas en redes sociales (vg. Instagram @Nike posee 117 millones de seguidores). En este escenario queda claro para el consumidor que quien avala productos es un comerciante, el mensaje publicitario es claro y no ofrece dudas.

2. Los *influencers* poseen una marca propia, con productos propios que publicitan en sus redes sociales. En este caso el consumidor puede establecer fácilmente una relación entre la marca y el *influencer* en su carácter de comerciante. Ejemplo: Wanda Nara @wanda_icardi (6,6 millones de seguidores) publica en redes sociales perfumes con su nombre que vende a través de una página web.

3. El *influencer* posee una marca y emite mensajes que no son claramente publicitarios, sino que son menciones o reportes que asemejan a pruebas o test sobre el producto o servicio. En este escenario el autor señala que siendo productos de marca del *influencer* no es necesario el disclaimer salvo que el contenido del reporte sea muy positivo para el producto. Un ejemplo local lo encontramos en el perfil de Instagram de la reconocida repostera Maru Botana

¹⁵.- Así lo señala TATO, RDM nº 311, p. 53; vid, también, TATO PLAZA/ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO/ HERRERA PETRUS, en “La reforma de la Ley de Competencia Desleal”, La Ley, Madrid, 2010, pp. 133 y ss. Ambos citados por Otero Lastres, op y punto citados.

¹⁶ Pflücke, F. “Making Influencers Honest: The Role of Social Media Platforms in Regulating Disclosures”, capítulo 11) del libro Goanta C. y Ranchordas S. (ed.), *The Regulation of Social Media Influencers* (Edward Elgar Publishing, 2020).

DECONOMI

@marubotanaok (1.4 millones de seguidores), donde el 3 de julio de 2020 posteó cinco fotos cocinando waffles con sus hijos, en tres de las cuales se aprecia claramente un pote de dulce de leche identificado bajo la denominación distintiva “Maru Botana” y sin que en la descripción se aclare que se trata de una publicidad de productos de su propia marca.. En un anterior posteo, del 27 de junio de 2020, la misma cocinera presentaba en Instragram un dulce de leche promocionándolo como marca propia, a la vez que agradecía a una prestigiosa empresa láctea, quien presumiblemente sería el elaborador de dicho producto).

4) Videos (llamados vlogs)¹⁷ en el cual el *influencer* hace videos tutoriales publicitarios (“advertorial”) que se difunden en redes sociales (webisodes). En este caso el carácter publicitario no es claro y se requiere información al destinatario de si el *vlogger* es remunerado por la empresa cuyos productos se difunden en el video.

5) *Influencers* coloca pausas publicitarias en sus videos y fotos. Se requiere un disclaimer aclarando que se trata de contenido patrocinado por la marca.

6) Exhibición de productos (*product placement*). El *influencer* inserta productos o marcas comerciales en sus fotos, videos, etc. Es la forma más común que observamos en los *influencers* argentinos. Jóvenes vistiendo remeras de marca, ropa interior, fotografías mostrando productos cosméticos, pasta dental, productos gourmet, golosinas, cápsulas de café, bebidas, electrodomésticos, etc. El *influencer* no recomienda directamente los productos, solo los exhibe. Se requiere un disclaimer ya que de otro modo no se advierte que se trata de una publicidad.

7) Esponsorio de productos sin control por la marca. La marca paga al *influencer* para que genere contenido en sus redes sociales, sin control por parte del anunciante. En Reino Unido esta forma de esponsorio no se

¹⁷ “Los Vloggers son personas con un video blog, que en lugar de escribir se lo dicen a la cámara, lo hacen en diferentes partes, allí van contando sus ideas y opiniones sobre cualquier tema que se les ocurra, haciendo varios videos cronológicamente. Un Vlogger hace más al estilo de cine.” Diferencia entre Vlogger, Blogger y YouTuber Publicada el 22 de noviembre de 2017, Gianco Briceño.

DECONOMI

consideraba publicidad por el Código de Autorregulación, pero fue incluida como tal por la Ley de Defensa del Consumidor contra la competencia desleal de (CPR) 2008.¹⁸

8) Provisión de los anunciantes a los *influencers* de productos gratis o con descuento para ser sorteados entre sus seguidores. Los *influencers* deben informar que se trata de un sorteo publicitario de la marca.

9) Redireccionamiento desde el perfil de la cuenta de red social del *influencer* hacia páginas web o perfiles de redes sociales de las empresas. Llamados "*affiliate links*". El *influencer* coloca una foto y en la misma foto o video o en la descripción de la misma coloca un enlace con una página web de la marca o bien solamente el "@marca" que permite redirigir al seguidor hacia la cuenta en la red social de la empresa donde se pueden adquirir los productos. En algunos casos más sofisticados el *influencer* es remunerado a tanto por cada usuario que ingresa al link de la empresa a través de la cuenta del *influencer*. Tanto en Reino Unido como en Alemania se requiere efectuar un disclaimer en el cuadro explicativo de que se trata de un link publicitario.

Estos escenarios en los que participa el *influencer*, nos lleva a intentar encuadrar jurídicamente su actuación. Las distintas actividades de los *influencers* son mensajes publicitarios? Debe el *influencer* cumplir con la normativa de un proveedor o un comerciante en cuanto está ejerciendo una actividad publicitaria? Qué responsabilidad le cabe al *influencer* que oculta a sus seguidores que el *endorsement* (aval) es remunerado?

Las dos cuestiones esenciales en la publicidad por estos medios son: cuando y como el influencer debe informar (efectuar un "disclaimer") a los destinatarios de su mensaje, que estamos en presencia de un contenido publicitario?

Cuando el influencer actúa siguiendo su propio criterio al intervenir en un anuncio para expresar sus propias opiniones y experiencias respecto del producto o servicio anunciados estamos en presencia de "publicidad

¹⁸ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/1277/contents/made>

DECONOMI

testimonial”¹⁹. Por el contrario si su opinión está condicionada ya sea porque el anunciante controla o verifica el contenido del anuncio o porque el influencer recibe algún beneficio por su intervención en el mismo, si no lo declara estamos en presencia de publicidad encubierta. En los Estados Unidos existe publicidad encubierta si se demuestra la existencia de una “conexión material” entre el anunciante y el influencer. Esta conexión material es una relación ya sea de control o de percepción de algún tipo de beneficio por parte del influencer. Y debe ser declarada para clarificar el carácter publicitario del mensaje.

Para intentar responder a cuando y como debe ser informado el consumidor del carácter publicitario del mensaje, en el Derecho Comparado se aborda el tema a partir de dos posibles soluciones. La primera es la aplicación de reglas conocidas en forma previa a la aparición del fenómeno. En particular, las normas vinculadas a la lealtad comercial o competencia desleal, normas vinculadas a la actividad publicitaria y a la defensa de los usuarios y consumidores. El segundo remedio pasa por reglamentar la actividad de los *influencers* mediante instrumentos creados específicamente para tal finalidad.

3) Regulación de la actividad de los *influencers* en Europa. Viejas reglas para nuevos escenarios²⁰.

¹⁹ Otero Lastres, op y punto cit.

²⁰ Bibliografía del capítulo: Vilajoana Alejandro S y otros “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers”, Revista Mediterránea de Comunicación publicado 1/7/2019 Nro 10 (2) pg 115 a 119; ; Goanta C. y Ranchordas S. (ed.), *The Regulation of Social Media Influencers* (Edward Elgar Publishing, 2020). Contiene los siguientes capítulos relevados: Capítulo Introductorio: GOANTA C y Ranchordas S. The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction. Capítulo 1 Free Speech and the Right of Publicity on Social Media. Ernesto Apa y Oreste Pollicino Capítulo 9. Ducato, Rossana. “One hashtag to Rule Them All? Mandates disclosures and Design Duties in influencer Marketing Practices”, Capítulo 11 Pflücke, F. “Making Influencers Honest: The Role of Social Media Platforms in Regulating Disclosures”. Artículos: Riefa, C. “Beyond e-commerce: some thoughts on regulating the disruptive effect of social (media) commerce (Além do comércio eletrônico: algumas reflexões sobre a regulação dos efeitos maléficis do comércio social (mídia)”, publicada en Revista de direito do consumidor RDC (Brazil) 127 (Jan-Feb 2020),281-304.; Riefa C. y Clausen L “ Towards fairness in digital influencers’ marketing practices” publicado en número 8 (2019) EuCML Journal of European Consumer and Market Law – (12 April 2019).; Trzaskowski, Jan Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-06.

DECONOMI

La actividad de los *influencers* y el *endorsement* que estos prestan a productos en redes sociales es analizada en derecho europeo a la luz de las normas de protección contra las prácticas desleales contra los consumidores, en particular la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005.²¹

El sistema de represión contra la competencia desleal, ampliado ahora como sistema de represión de “prácticas desleales” se basa en una técnica legislativa que combina una cláusula general flexible que permite incorporar diversos supuestos de ilícitos civiles sin tipificarlos, conjuntamente con el sistema de “listas negras” en los cuales se mencionan taxativamente las conductas. Es decir, que una conducta incluida en la lista negra cae sin duda bajo la sanción como ilícito concurrencial²².

La actividad de los *influencers*, en la medida que ocultan la vinculación comercial con las marcas que avalan, puede caer bajo la cláusula general prevista en el art. 7 de la Directiva, que legisla las “omisiones engañosas”.²³

²¹ Texto en español: <https://www.boe.es/douj/2005/149/L00022-00039.pdf> Las Directivas de la Unión Europea son normas programáticas que deben ser obligatoriamente incorporadas a los ordenamientos nacionales. Así la Directiva fue incorporada en todos los países de la Unión, en algunos mediante la sanción de una ley especial como ser en Reino Unido por Ley de Defensa del Consumidor contra la competencia desleal de (CPR) 2008, y en otros como en España mediante la reforma de la Ley de Competencia Desleal 3/1991. Respecto de España ver el trabajo “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales.” Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno la Asociación Española de Defensa de la Competencia. Autor JOSÉ MASSAGUER http://www.aedc.es/wp-content/uploads/directiva_2005_29_CE_pract_comerc_desleales.pdf En Alemania también se optó por modificar la Ley de Competencia Desleal en 2008. Al respecto en Pflücke se vierten críticas sobre el modo de implementación, op cit p. 7

²² Escribí hace muchos años uno de los primeros trabajos en nuestro país sobre “Competencia desleal” desde el derecho comercial, explicando la técnica legislativa y sobre todo marcando una clara diferenciación entre la “Competencia desleal” y la “Defensa de la competencia”. En aquel entonces la competencia desleal era un tema de derecho penal (delito de concurrencia desleal) y no se apreciaba la riqueza de las normas de competencia desleal en el derecho privado para regular las conductas en el mercado. Martínez Medrano: "La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado" Jurisprudencia Argentina Vol. JA 2002-I-1039 (2002) se puede descargar una copia aquí: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/20/>

²³ El Art 7 de la Directiva establece: *Omisiones Engañosas: 1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción*

DECONOMI

Algunos autores²⁴ dudan de que la Directiva pueda ser aplicada a los *influencers*, ya que ésta requiere que el sujeto destinatario de la norma sea “comerciante”. Otros señalan que en la medida que el *influencer* actúa a través de una delegación del titular de la marca (el anunciante) la actividad de *endorsement* siempre es comercial cuando recibe algo a cambio (dinero, productos gratis, descuentos, etc).²⁵ La discusión se presenta sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE en el asunto C 391/12, la cual entendió que no era una conducta comercial la llevada a cabo por un editor de un periódico gratuito que editorializaba en favor de un producto, sin aclarar que se trataba de contenido pago.²⁶ Mientras que para unos autores la situación del *influencer* se puede asimilar al Editor del periódico, para otros²⁷, su situación es diferente y cae bajo la descripción de la Directiva.

A su vez, en el Anexo I de la Directiva existe una lista negra que describe 31 conductas que se consideran prácticas desleales en todos los casos, de las cuales sólo nos interesan los puntos 11) y 22) que transcribimos a continuación, en cuanto pueden ser aplicables a la actividad de los *influencers*.

11) *Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante*

con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

2. *Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.*

3. *Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para poner la información a disposición del consumidor por otros medios.*

²⁴ Riefa y Clausen, “Toward fairness....” Op cit..

²⁵ Ducato, “One Hashtag...” Op cit.

²⁶ Link a la sentencia en español: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DFDA7DB8BE84F852AD4F5844EC277211?text=&docid=143188&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9741341>

²⁷ Trzaskowski: “Identifying the Commercial Nature...” Op cit., p. 85

DECONOMI

imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (publirreportajes).

22) *Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un comerciante no actúa a los fines propios de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor.*

Pflücke²⁸ entiende que estas dos conductas tipificadas pueden ser aplicadas a la actividad de los *influencers*. El autor alemán sostiene la ilicitud de la conducta del *influencer* que omite informar que un posteo es remunerado por un tercero (el anunciante) o el que genera falsamente la creencia que es un mero consumidor del producto.²⁹ Si la conducta no cae típicamente dentro de los supuestos de la lista negra 11) o 22), su conducta puede ser perseguida por ser una omisión engañosa por la cláusula general. Es coincidente la opinión de Trzaskowski³⁰ quien indica que es una omisión engañosa en los términos del art 7 (2) de la Directiva no identificar que el posteo tiene intencionalidad comercial, siempre que esa intencionalidad no resulte obvia del propio texto del posteo.

En el derecho español, Otero Lastres enseña que se “habrá que calificar un mensaje como publicitario cuando existan indicios claros y manifiestos del carácter publicitario del anuncio, como por ejemplo, la focalización del mensaje en un único producto en lugar de en varios; o la exaltación de la ventajas de un único producto sin hacer referencia a sus inconvenientes ni a los productos competidores; o la selección de alabanzas hacia el producto en cuestión en lugar de combinar valoraciones de todo tipo. Todos estos son indicios con los que puede defenderse el carácter publicitario del mensaje por encima de su dimensión puramente informativa”³¹.

La forma de efectuar la aclaración está determinada por la extensión del mensaje de *endorsement* (art 7.3 Directiva).

En Alemania se resolvió que adicionar #ad (de *advertisement*/publicidad) en la descripción que acompaña las fotos o videos no

²⁸ Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit.

²⁹ Ibidem en pg 13.

³⁰ Trzaskowski: “Identifying the Commercial Nature...” Op cit p. 85

³¹ Otero Lastres, Discurso.... Op cit.

DECONOMI

era suficiente disclaimer. Debía indicarse claramente que era una publicidad³². Eran fotos publicitarias cuyo aspecto no difería de otros posteos que no eran remunerados en una cuenta de Instagram, por ello el espíritu comercial del posteo remunerado no era obvio. Además el posteo contenía una cantidad de *emojis* que lo hacían más informal. En definitiva era engañoso su carácter publicitario. En otro caso se determinó que agregar @ o # delante de la marca publicada (@marca o #marca) en el posteo no era suficiente información.³³ Consistía en una foto con un link al sitio de la marca en Instagram. Del mismo modo no se consideró suficiente el hecho de “etiquetar” la marca del anunciante.³⁴

En Reino Unido, la Autoridad de aplicación en materia de publicidad (Advertising Standards Authority) consideró que colocar las etiquetas “gracias a @*marcadefitness* por los productos usados en este video” y “gracias a nuestros sponsors” no era una declaración suficiente que informara que se trataba de una publicidad.³⁵ La ASA emitió una guía para ayudar a los *influencers* a clarificar el contenido publicitario de sus posteos.³⁶ Por su parte, contrariamente a lo resuelto en Alemania, para la ASA colocar el término #ad es lo mínimo que se requiere al *influencer* para distinguir sus posteos comerciales. Esta recomendación se realizó luego de realizar una encuesta según la cual el consumidor británico advierte que el término #ad indica el contenido pago de un posteo.³⁷

En Suecia el Tribunal de Patentes y Marcas en el caso PMT 798-19 determinó que el diseño de la publicación del blog de un *influencer* no cumplía los requisitos de identificación que permitiera al consumidor advertir que se trataba de un aviso publicitario. Ello porque el diseño en la nota publicitaria no

³² Tribunal Regional de Hannover, sentencia de fecha 8/3/2017, caso “Celle” cit por Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit.

³³ Tribunal Regional de Hagen, sentencia de 13 de septiembre 2017, citado por Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit..

³⁴ Tribunal de Berlin 24.5.18, ibídem.

³⁵ Decision de 7 de marzo de 2018. Pflücke, ibídem.

³⁶ An Influencer’s Guide to making clear that ads are ads. <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>

³⁷ Stewart, R. “ASA says #ad is ‘necessary as a minimum’ as it ups the ante on influencer disclosure”, publicado en The Drum el 5/9/2019. <https://www.thedrum.com/news/2019/09/05/asa-says-ad-necessary-minimum-it-ups-the-ante-influencer-disclosure>

DECONOMI

difería significativamente del diseño del contenido editorial en el blog. El título de la publicación del blog, "Un par no es suficiente", según el tribunal, no era suficiente en el sentido de que un consumidor promedio podría, con un breve vistazo, ser capaz de clasificar el contenido como marketing. El texto incluía una línea que decía que la publicación estaba "en colaboración con" la compañía de anteojos de sol. Sin embargo, el tribunal observó que el *influencer* había utilizado el mismo texto ("en colaboración con") en publicaciones que el tribunal consideró como contenido editorial, y el texto no diferenciaba entre colaboraciones remuneradas y no remuneradas, ya que simplemente informa que "hay una colaboración" o se utilizaba el #colaboración. Según el tribunal, es esencial que el consumidor promedio pueda comprender si el *influencer* está siendo compensado por la publicación o no para tomar decisiones de compra informadas. El texto que informa sobre la colaboración también fue significativamente más pequeño que el título y no fue diseñado para que el lector le preste atención. Las imágenes fueron, según el tribunal, la parte más destacada de la publicación del blog, eclipsando el texto. Además, las imágenes se colocaron y diseñaron de tal manera que no estaba claro para los consumidores que las imágenes eran contenido de marketing. Las imágenes de los anteojos de sol se presentaron solas, entre las imágenes de la persona influyente que llevaba los anteojos, y se consideró difícil para los consumidores comprender que la publicación del blog incluía marketing. Al evaluar la publicación de Instagram, el tribunal emitió un juicio similar y también consideró que la publicación de Instagram no cumplía con los requisitos de identificación adecuada del contenido de marketing. El texto en la publicación le dio al consumidor promedio, al menos, alguna indicación de que la publicación era contenido de marketing, pero no se consideró lo suficientemente claro como para que un consumidor promedio entendiera por una breve mirada que el contenido era marketing. La referencia "colaboración" también se indicó en la publicación de Instagram, y de la misma manera que en la publicación del blog se consideró inadecuada por el tribunal, ya que no había posibilidad para el consumidor de evaluar si se había recompensado la publicación. El tribunal declaró que el *influencer* contribuyó significativamente al marketing, pero como el marketing se refería a los productos de la compañía de anteojos de sol y se realizó en interés de dicha compañía, al *influencer* sólo se le hizo responsable de contribuir al

DECONOMI

marketing desleal y no como el responsable principal. Al *influencer* se le prohibió, bajo pena de una multa, contribuir a la promoción de anteojos de sol de la misma manera que este caso en cuestión, o de manera similar.³⁸

4) La actuación de la FTC en los Estados Unidos. El caso Fyre. Demandas colectivas.³⁹

En los Estados Unidos la actividad de los *influencers* cae bajo la órbita de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission o FTC) que es un organismo creado en 1914 por la ley FTC (*FTC Act*) con el objetivo de

³⁸ Caso reportado por Karin Soderberg y Kajsa Zenk en el sitio de la firma de abogados Bird&Bird. “Un comentario sobre la decisión del Tribunal de Patentes y Mercado de Suecia en el caso PMT 798-19.” <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/sweden/swedish-case-law-influencers-have-to-properly-identify-marketing-content-but-only-if-it-is-marketing>

³⁹ Bibliografía del capítulo: Bladow, Laura E, Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing, 59 Wm. & Mary L. Rev. 1123 (2018), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol59/iss3/8>; Khuong, Aimee, “Complying With the Federal Trade Commission’s Disclosure Requirements: What Companies Need to Know When Using Social-Media Platforms as Marketing and Advertising Spaces”, 13 Hastings Bus. L.J. 129 (2016). Available at:

https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol13/iss1/4

Arunesh Mathur y ot. “Endorsements on Social Media: An Empirical Study of Affiliate Marketing Disclosures on YouTube and Pinterest” publicado en Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction November 2018 Article No.: 119 <https://doi.org/10.1145/3274388>

Goanta C., “Consumers on Fyre: Influencer Marketing and Recent Reactions of the United States Federal Trade Commission” Transatlantic Antitrust and IPR Developments Bimonthly Newsletter Issue No. 3/2017 (June 12, 2017)

Garson, Jack “How To Be An Influencer And Not Get Sued” publicado Mayo 7, 2019, Rvista Forbes: <https://www.forbes.com/sites/jackgarson/2019/05/07/how-to-be-an-influencer-and-not-get-sued/#70316820645a>

Higgins, Matt “Fyre Festival Aftermath: New Rules for Influencers?” publicado marzo 25, 2019 University of Cincinnati Law Review <https://uclawreview.org/2019/03/25/fyre-festival-aftermath-new-rules-for-influencers/>

Feinman, Leah W., Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising: How the FTC Regulations Fail to Keep Up with the Kardashians, 22 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 97 (2011). disponible: <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol22/iss1/10>

Serwin, Andrew “The Federal Trade Commission and Privacy: Defining Enforcement and Encouraging the Adoption of Best Practices, 48 SAN DIEGO L. REV. 809 (2011).” Disponible en: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol48/iss3/4>

Deal, Timothy E. “Moving Beyond “Reasonable”: Clarifying the FTC’s Use of Its Unfairness Authority in Data Security Enforcement Actions”, 84 Fordham L. Rev. 2227 (2016). Disponible: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol84/iss5/14>

Cross Lauren B., “Results Not Typical”: The Impact of the Federal Trade Commission's New Guidelines for Endorsements and Testimonials, 32 WITTIER L. REV. 121, 121–22 (2010).

DECONOMI

proteger a los consumidores y promover la competencia. Es una agencia independiente que se dedica, entre otros menesteres, a la protección de los consumidores mediante la detención de las prácticas desleales, engañosas o fraudulentas en el mercado, realizando investigaciones y dictando normativa en dichos campos así como también en materia de publicidad engañosa. La FTC a su vez tiene legitimación activa en el campo judicial para perseguir incumplimientos en materia de lealtad comercial y defensa del consumidor.⁴⁰

El andamiaje legal para la actuación de la FTC en la regulación de la publicidad a través de los *influencers* está anclado en el art. 5º a) de la *FTC Act* que faculta a ese organismo a perseguir las conductas o prácticas comerciales engañosas (*deceptive*) o desleales (*unfair*) las que se consideran ilegales⁴¹.

La FTC define las prácticas “engañosas” como una representación material, práctica u omisión que pueda inducir a error a un consumidor que actúe razonablemente, y que le cause un daño. Para demostrar que un acusado ha actuado con "engaño" en violación del artículo 5, la FTC debe probar tres elementos: (1) hubo una representación material, una práctica o una omisión, (2) que pueda inducir a error a los consumidores en forma probable y 3) que los consumidores actuaban razonablemente según las circunstancias del caso en concreto⁴².

Un acto o práctica es "desleal"⁴³ si genera o puede generar un daño sustancial al consumidor que no sea razonablemente evitable y que no se compense con beneficios compensatorios para los consumidores o para la competencia". 15 U.S.C. Segundo. 45 (n).

Para considerar si una práctica es desleal se han de tener en consideración tres elementos: a) si se causa un daño a los consumidores, b) si

⁴⁰ Khuong, Aimee. “Complying With the Federal Trade.....” op cit, p 131.

⁴¹ Deal, op cit.

⁴² Caso FTC v. Verity Int’l, Ltd., 124 F. Supp. 2d 193, 200 (S.D.N.Y. 2000) citado por Deal, ib. p. 2233.

⁴³ La Corte Suprema de los EEUU sostuvo que la definición de práctica desleal no podía ser un concepto rígido, debía ser elástica de modo de no restringir irrazonablemente la actuación de la FTC. US Sup Court FTC v. Sperry & Hutchinson Co (1931) https://en.wikipedia.org/wiki/FTC_v._Sperry_%26_Hutchinson_Trading_Stamp_Co.

DECONOMI

se viola una política pública antes establecida⁴⁴ y c) si la conducta es inescrupulosa o contraria a la ética.⁴⁵ De los tres factores, el fundamental es que la práctica cause un daño a los consumidores, el cual debe ser a) sustancial⁴⁶, b) no evitable razonablemente por los consumidores y c) que no se compense con otros beneficios a los consumidores o a la competencia generados por dicha práctica.⁴⁷

A partir de 1975 las facultades de la FTC fueron ampliadas y se habilitó al organismo a dictar guías o recomendaciones generales aplicables a determinada industria.⁴⁸ Así es que en los años '80 se redactaron las Guías para regular las relaciones entre los anunciantes y los *endorsers* (Advertisement Endorsement).

A los fines de su actuación, la FTC definió al “*endorsement*” como un mensaje publicitario emitido por una persona distinta al titular de los productos promocionados, el cual los consumidores puedan creer, refleja la opinión, creencia, hallazgo o experiencia del endosante.⁴⁹ Los *endorsements* (avales) son una herramienta importante para anunciantes y pueden ser persuasivos para los consumidores.⁵⁰

El *endorsement* debe reflejar la opinión honesta del endosante y no se puede utilizar a estos últimos para hacer manifestaciones que estuvieran prohibidas al anunciante.⁵¹

⁴⁴ Se considera política pública por ejemplo una regla establecida por una norma (ley, decreto, resolución), por la jurisprudencia, por los usos comerciales o industriales (ej. Códigos de conducta de Cámaras empresariales) o por otros medios. Serwin, op cit p. 831.

⁴⁵ Deal, op cit p. 2234. Por su parte Serwin señala que el requisito es redundante porque una conducta que es antiética puede típicamente producir daño al consumidor o violar una política pública. Op cit p. 832.

⁴⁶ El daño sustancial es el económico o los daños o riesgos injustificados para la salud y la seguridad pero no se incluyen en el concepto el mero impacto emocional u otros aspectos subjetivos. Ver. Serwin, op cit.

⁴⁷ Deal, Ibidem. También Serwin, op cit pg 829. Este último señala que si el daño a los consumidores se compensa con un beneficio para la sociedad la conducta podría no ser considerada desleal.

⁴⁸ Khuong, Aimee. “Complying With the Federal Trade....” op cit P 132

⁴⁹ Feinman, op cit Señala este autor que para celebridades, el mero uso de un producto en público (tv, redes sociales) implica la existencia de un *endorsement*.

⁵⁰ Khuong, op cit p. 132

⁵¹ Feinman, ibídem.

DECONOMI

Si bien no existen sanciones penales o civiles por el incumplimiento de las guías, dicha infracción hace presumir que el anunciante ha incurrido en una práctica desleal o engañosa en los términos del art. 5º de la Ley y se le puede abrir una investigación por la FTC.

En materia de publicidad testimonial, las Guías establecen que el anunciante (y el endosante) deben informar claramente si existe entre ellos una conexión material que pueda afectar la percepción que los consumidores tienen sobre el mensaje publicitario.⁵²

La conexión material se definió como la que puede afectar materialmente el peso y la credibilidad del endoso publicitario por el destinatario del mismo (el consumidor).

Las Guías sobre *Endorsement* fueron modificadas en octubre de 2009 para adecuarlas a la publicidad efectuada con las nuevas tecnologías, en particular a través de Internet y redes sociales, incluyendo blogs y tuits. La regla de la información al consumidor sobre la conexión material entre el *endorser* y el anunciante se mantuvo sin cambios. Mediante esta Guía la FTC clarificó que si un anunciante solicita un *endorsement* a un tercero (ej. Una figura pública o celebridad o un *influencer*), dicho endoso está sujeto a la Guía y por lo tanto, debe denunciarse la conexión material entre el *influencer* y el anunciante. Esta conexión material abarca la recepción de dinero, pero incluso la entrega de muestras o productos gratis, descuentos, etc.⁵³

El primer caso concreto en que la FTC actuó en materia de publicidad en redes sociales es el caso “Cole Haan” de marzo 2014. La empresa es un fabricante de calzado y fue notificado por FTC del inicio de una investigación por violación al art. 5 FTC Act. La compañía realizó un concurso entre sus seguidores requiriendo publicar fotos en Pinterest de productos con el #Wanderingsole (una marca comercial). Quien tuviera el posteo más creativo ganaría U\$S 1.000 en productos. La FTC consideró que dichos posteos eran *endorsement* porque los seguidores que los colocaban estaban incentivados por el premio del concurso. Más adelante la propia FTC decidió retirar su reclamo considerando el poco éxito

⁵² Ibidem p. 133.

⁵³ Cross, op cit.

DECONOMI

que había tenido el concurso y a que la conducta no era una clara infracción, ya que no había una evidente conexión material entre los concursantes y la compañía.⁵⁴

También en 2014 la FTC inició investigaciones contra SONY debido a que la compañía había pedido a sus empleados que endorsaran en redes sociales la PlayStation Vita, y omitieron denunciar la conexión material entre éstos y la compañía, lo que resultó en una violación de la Guía de Endorsement. La compañía se comprometió a cesar la conducta y elevar un reporte de sus futuros *endorsements* durante 5 años.⁵⁵ La Compañía Nordstrom entregó a *influencers* en Twitter una tarjeta de regalo de U\$S 50 por emitir opiniones favorables sobre una tienda de próxima apertura. La compañía para evitar proceso judicial acordó modificar su política publicitaria en materia de *endorsement* para cumplir con la Guía de la FTC.⁵⁶

Otro caso fue iniciado en abril de 2015 contra la empresa Lord & Taylor una tienda de lujo (department store) que había reclutado cincuenta bloggers populares en el ambiente de la moda y el diseño, a los cuales se les entregó un vestido de la colección 2015 y se les pagó por publicar una foto de ellos usando el vestido en sus cuentas de Instagram con el hashtag "#DesignLab". La campaña fue un éxito entre los fanáticos de la moda y el vestido se agotó inmediatamente. Sin embargo, ninguno de los bloggers reveló que habían recibido pagos de Lord & Taylor para publicar las fotos. Según la FTC, los bloggers debían revelar a sus seguidores que había una conexión material entre ellos y Lord & Taylor porque les pagaron sus publicaciones de Instagram. En un tardío intento por cumplir con las pautas de la FTC, algunas de las publicaciones de Instagram fueron editadas agregando el hashtag "#ad".⁵⁷ En 2016 la compañía infractora llegó a un acuerdo con la FTC⁵⁸ La compañía reconoció la infracción y acató la orden de la FTC de no reiterar la conducta y

⁵⁴ Khuong, Aimee op cit, pg 137

⁵⁵ Ibidem p. 146.

⁵⁶ Ibidem p. 146.

⁵⁷ Khuong, op cit p. 137.

⁵⁸ <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/lord-taylor-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers-through> (nota de prensa de la FTC en inglés).

DECONOMI

develar claramente toda publicidad efectuada por *influencers* en Redes Sociales en forma clara y comprensible para el consumidor.⁵⁹

En 2017 ocurrió un verdadero escándalo en redes sociales y en la prensa de los EEUU a raíz del malogrado Festival FYRE, por el cual a través de cuentas de famosos *influencers* se publicitaba un lujoso festival en Bahamas, el que no se realizó y demostró ser un gran timo para los compradores de entradas del mismo. El caso incluso dio lugar a dos películas emitidas por Netflix⁶⁰ y Amazon en 2019.⁶¹

Debido al estado público que tomó la situación y a que, la mayor parte de la difusión publicitaria del evento se realizó a través de *influencers* que habían publicado posteos engañosos en Instagram, es que la FTC, el 19 de abril de 2017, comenzó una campaña de concientización/inducción mediante el envío de más de noventa cartas a los influencers con más trascendencia.⁶²

La cuestión no quedó allí. Debido a que a causa del Festival Fyre se produjeron daños concretos a los consumidores, se iniciaron no menos de ocho demandas colectivas, de las cuales la que nos interesa en este trabajo es la que se inició contra los *influencers*. El caso se llama Chynery c/ Fyre Media⁶³. Los demandados fueron los organizadores del evento y una serie indiscriminada de *influencers* (Denominados en la demanda Does 1 al 100). En la demanda se alega que los organizadores pagaron a más de 400 *influencers* para avalar y promocionar el festival en sus cuentas de redes sociales. Los *influencers* publicaron en Instagram, Twiter, Facebook , entre otras, con el hashtag #FyreFestival. El demandante argumentó que los *influencers* habían violado la Guía de la FTC al hacerse pasar por “invitados de lujo” al Festival y por haber

⁵⁹ Acuerdo completo (inglés).

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160315lordandtaylororder.pdf>

⁶⁰ Fyre: la fiesta exclusiva que nunca sucedió. <https://www.netflix.com/title/81035279>

⁶¹ Una reseña bastante exhaustiva en inglés en Wikipedia https://en.wikipedia.org/wiki/Fyre_Festival. La noticia en la BBC en español: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39755133>

⁶² Goanta, “Consumer on Fyre....” Op cit p 36. Reporte de prensa de la FTC: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> Texto de la carta modelo (inglés): https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose-relationship/influencer_template.pdf

⁶³ Ver la demanda (en inglés) en el siguiente link: <https://www.truthinadvertising.org/wp-content/uploads/2018/10/Chinery-v-Fyre-complaint.pdf>

DECONOMI

ocultado la conexión material (su remuneración) con los organizadores. La demanda fue presentada en un tribunal estatal de California y se argumentó la violación de la Ley de Competencia Desleal de ese Estado que prohíbe la publicidad falsa, desleal o engañosa. La demanda fue luego retirada del Juzgado, habiendo dado la explicación sus abogados de que la reiniciarían en un Tribunal Federal, sobre lo que no tenemos conocimiento hasta la fecha.

A partir del caso Fyre, la FTC ha sido más activa y abrió en su página un formulario de “Preguntas y respuestas” para ir actualizando sus normas a medida que la tecnología va avanzando.

En septiembre de 2017 la FTC emprendió la primera acción directa contra *influencers*.⁶⁴ En esa ocasión la denuncia fue presentada contra los raperos Trevor “TmarTn” Martin y Thomas “Syndicate” Cassell. Los denunciados son *influencers* muy seguidos en el mundo de las apuestas online que recibieron una demanda administrativa⁶⁵ por endosar engañosamente el servicio de juegos de azar en línea CSGO Lotto (Counter-Strike: Global Offensive), omitiendo revelar que eran propietarios de la compañía que lo comercializaba. Según la FTC, presuntamente, también les pagaron miles de dólares a otros influyentes reconocidos para promocionar el sitio web del juego en YouTube, Twitch, Twitter y Facebook, sin exigirles que revelaran en sus posteos en los medios sociales que habían recibido un pago. La orden de consentimiento de la FTC estableció que Martin y Cassell debían revelar de manera clara y destacada cualquier conexión material con un endosante o entre un endosante y cualquier producto o servicio promocionado.

La última información que poseemos es que el organismo continúa su política de concientización mediante la emisión de circulares dirigidas a los

⁶⁴ Nota de prensa FTC en español: <https://www.ftc.gov/es/noticias/2017/09/los-propietarios-de-csgo-lotto-resuelven-la-primera-demanda-jamás-entablada-contra>

⁶⁵ La Comisión presenta una demanda administrativa cuando existe una “razón para creer” que la ley ha sido o está siendo violada, y cuando considera que el procedimiento es de interés público. Cuando se expide una orden por consentimiento de carácter final, posee fuerza de ley con respecto a las futuras acciones. Cada infracción a una de estas órdenes puede ser sancionada con una multa administrativa de hasta \$40,654 dólares.

DECONOMI

influencers. La última fue emitida en noviembre de 2019 y lleva el nombre de Recomendación 101.⁶⁶

Otro organismo estadounidense que ha aplicado multas en materia de publicidad ilegal a *influencers* en redes sociales es la Comisión de Valores de EEUU (SEC en su sigla en inglés). En noviembre de 2018 se dio a conocer que había multado al archifamoso boxeador Floyd “Money” Mayweather y al rapero Dj Khaled por haber omitido informar que habían sido remunerados para publicitar en Twiter e Instagram la emisión inicial de bitcoins de la empresa Centra Tech. La SEC había advertido previamente que la emisión de bitcoins se consideraría como emisión de títulos valores, y que por lo tanto, caía bajo su regulación. Luego de ser demandados por el regulador, “Money” Mayweather acordó el pago de 600 mil dólares entre devolución del dinero cobrado por el anuncio, multas y daños. El rapero pagó 150.000 dólares por los mismos conceptos.⁶⁷

En el reporte de prensa de la SEC se lee: *“Los inversores deben ser escépticos con respecto a los consejos de inversión publicados en las plataformas de redes sociales, y no deben tomar decisiones basadas en el respaldo de celebridades”, dijo el codirector de la División de Aplicación Steven Peikin. “Los influenciadores de las redes sociales a menudo son promotores pagados, no profesionales de la inversión, y los valores que venden, independientemente de si se emiten utilizando certificados tradicionales o en la cadena de bloques (block chain), podrían ser fraudes”.*

5) PANORAMA INTERNACIONAL DE LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN EN MATERIA DE PUBLICIDAD DIGITAL.

a) REINO UNIDO.

En el Reino Unido la publicidad a través de *endorsement* es controlada por la A.S.A. (Advertising Standards Authority / Autoridad sobre

⁶⁶ Nota de prensa en español: <https://www.ftc.gov/es/consejos/para-empresarios/divulgaciones-101-para-influenciadores-de-los-medios-sociales>. Contenido de la recomendación (pdf inglés): https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1001a-influencer-guide-508_1.pdf

⁶⁷ Reporte de la Comisión de Valores de EEUU: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-268>

DECONOMI

Estandarización de la Publicidad)⁶⁸ y por la C.M.A. (Competition and Markets Authority / Autoridad de la Competencia y el Mercado)⁶⁹.

En septiembre de 2018, ambos organismos, conjuntamente con CAP (la Cámara de Anunciantes de Publicidad) emitieron una Guía denominada: “*Influencers’ guide to making clear that ads are ads*” (Guía para *influencers* para dejar claro que una publicidad es una publicidad).⁷⁰

La Guía establece que los anunciantes por medios digitales, deben cumplir con el Código de autorregulación publicitaria británico⁷¹. Esta publicidad digital incluye la efectuada por cualquier medio digital incluyendo redes sociales y cualquier otra forma de interactuar en internet.

Solo mencionaré las normas del Código que tienen relación con la publicidad a través de *influencers*.

La regla 2.1 del Código establece que toda comunicación comercial debe estar identificada como tal.

La regla 2.3 indica que las comunicaciones comerciales no deben falsamente indicar en forma expresa o implícita que el emisor (anunciante o *influencer*) actúa como un consumidor, ocultando que lo hace en función de su negocio, arte o profesión. Las comunicaciones de marketing deben claramente indicar su intención comercial si ello no resulta obvio del propio contexto en que son emitidas.

La regla 2.4 indica que los emisores o anunciantes deben dejar claro que los anuncios “advertorial” o “infomerciales” (ej. publrreportajes o consejos publicitarios) son comunicaciones comerciales, por ejemplo encabezándolos como “anuncio publicitario”.

Otras reglas del Código, no relacionadas directamente a los *influencers*, abordan la publicidad engañosa, desleal, reglas sobre sorteos o

⁶⁸ <https://www.asa.org.uk>

⁶⁹ <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

⁷⁰ Texto completo en inglés: <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf>

⁷¹ <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes/non-broadcast-code.html>

DECONOMI

concursos, publicidad de productos específicos (para niños, medicamentos, alcohol, productos financieros, juego, etc).

En la introducción de la Guía se resume la conducta que es esperable de un *influencer*.

Cuando una marca paga a un influencer por efectuar un posteo que promueva o avale su marca, productos o servicios, dicho posteo queda sujeto a las leyes de protección al consumidor. Se entiende por pago cualquier forma de entrega de dinero, otorgamiento de una comisión, entrega de productos o servicios gratuitos (ya sean solicitados por el influencer o entregados espontáneamente por la marca), o cualquier otro incentivo.

Esto significa que cuando usted reciba un pago de una marca, debe informarlo en cualquier posteo relevante (ej. cuando usted se refiere o informa las características de la marca, sus productos o servicios en cualquier forma o cuando el contenido es controlado por la marca). Debe actuar del mismo modo cuando usted esta posteando promocionando productos de terceros ('affiliate marketing'). Usted también debe aclarar cuando está posteando sobre sus propios productos o servicios (ej. productos que usted ha creado o que comercializa o algún evento que usted está organizando o cualquier sorteo que usted esté organizando).

Obviamente que si usted recibe una cantidad de dinero para crear o postear algún contenido, esto cuenta como "pago". Pero esta no es la única forma de arreglo que hay que declarar. Si usted tiene alguna suerte de relación comercial con la marca, como ser su "embajador" o recibe gratuitamente productos, regalos, servicios, viajes, estadías en hoteles, etc. Esto también califica como "pagos". No hay nada de malo en recibir dinero por crear contenido, pero usted debe ser sincero acerca de ello con su audiencia.

En agosto de 2018 la CMA inició un procedimiento de oficio contra una serie de *influencers* británicos que no informaban claramente su relación material con las marcas que promocionaban.⁷² A consecuencia de los requerimientos, el 23 de enero de 2019, 16 personas influyentes se han

⁷² <https://www.gov.uk/government/news/celebrities-and-social-media-stars-investigated-for-not-labelling-posts>

DECONOMI

comprometido a mejorar las divulgaciones en sus publicaciones en las redes sociales para dejar en claro cuándo se les ha pagado o incentivado para respaldar un producto o servicio.⁷³

b) FRANCIA

En la República, el organismo regulador de la publicidad es la Autoridad Reguladora de Publicidad Profesional (ARPP⁷⁴).

El 28 de junio de 2017 se adoptaron las reglas que rigen la relación entre las marcas y los *influencers*. Estas reglas, que forman parte del "Código de comunicación publicitaria digital"⁷⁵ se basan en dos reglas:

Regla 1, Transparencia: cualquier colaboración comercial debe ser visible para el público de manera explícita e instantánea. Hablamos de colaboración o compromisos recíprocos cuando se trata de: un regalo, un viaje, una invitación o un pago a cambio de contenido. En todos estos casos, esta colaboración debe ser visible para el público. ARPP señala que no todos están familiarizados con los hashtags #sp #sponso #collab o términos en inglés como #ad o #productpreview. Se deben preferir términos claros como "en asociación con ..." o "patrocinado por ...".

La colaboración debe revelarse instantáneamente sin la acción específica del usuario (por ejemplo, no deben tener que hacer clic en una foto o en los comentarios para comprender que es una colaboración). Finalmente, si el contenido se puede compartir, entonces la información sobre la naturaleza comercial también debe ser compartible.

Regla 2, Lealtad: el ARPP enfatiza el hecho de que ser honesto y sincero con su comunidad solo puede fortalecer los lazos que los influyentes forjan con su comunidad.

Finalmente, el ARPP recuerda que todas las reglas que son aplicables a la publicidad tradicional son aplicables a la actuación de *influencers*. En particular si, además de ordenar contenido o un servicio, el anunciante tiene

⁷³ Un resumen de los compromisos adoptados se puede ver en el siguiente link: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c474d4840f0b6172bad845e/summary_of_under_takings_for_celeb_endorsements.pdf

⁷⁴ <https://www.arpp.org/the-arpp/>

⁷⁵ <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2017/12/ARPP-code.pdf>

DECONOMI

"control de anulación" y si el contenido del *influencer* está sujeto a validación. Como resultado, la publicidad en Instagram y el marketing de *influencers* en general también están sujetos a las sanciones incurridas por publicidad falsa o engañosa. Como recordatorio, un anuncio es falso, en particular si su naturaleza publicitaria es ambigua o ininteligible.

c) ITALIA:

En Italia, la autoridad de aplicación es la AGCM (Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado)⁷⁶

La AGCM ha señalado que la prohibición de publicidad encubierta tiene un alcance general y resulta aplicable a los casos de comunicaciones comerciales a través de redes sociales. De ahí que si el *influencer* deja que sus seguidores creen que está actuando espontánea y desinteresadamente, cuando en realidad está promocionando una marca en forma rentada, dicha conducta infringe las reglas del Código de Protección a los Consumidores, art. 22 que trata sobre las omisiones engañosas y que representa la trasposición al ordenamiento interno italiano de la Directiva de 2005 que hemos estudiado.⁷⁷

Para el Códice italiano la omisión engañosa es la que oculta la información relevante que el consumidor promedio necesita para tomar una decisión de consumo e induce al mismo a adoptar una decisión que de otro modo no habría tomado.

La AGCM, al igual que sus colegas de otros países, en 2018 envió cartas persuasivas a los *influencers*⁷⁸ con más seguidores, recordando las reglas a las que debían atenerse los *endorsement* y en particular poniendo énfasis en la colocación de hashtags para advertir a los consumidores el contenido publicitario, tales como #pubblicità, #sponsorizzato, #advertising, #inserzioneapagamento o, en caso de la provisión gratuita de productos: #prodottofornitoda.⁷⁹

⁷⁶ <https://www.agcm.it/>

⁷⁷ <http://www.codicedelconsumo.it/parte-ii-artt-4-32/>

⁷⁸ Informe de prensa de la AGCM: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/PS11270>

⁷⁹ Casos reportados por Ducato, Rossana. "One hashtag to Rule Them All?..." op cit..

DECONOMI

Este tipo de cartas se llaman de “persuasión moral” y son herramientas administrativas que pueden ser utilizadas por el organismo administrativo regulador de una actividad, que son enviadas a los comerciantes para remover los aspectos potencialmente dañosos de determinadas prácticas comerciales. Es, esencialmente, un instrumento para prevenir y reducir posteriores procedimientos administrativos sancionatorios.⁸⁰

d) AUSTRALIA⁸¹

En Australia, la publicidad a través de *influencers*, está regulada en el Código de Ética de la Asociación Australiana de Anunciantes Nacionales ("Código").

La Sección 2.7 del Código establece que “ La comunicación publicitaria o de marketing debe ser claramente distinguible como tal para el público relevante”

La Junta Disciplinaria de la Asociación ha dado una idea de qué nivel de divulgación se espera bajo el Código después de una resolución que involucró una publicación de Instagram de Kat Risteska (@katristeska), una actriz de cine y *influencer* con más de 14,000 seguidores, que promovía la loción autobronceadora Eco Tan.

Se afirmó que Risteska no distinguió la publicación como una comunicación publicitaria o de marketing al usar #ad o similar. La publicación mostraba a Risteska sosteniendo un producto Eco Tan con un subtítulo que estaba promocionando el producto, sus características y cómo estaba "enganchada" al producto. En lugar de pagarle a Risteska para publicar el producto, Eco Tan le envió muestras gratuitas con una solicitud para que escribiera una crítica honesta para sus seguidores de Instagram.

Finalmente, la Junta adoptó un enfoque realista y desestimó la queja, encontrando que, si bien la publicación era de hecho un anuncio y se ajustaba al Código, no violaba la Sección 2.7.

⁸⁰ Guido Alpa and Antonio Catricalà, *Diritto dei consumatori* (Il Mulino 2016), 217-218, cit por Ducato, *ibídem*.

⁸¹ Casos reportados en el siguiente artículo: <https://www.dvmlaw.com/legally-use-social-influencers-marketing/>

DECONOMI

La Junta determinó que enviar muestras gratuitas a una persona equivalía a una transacción comercial y, como tal, podría considerarse una forma de pago. Además, se sostuvo que el hecho de que Eco Tan solicitó una revisión de su producto y luego volvió a publicar el material de Risteska en su propia cuenta de redes sociales estableció el "control razonable" de la empresa sobre la publicación para que se considere una comunicación publicitaria.

Sin embargo la Junta consideró que la publicación se distinguía claramente como una comunicación publicitaria o de marketing porque se leía como un "comunicado de prensa" y porque el uso de '#ecotan' y '@ecotan' dejaba en claro para los seguidores de Risteska y otros usuarios de Instagram, que la publicación promocionaba un producto, incluso en ausencia de #ad o #spon.

He visionado la cuenta Instagram de Risteka y el 20 de abril de 2020 efectuó un posteo publicitario de un productomarca Natural Life, en el que claramente advierte en el recuadro de texto que acompaña la imagen, en negrita y bien destacado: Colaboración pagada con naturallifeaustralia.

La decisión en el caso Risteka podría cambiar si se aplicara el Código de buenas practicas sancionado el 1 de julio de 2020.

En esa fecha la AIMCO (Consejo Australiano de Marketing de Influencers) publicó un "Código" de buenas prácticas para el marketing de *influencers*.⁸² Se trata de un código de autorregulación específico para la publicidad a través de *influencers* que recoge como primer regla el "Disclosure", es decir la divulgación de que los posteos son remunerados.

Sobre la forma de informar el contenido publicitario se establece que el # que mínimamente se requiere es • #Ad; o #Sponsored

A su vez se recomienda, cuando el contenido publicitario del anuncio en sí no es claro, que se use adicionalmente los siguientes: • #brandname, #campaign • #Ambassador, • #Collab o • #PaidPartner

e) NUEVA ZELANDA:

82

https://www.auditedmedia.org.au/site/assets/media/AIMCO-docs/AIMCO_Code_of_Practice_July-1-2020.pdf

DECONOMI

En Nueva Zelanda el organismo regulador es la A.S.A. (Advertising Standards Authority / Autoridad sobre Estandarización de la Publicidad)⁸³

La ASA emitió unas Guías de actuación para *Influencers* que se encuentran actualizadas a Febrero de 2019.⁸⁴ Se trata de una guía para ayudar a los intervinientes en este tipo de publicidad a dar cumplimiento con el Código de la Publicidad de este país.⁸⁵

La guía establece la obligación de informar al consumidor sobre el carácter publicitario de los posteos remunerados en sentido amplio.

Cuando el carácter publicitario no es obvio se exige la colocación de palabras resaltadas o en un recuadro como "Advertisement", 'Advertisement Feature', 'Advertorial' 'Promotional Feature', 'Paid for Ad', 'Ad Link'. También se admite etiquetas publicitarias o abreviadas como #Ad, # patrocinado o #Promocionado.

6) La situación en Argentina. Aplicación de normas vigentes.⁸⁶

⁸³ <https://www.asa.co.nz/codes/code-guidance-notes/guidance-note-identification-advertisements/>

⁸⁴ <http://www.asa.co.nz/wp-content/uploads/2019/10/Guidance-Note-on-Identification-of-Advertisements.pdf>

⁸⁵ <https://www.asa.co.nz/codes/codes/advertising-standards-code/>

⁸⁶ *Bibliografía consultada para este capítulo: Capucci, Sebastián A., "Los influencers y su impacto en la publicidad comercial", RDCO 293, 787, AR/DOC/3562/2018; Vaninetti, Hugo A., "Twitter. Contenidos que generandaño. El rol de los influencers. El impacto del twibel, los retuits y el 'escrache' o linchamiento virtual", LA LEY 19/11/2019, 5, AR/DOC/3460/2019;*

Suplemento especial Diario La Ley "Influencers y el Mercado Multinivel" publicado el 13/7/2020, artículos García Austt y Rodriguez Gonzalo "Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso NuSkin" pg.4, Marhaba D. y Barocelli S. "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores", p 10. Albanese, Ana Carolina. "Legal Marketing y Nu Skin", Diario La Ley 13/7/20 pg2. Gullemotti, Gerardo M. *Información y publicidad. El caso "Nu skin", mismo suplemento, pg. 8.*

Rizzo Jurado, Francisco: "La publicidad de medicamentos y el nuevo Régimen de Lealtad Comercial", publicado en Chamatropulos, Demetrio A. (editor) Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019. pg 330.

Martinez Medrano: "La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado" Jurisprudencia Argentina Vol. JA 2002-I-1039 (2002) se puede descargar una copia aquí: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/20/>

DECONOMI

En Argentina no existe una Ley General de Publicidad, por el contrario convergen varias normas que afectan la actividad publicitaria. Ninguna de ellas regula expresamente la actuación de *influencers* en redes sociales.

Analizaremos la normativa vigente con la finalidad de encontrar herramientas generales para la regulación. El objetivo es llegar a una solución que proteja a los consumidores de mensajes publicitarios encubiertos, engañosos o desleales. Del mismo modo se induzca u obligue a *influencers* y anunciantes a revelar el contenido publicitario de los mensajes cuando existe entre estos una relación material o especial, ya sea por el pago de una suma de dinero o por el otorgamiento de cualquier beneficio al *influencer* en contraprestación del posteo de productos o servicios que se identifiquen con el anunciante o sus marcas.

Las normas que afectan la actividad publicitaria y su relación con la protección de los consumidores son la Ley 24.240 de Defensa de Usuarios y Consumidores⁸⁷; el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante citado CCyCN)⁸⁸, en particular los artículos 1100 a 1103; el Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial y competencia desleal⁸⁹ y la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual⁹⁰. A su vez también son dignas de destacar el Código de Autorregulación publicitaria de CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria).⁹¹ Con excepción del CCyCN, cada una de las normas tiene su propia autoridad de aplicación. La actual Subsecretaria de la Defensa de las y los Consumidores es la Autoridad de Aplicación a nivel Nacional de la Ley 24.240 y su poder de policía convive con las Autoridades de Aplicación de cada una de las jurisdicciones provinciales. Algunas provincias han delegado la autoridad de aplicación en municipios, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires a través del sistema de las OMIC (Oficina Municipal de Información al Consumidor). La autoridad de aplicación de la norma de Lealtad Comercial es la Secretaria de Comercio Interior de la Nación (art. 25). La Autoridad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante LSCA) es el Ente Nacional

⁸⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=638>

⁸⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/argexoy/235000-239999/235975/norma.htm>

⁸⁹ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422>

⁹⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=158649>

⁹¹ <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>

DECONOMI

de Comunicaciones (ENACOM) (según Decreto de Necesidad y Urgencia DNU 267/2015).⁹²

La Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) regula el derecho de acceso a la información del consumidor en el art. 4º y los alcances de la publicidad que se tienen por incorporados al contrato de consumo (art. 8º). García Austt y Rodríguez, a su vez, proponen un interesante punto de vista mediante la aplicación solidaria de responsabilidad entre el *influencer* y el anunciante en los términos del art. 40 LDC⁹³.

El DNU de Lealtad Comercial (en adelante DLC) a nuestro entender es la norma con rango legislativo que más se adapta a la regulación de los *influencers*, sobre todo porque contiene una cláusula general a modo de las establecidas en la Ley norteamericana (art 5 FTC Act) y en la Directiva Europea.

DLC: ARTÍCULO 9º.- Cláusula general. Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

La cláusula general al legislar sobre omisión desleal permite incorporar a esta figura genérica, las omisiones de declarar el contenido publicitario de un posteo. Desde el momento que la omisión resulta susceptible de engañar al consumidor está afectando el proceso competitivo. El sistema del DLC establece que la cláusula general da lugar a acciones judiciales, pero para que la Autoridad de Aplicación pueda aplicar sanciones, la conducta debe caer bajo la tipificación del artículo 10 de la norma. Entre los incisos de la misma que podríamos considerar aplicables a los *influencers* tenemos:

⁹² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=257461>

⁹³ Los autores, con cita de un trabajo de Federico Alvarez Larrondo consideran que el *influencer* sería responsable por el “defecto en la provisión del servicio” de publicidad conjuntamente con el anunciante en los términos del art. 40 de la LDC. Lo interesante de este enfoque es que caracteriza al posteo en redes sociales como un “servicio de publicidad” independientemente del producto publicitado y si el daño proviene de dicho servicio la responsabilidad sería solidaria entre el *influencer* que generó el servicio y el anunciante encubierto que coloca su marca en el mismo. García Austt y Rodríguez, op cit nota 1. Trabajo citado: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades”, RCyS 2010-II, 44.

DECONOMI

Art.10) a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde.

El artículo 11 DLC regula la publicidad engañosa: *Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.*

Para analizar si es aplicable el artículo 11 DLC debemos analizar el texto de la norma. La conducta tipificada es la realización de “cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda”. El posteo en redes sociales cae bajo esta definición. El posteo debe ser efectuado con inexactitudes u ocultamientos. Aquí también tenemos que omitir la conexión material entre el *influencer* y el anunciante, que es el ocultamiento señalado en la norma. El posteo debe inducir a error, engaño o confusión. Tenemos entonces la confusión del consumidor que objetivamente no puede advertir el tenor publicitario del posteo.

Nuestra duda se suscita en la parte final del artículo, puesto que el engaño del consumidor debe recaer sobre determinadas características de bienes muebles, inmuebles y servicios. En el caso de la publicidad no declarada por los *influencers* el engaño recae sobre el carácter publicitario del mensaje, pero no se engaña sobre las características de los productos publicitados, es más, en la mayoría de las veces solo se los exhibe en una foto o video. Podríamos entender que el engaño sobre la característica publicitaria del posteo del *influencer* recae sobre las “condiciones de comercialización” del producto o servicio.

DECONOMI

Similar reticencia nos presentan los tipos del art. 10), en particular los mencionados en los apartados a) y b), ya que el engaño que requiere la norma recae o bien sobre características de los productos o bien sobre el origen empresarial.

En la tipología de la publicidad prohibida se encuentra la engañosa, la desleal, la abusiva y la encubierta.

Esta última, la publicidad encubierta, es la que caracteriza la conducta del *influencer* que oculta el sentido publicitario de su mensaje.

Ha sido definido como aquella que, por su forma de presentación, induce o puede inducir a error a los destinatarios al encubrir la naturaleza publicitaria del mensaje. En esta modalidad de publicidad engañosa, el elemento constitutivo del engaño no se encuentra en el mensaje –que puede ser veraz– sino en la forma de comunicarlo. En la publicidad encubierta los destinatarios no perciben el carácter publicitario o comercial del mensaje y, por ejemplo, pueden confundirlo con una información periodística o con un programa de entretenimiento.⁹⁴

Para el profesor Lema Devesa⁹⁵, la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa. En la ley de competencia desleal española para tipificar la publicidad engañosa, el engaño puede recaer sobre “la naturaleza de la operación comercial o el contrato”(art. 5). Entiende la doctrina de ese país que la publicidad encubierta es engañosa sobre la “naturaleza de la operación comercial”. En nuestro caso hemos dicho que la publicidad puede ser engañosa sobre las “condiciones de comercialización” de los productos y servicios. De todos modos, el DLC argentino es poco claro, omisión imperdonable si se

⁹⁴ Vilajoana Alejandre, Sandra “Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional” tesis doctoral, Universidad de Barcelona, diciembre 2015 pg. 206

https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹⁵ Lema Devesa C. “Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid: Marcial Pons, cit en Vilajoana Alexandre, *ibidem*.

DECONOMI

observa que fue dictado en 2019, cuando la publicidad encubierta ya se encontraba legislada en varios ordenamientos de derecho comparado.⁹⁶

En síntesis, el DLC no regula en forma clara la publicidad encubierta, cuestión que debería ser abordada en una futura reforma.

El Código Civil y Comercial de la Nación tampoco regula la publicidad encubierta. En su artículo 1102 se prohíbe toda publicidad que:

a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Véase que el inciso a) es más restrictivo aún que el DLC sobre el objeto del error, ya que las indicaciones falsas éste deben recaer sobre elementos esenciales del producto o servicio, con lo cual deja fuera de cobertura la situación en la cual el engaño recae sobre la naturaleza publicitaria del anuncio (publicidad encubierta). El inciso b) legisla sobre publicidad comparativa engañosa y el inciso c) sobre publicidad abusiva. Podríamos encontrar alguna marginal aplicación de la última parte del inciso: *que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

⁹⁶ Coincide con nuestra apreciación Rizzo Jurado quien manifiesta que la publicidad encubierta no fue legislada por el Decreto 279/19. Señala el autor que por el contrario, la publicidad encubierta se encuentra expresamente prohibida en el campo de los medicamentos de venta libre. Así la Disposición 4980/2005 del ANMAT (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109568/texact.htm>). Esta norma dispone que la publicidad de medicamentos no deberá ser encubierta, engañosa, indirecta, subliminal o desleal. El Glosario de la norma la define: *PUBLICIDAD ENCUBIERTA: Es aquella que consiste en ocultar el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio, de manera tal que el público tome la información como objetiva e imparcial cuando en realidad se trata de publicidad comercial.* El autor indicado señala: *Como podemos apreciar, la conjunción de estas definiciones genera una coincidencia conceptual con la idea de publicidad engañosa plasmada en el DNU 274 y la res. 248/2019, tendiendo — claramente en ambos casos— a la protección de consumidores. Tal tutela toma especial relevancia en el ámbito de la industria farmacéutica toda vez que la salud pública es el bien jurídico que está en juego y el cual se busca garantizar.*: Rizzo Jurado, Francisco: op cit pg 330.

DECONOMI

Esa parte de la norma podría ser aplicable a los posteos, que al ser engañosos en cuanto a su origen publicitario, podrían inducir al consumidor a consumir un producto o servicio de modo que exista un riesgo para su salud o seguridad. De todos modos para la generalidad de los casos no entendemos aplicable dicho inciso⁹⁷.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA)⁹⁸ por su parte contiene algunas disposiciones relativas a la publicidad en su artículo 81, en particular su inciso k) el cual establece normas sobre los programas de televenta, el inciso ñ) que prevé la separación de la tanda publicitaria de la emisión televisiva y el inciso p) que menciona los infomerciales.

El artículo 81 inciso k) de la LSCA es reglamentado por la Resolución 499/2010 del AFSCA (anterior denominación del Organismo Regulador de la ley)⁹⁹. La norma reglamentaria define al “infomercial” (en inglés “advertorial”), pero exclusivamente en el ámbito de los medios de comunicación: Artículo 1 inciso b) *Infomercial: es una forma de comunicación comercial que adopta el formato de programa o microprograma de al menos QUINCE (15) minutos de duración, que presenta las características, aplicaciones y utilidades de uno o varios productos, bienes, marcas y/o servicios. Incluye la modalidad de "publirreportaje", que bajo la apariencia de géneros periodísticos como la entrevista o la crónica, promocionan productos, bienes, marcas y/o servicios.*

⁹⁷ Coincide con nuestra apreciación Capucci quien señala: “El incumplimiento de esta recomendación – identificar el mensaje como publicitario por el influencer - podría implicar, en esfuerzo interpretativo, una violación al derecho del consumidor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1101 inc. del CCCN en tanto refiere a las “indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir en error al consumidor” en tanto el consumidor no conoce el carácter promocional de los contenidos que percibe. El esfuerzo interpretativo estaría dado porque el contenido difundido por el influencer puede ser absolutamente cierto, expuesto con claridad y objetivo y el problema de la publicidad efectuada por influencers no surge por el contenido (indicaciones) sino por su presentación donde no siempre puede conocerse el carácter promocional de la comunicación que efectúan, por lo cual podemos afirmar que esta disposición legal no abarca en forma completa las vicisitudes que genera la actividad del influencer”. En una nota a pie de página afirma categóricamente:” Los incisos 2 y 3 del artículo 1101 no guardan punto de contacto relevante con el problema de la identificación del mensaje publicitario.” Capucci, Sebastián A., “Los influencers y su impacto en la publicidad comercial , op citada punto 3.2.

⁹⁸ Capucci sostiene que esta norma no es aplicable a las Redes Sociales puesto que limita su actuación a los servicios de comunicación audiovisual y la definición no engloba a aquella tecnología. Capucci, Sebastián A., “Los influencers y su impacto en la publicidad comercial , op citada.

⁹⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/177546/norma.htm>

DECONOMI

A los fines de evitar la publicidad encubierta, el artículo 2º de la Resolución dispone: *ARTICULO 2º — Se deberá exhibir en la parte superior de la pantalla un sobreimpreso claramente legible que indique que se trata de un "Programa de Televenta" o de un "Programa Infomercial", durante toda su duración.*

En el ámbito de la autorregulación publicitaria, en nuestro país se encuentra vigente el Código de Autorregulación publicitaria de la CONARP¹⁰⁰ que establece reglas aplicables al universo *influencer*.

En primer lugar debemos evaluar cual es el alcance jurídico de un código de autorregulación publicitaria. No existe en el DLC una norma similar a la de la Directiva de Practicas Desleales de la Unión Europea de 2005 que considera engañosa la conducta del comerciante que, bajo ciertos requisitos, incumple lo establecido en los Códigos Profesionales de Conducta (art. 6.2.b).

En nuestro Derecho los códigos de conducta podrían ser entendidos como reglas de usos y costumbres profesionales y su violación podría ser aprehendida bajo el art. 10 bis del Convenio de París sobre la competencia desleal (ratificado por Ley 17.011) que dispone: 2) *Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial.*

Esta cláusula general debería integrarse en la legislación argentina con el Decreto de Lealtad Comercial. Por ello la violación a un código de autorregulación publicitaria podría ser considerada violación a los usos honestos en materia comercial en el ámbito de actuación publicitaria.¹⁰¹

El artículo 39.1) se titula: 1. Correo electrónico, Internet, telefonía celular y otros medios alternativos. En su primer párrafo dispone que “*Cuando*

¹⁰⁰ <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>

¹⁰¹ Sobre el art. 10 bis del Convenio de París, ver Martínez Medrano, “La Competencia Desleal en Argentina...” *op cit*, donde afirmamos: *El estándar que brinda la norma, "usos honestos en materia industrial o comercial", debe ser rellenado en cada caso concreto, pero representa un paradigma del comerciante honesto, similar al buen padre de familia del Derecho Civil o al "buen hombre de negocios" del art. 59 de la ley 19550 de Sociedades para juzgar la conducta de los administradores societarios. El estándar de usos comerciales honestos es asimismo el que establece la ley de protección de secretos comerciales 24766 (LA 1996-C-3378), ejemplificando que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza y la instigación a la infracción por parte de terceros.*

DECONOMI

un correo electrónico tiene un fin publicitario, el nombre del asunto y el contexto deben ponerlo de manifiesto. Los nombres de los encabezados no deben ser engañosos y la naturaleza comercial de la comunicación debe ser explícita.”

Esta norma prohíbe la publicidad encubierta a través de emails, con lo cual no es precisamente el supuesto de posteos en redes sociales, pero podría ser aplicado por analogía, considerando que se trata de un código de conductas profesionales y no una norma penal.

En materia de Foros y Redes sociales el artículo 39.2 dispone: *“Los términos y condiciones de medios electrónicos particulares, en cuanto a reglas y estándares de conducta comercial, deberán ser respetados. Las comunicaciones publicitarias en foros y redes sociales son apropiadas sólo cuando los integrantes de los mismos han manifestado su previa conformidad a recibir mensajes de tales características”*.

Nos detenemos en la primera parte de la norma que implica la aplicación de los estándares de conducta comercial también cuando se publicita en redes sociales.

El artículo 39.4) trata sobre “Marketing viral” y dispone: • *La publicidad deberá evitar toda práctica desleal y denigratoria que atente contra el buen nombre y la reputación de personas, entidades y marcas, exhortando a la opinión pública a no dar crédito a ningún tipo de versiones calumniosas escudadas en el anonimato, ni a hacerse eco de las mismas facilitando su difusión. Los profesionales de la comunicación deberán encuadrar los contenidos de sus mensajes dentro de los parámetros del marketing y la publicidad responsables, dado que, ante la imposibilidad de aplicar en ellos ningún criterio de segmentación, los mismos llegan a menores y a personas que, por su grado de madurez, educación y nivel cultural, pueden adolecer de una capacidad de discernimiento suficiente para su correcta interpretación, lo que puede derivar en efectos y consecuencias no deseables. Asimismo se ratifica el respeto hacia las normas legales vigentes, la protección al menor, y las buenas costumbres, como se detalla previamente.*

El artículo **40º** establece: *.- Los principios y normas contenidos en el presente Código son aplicables a todos los mensajes de índole comercial,*

DECONOMI

cualquiera sea el medio que se utilice para su difusión, ya sean de productos o servicios, e institucionales, producidos en el país o en el exterior y emitidos en forma de publicidad tradicional o no tradicional.

El artículo 41º distribuye responsabilidades:

.- La responsabilidad acerca de su observancia recae en:

- a) El anunciante y la agencia de publicidad que han creado y colocan el mensaje.*
- b) El medio de comunicación social que lo difunde.*
- c) Cualquier persona que haya tomado parte en su planeamiento, creación o publicación.*

En el inciso c) podemos encuadrar al *influencer* que puede tomar parte en la creación del posteo o solo en su difusión, si es que se lo entrega el responsable de la marca.

El Código de Autorregulación publicitaria tiene un sistema de resolución de controversias, cuyo estudio excede el marco de este trabajo.

7) PROYECTO DE LEY PARA REGULAR LA ACTIVIDAD DE INFLUENCERS.

De acuerdo con las experiencias recogidas en Derecho Comparado hemos visto que en ninguno de los ordenamientos relevados se ha dictado una Ley que regule expresamente la actividad del *influencer*. La regulación pasa por la utilización de instrumentos modernos y adecuados contra las Prácticas Desleales en el Comercio, caso de Europa, o a través de una norma antigua pero que ha tenido mucha aplicación judicial y administrativa como la FTC Act en los Estados Unidos. En lo concerniente a la temática específica analizada, vimos que se han dictado normas administrativas o códigos que aclaran algunos puntos de la legislación general (EEUU, Reino Unido, Nueva Zelanda), así como en otros casos, la cuestión ha sido ordenada a través de la autorregulación publicitaria (Australia).

El actual Director Nacional de Defensa del Consumidor de Argentina, Dr Sebastián Barocelli, ha publicado en coautoría un reciente trabajo de doctrina en el cual pondera el dictado de códigos de buenas prácticas para *influencers* y

DECONOMI

resalta el modelo del Reino Unido que aquí hemos estudiado.¹⁰² Entendemos que junto con la corregulación¹⁰³ es un camino a seguir.

En nuestro país, es loable la iniciativa adoptada por la Senadora Cristina López Valverde (San Juan), quien elaboró y presentó el día 30/6/2020 un proyecto de Ley para regular la actividad de los *influencers* (Expte 1358/20 del Senado de la Nación). Es interesante el intento de la Legisladora de poner el tema en la Agenda de discusión pública.

En cuanto al instrumento escogido para regular la actividad, nuestra opinión personal es que la regulación de la actividad de los *influencers*, así como todo lo que se relacione con Internet , nuevas tecnologías, redes sociales, etc., debe tener un mecanismo ágil y flexible de regulación, a través de decisiones administrativas o de instrumentos de corregulación, para que los cambios normativos puedan acompañar el desarrollo tecnológico; dejando al ámbito legislativo elaborar normas generales que permitan luego adaptar las regulaciones a las situaciones particulares. Por ejemplo, el dictado de una Ley General de Publicidad que incorpore distintos tipos de publicidad ilícita como la encubierta, o la modernización de las normas sobre Prácticas o Competencia Desleal, que han sido mejoradas a través de un DNU de 2019, pero que hemos visto no acompañan el desarrollo legislativo vigentes en otras latitudes.

¹⁰² Marhaba y Barocelli, op cit punto V.: *Lo que busca esta iniciativa es que exista mayor claridad e información por parte de los influencers, o sea, alentar medidas que deben poder adoptar y lograr una homogeneidad para que todos los anuncios comerciales se consignen o en términos de redes sociales “se etiqueten” de la misma manera. De este modo, el consumidor o seguidor del influencer podrá distinguir entre publicidad pagada y opinión personal, lo cual constituye un eje central para la decisión consciente e informada de las personas.*

¹⁰³¹⁰³ La corregulación publicitaria implica la adopción de normas elaboradas conjuntamente entre las Cámaras Profesionales y las autoridades administrativas. En la Unión Europea se promueve como un sustituto o paso más avanzado de la “autorregulación”. Ver por todos: Lema Devesa, C. (2018). Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España. *Methaodos.Revista De Ciencias Sociales*, 6(1). <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.225>: *Con independencia de la eficacia de los sistemas de autorregulación, debe advertirse que el futuro -en este ámbito-es la corregulación publicitaria. Los sistemas de autorregulación evolucionan hacia sistemas de corregulación. Estos últimos surgen cuando el sistema de autocontrol de publicidad y las autoridades administrativas trabajan conjuntamente, y de manera complementaria. Esto es: cuando existe una estrecha colaboración entre el Estado y los empresarios publicitarios, bien para la creación de Códigos de Conducta, bien para que la Administración estatal represente la última instancia, en la resolución de controversias de los sistemas de autorregulación.* Cit, Página 12.

DECONOMI

El Proyecto de Ley ¹⁰⁴ contiene 14 artículos en los cuales se define al *influencer*, y a la publicidad digital se la determina como un servicio (art 4º). El art. 5º establece las diferentes prácticas de comunicación de la publicidad digital, enumeración ejemplificativa: Unboxings (desempaquetado de productos en video), sorteos, fotos, videos y una norma residual: toda otra forma de anuncio o promoción en redes sociales siempre que exista contraprestación entre el influenciador y el anunciante. El art. 7º establece los requisitos del posteo. Se requiere el hashtag #Publicacionpaga (si hay contraprestación) y se debe mencionar quién es el anunciante que pagó el posteo. También hay normas específicas para posteos de productos para niños, niñas y adolescentes, debiendo asimismo la publicidad por *influencers* cumplir con el resto de normas publicitarias, tanto generales como específicas según el producto (art. 11). Se establece un régimen de sanciones y se determina que el Poder Ejecutivo establecerá la Autoridad de Aplicación de la Norma.

Con las reservas que hemos apuntado, acerca de la regulación de un tema tan específico a través de una Ley, nuestra opinión sobre el proyecto es positiva ya que recoge y traslada al texto los distintos institutos y antecedentes que hemos venido relevando en las distintas jurisdicciones.

8) Conclusiones:

El *influencer* por lo general es una persona que incursiona en redes sociales de manera activa y cuyo primer objetivo es darse a conocer y generar una red de seguidores. Durante este lapso, poco le importa conocer las reglamentaciones vigentes en materia de publicidad o comercialización de productos. A partir de su fama o reconocimiento, descubre la posibilidad de monetizar las redes sociales y adquirir una nueva fuente de ganancias económicas. En algunos casos, secundaria a su actividad, y en otras su principal ingreso. Es un universo muy heterogéneo donde conviven *influencers amateurs* con otros que han generado verdaderas empresas publicitarias alrededor de su figura pública.

¹⁰⁴ Remitimos a la lectura en la página <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL>

DECONOMI

Entendemos que una regulación no puede intentar “matar” un fenómeno que tiene alcance mundial, pero a su vez, debe encauzar la actividad para transparentarla, de modo tal que los seguidores puedan advertir cuando los consejos de los *influencers* son remunerados por las marcas promocionadas.

La regulación debería hacer un balance entre el derecho a la información del eventual consumidor y la velocidad y sintaxis utilizada en las redes sociales. Por ello, entendemos que en nuestro país urge tomar medidas que encaucen la actividad y a la vez observar un comportamiento activo del organismo administrativo competente para redactar guías que eduquen al *influencer*, así como enviar mensajes electrónicos o cartas a los más representativos para generar una conciencia social en su entorno.

DECONOMI

“El consumidor latinoamericano como hipervulnerable: aspectos culturales, estructurales y geopolíticos de la desigualdad”

por Laura Pérez Bustamante

SUMARIO: 1. La inserción del consumidor latinoamericano en el mundo. 2. La regulación del consumo como derecho humano: un cambio de paradigma. 3. Los problemas a regular: el sobreendeudamiento y el hambre. 3.a. El sobreendeudamiento en Argentina. 3.b. Perspectivas individual y social del sobreendeudamiento. Aportes claves para una nueva regulación. 3.c. Proyectos legislativos y normativa provincial. 3.d. Qué significa ser un consumidor hipervulnerable. 3.e. La regulación de la hipervulnerabilidad en el derecho comunitario europeo. 3.f. La regulación de la hipervulnerabilidad en Argentina. 4. Ideas finales.

1. La inserción del consumidor latinoamericano en el mundo

Las normas latinoamericanas de consumo reproducen las europeas y salvo casos excepcionalísimos, procuran no perder su ritmo de avance. Poco y nada reflejan de la idiosincrasia, cultura y necesidades socioeconómicas de la población destinataria de la regulación. Así, tenemos principios y derechos similares en todo el mundo occidental desde lo formal, exclusivamente. Es que se copian las leyes, pero no las culturas y ello constituye, a nuestro entender, el principal punto de divergencia en el funcionamiento del sistema entre los continentes.

Las normas, pese a su similitud de contenido, no igualan personas ni circunstancias. Fácticamente, un consumidor europeo no goza de iguales derechos que uno latinoamericano, ni siquiera si tomamos de muestra al segmento de más alto poder adquisitivo. ¿Por qué? Porque las normas requieren acompañamiento de políticas públicas que las tornen realidad cotidiana. Aquí inciden los factores culturales e idiosincráticos a los cuales hacíamos referencia. En nuestra sociedad, ¿Qué lugar ocupa en la agenda política la defensa del

DECONOMI

consumidor?, ¿Cuál es el nivel de implementación de los derechos que consagra? ¿Cuál es el grado de aplicación de sus institutos en la justicia? Al tratar de responder estos interrogantes vemos -con mirada optimista- que la norma eje del sistema de derecho de consumo –ley 24.240- tiene una vigencia material de entre el 20 y el 30% de sus posibilidades protectoras, preventivas y resarcitorias. Ello nos diferencia de aquellos lugares cuyos ordenamientos copiamos pero no tenemos intención de cumplir como sociedad.

Un segundo punto refiere a una enorme deuda social para con los consumidores de nuestras latitudes: es que nuestras normas, preocupadas por seguir a las europeas, soslayan las realidades del continente y desatienden abiertamente las necesidades propias de la región. Se sabe que Latinoamérica presenta la desigualdad mayor de todos los continentes del planeta y es considerada en sí misma un rasgo estructural con ejes en el género, la pertenencia étnico-racial, la edad o etapa del ciclo de vida y el territorio, los cuales se concatenan y funcionan en la reproducción y perpetuación del problema.¹⁰⁵ ¿Qué nos aporta ese dato? Básicamente, un problema de distribución de la riqueza¹⁰⁶ con impacto directo en el consumo como posibilitador del desarrollo humano. La desigualdad de ingreso¹⁰⁷ conlleva

¹⁰⁵ Se han formulado recomendaciones entre las cuales se destacan la necesaria articulación entre las políticas económica, productiva, laboral, social y ambiental; la importancia de un enfoque de derechos y de una mirada integral para las políticas abocadas a combatir la desigualdad; el fortalecimiento de la institucionalidad y el logro de pactos sociales como fundamentos de políticas sociales de calidad; la relevancia de proteger el gasto social y los ingresos tributarios dedicados al desarrollo social, y la necesidad de aumentar las capacidades estadísticas para dar visibilidad a las diferentes dimensiones de la desigualdad y avanzar en su comprensión. Además, se ha señalado la urgencia de transitar de una cultura del privilegio a una cultura de la igualdad, lo que requiere orientar las políticas hacia un universalismo sensible a las diferencias. NU CEPAL: *Matriz de la desigualdad en América Latina*, LC/G.2690(MDS.1/2), 2016

¹⁰⁶ Los datos ilustran nítidamente la situación del presente: “Siguiendo la tendencia al alza que se registra desde 2015 en América Latina, un 30,1% de la población de la región se encontraba bajo la línea de pobreza en 2018, mientras que un 10,7% vivía en situación de pobreza extrema, tasas que aumentarían a 30,8% y 11,5%, respectivamente, en 2019, según las proyecciones de la CEPAL. Por su parte, la desigualdad en la distribución del ingreso, expresada en el índice de Gini con base en las encuestas de hogares, ha continuado su tendencia a la baja. No obstante, si se corrige el índice de Gini utilizando otras fuentes de información, capaces de captar mejor los ingresos del 1% más rico, se observa que la desigualdad es más elevada y la tendencia al descenso se atenúa en comparación con la estimada solamente a partir de las encuestas de hogares. Por último, si bien el gasto social del gobierno central aumentó de 10,3% a 11,3% del PIB entre 2011 y 2018, alcanzando a 52,5% del gasto público total, resulta inquietante constatar que justamente aquellos países que enfrentan mayores desafíos para cumplir las metas de la Agenda 2030 son los que presentan niveles más bajos de gasto social.”, NU CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, LC/PUB.2019/22-P/Rev.1, 2019.

¹⁰⁷ El estudio *Informe Panorama Social de América Latina 2019* citado, también señala que la desigualdad en la distribución del ingreso -expresada en el índice de Gini con base en las encuestas

DECONOMI

desigualdad en el consumo, lo cual requiere de políticas públicas de abordaje adecuado y reversión de la situación¹⁰⁸. El problema, por tanto, remite indefectiblemente a las políticas vinculadas al desarrollo, que exceden en mucho el asistencialismo, para el logro de sus objetivos de manera sostenible.

Enormes sectores de la población no tienen acceso al consumo y ¿cuántas leyes latinoamericanas de consumo regulan esta inaceptable situación? Sólo hubo un antecedente fallido basado en el abastecimiento y el control de precios¹⁰⁹. El resto, regula aspectos contractuales y sus derivaciones, menciona la educación y a los actores colectivos, como si en nuestro continente ésa fuera la completa realidad a regular¹¹⁰; en otras palabras, como si fuésemos

de hogares- ha continuado su tendencia a la baja (en promedio cayó de 0,538 en 2002 a 0,465 en 2018 en 15 países), pero a un ritmo menor que en años recientes: mientras entre 2002 y 2014 se redujo 1,0% anual, entre 2014 y 2018 la caída fue de 0,6% por año.

- En Brasil, en 2014, la participación del 1% más rico en el total del ingreso del país alcanzaba a 9,1% de acuerdo con las encuestas de hogares, porcentaje que se elevaba a 27,5% tomando en cuenta la información tributaria.
- En Chile (2015), la participación del 1% más rico en el ingreso total, también medida por las encuestas de hogares alcanzaba a 7,5%, proporción que subía a 22,6% considerando la información de los registros tributarios y a 26,5% en el caso de la riqueza neta (activos financieros y no financieros menos pasivos).
- En Uruguay (2014) las proporciones también aumentan: 7,3% (con encuestas de hogares), 14% (información tributaria) y 17,5% (riqueza neta).

En relación a dichos datos Barcena ha sostenido: “Tenemos que combatir la cultura del privilegio. En esta región el 10% más rico gana 70 veces más que el más pobre. Esto es inaceptable. El modelo vigente ya no responde, ni en crecimiento, ni en reducción de la desigualdad, ni en erradicación de la pobreza.”

¹⁰⁸ Se ha sostenido que superar la pobreza en la región va más allá del crecimiento económico y debe incluir políticas redistributivas y fiscales que promuevan el verdadero bienestar entre los ciudadanos en áreas como la protección social, la salud y la educación. En este sentido, se afirmó que “Por casi una década, la CEPAL ha posicionado a la igualdad como fundamento del desarrollo. Hoy constatamos nuevamente la urgencia de avanzar en la construcción de Estados de Bienestar, basados en derechos y en la igualdad, que otorguen a sus ciudadanos... acceso a sistemas integrales y universales de protección social y a bienes públicos esenciales, como salud y educación de calidad, vivienda y transporte..., es necesario ‘crecer para igualar e igualar para crecer’ ya que superar la pobreza va más allá del crecimiento económico y debe incluir políticas redistributivas y políticas fiscales activas.”, Bárcena, Alicia, Conferencia de presentación del *Informe Panorama Social de América Latina 2019*.

¹⁰⁹ *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de Venezuela*, del 2008, producto de la unificación de los textos de *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* del 2004 y la *Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*, de 2007.

¹¹⁰ La tendencia se reproduce inercialmente hasta la actualidad. El proyecto de reforma de la LDC elaborado en el marco de Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, responde a la lógica de la tradicional puja de los derechos sociales. En el caso, regresivamente. En este sentido,

Europeos. Es hora de aceptar que no nos trajo la cigüeña de París. Son el hambre y la insatisfacción de las necesidades básicas los necesitados primordial e impostergablemente de regulación de consumo¹¹¹; así como revertir la vulnerabilidad que avanza y socaba las bases de los sectores de ingresos medios, lo cual reviste especial importancia en el sostenimiento del sistema productivo y el mercado tal como lo conocemos¹¹². A nuestro criterio, ése es el

*reproduce la organización europea de Autoridad de Aplicación –prescinde de la experiencia argentina-

*formula declaraciones programáticas en diversas problemáticas –así trata al acceso al consumo, como un principio-

*dificulta el acceso a la justicia y la reparación –ordinariza procesos-

*desalienta reclamos –cambia destino de la multa por daño punitivo-

*presenta regresiones en materia de responsabilidad

*no realiza mejoras en materia procesal individual ni de incidencia colectiva.

Todo ello da cuenta de que se reproducen normas desatendiendo el contexto de su aplicación al tiempo que no existe voluntad de dotar al sistema de herramientas efectivas en relación al ejercicio de los derechos, como demuestra la propuesta de bajar los estándares en materia de acceso a la reparación y promoción de reclamos.

¹¹¹ Según el estudio *Informe Panorama Social de América Latina 2019*, citado, para 2018, un 30,1% de la población de la región se encontraba bajo la línea de pobreza en 2018, mientras que un 10,7% vivía en situación de pobreza extrema, tasas que aumentarían este año a 30,8% y 11,5%, respectivamente, según las proyecciones de la CEPAL.

Según la CEPAL, prácticamente todas las personas que se suman este año a la estadística de la pobreza se integran directamente a la pobreza extrema.

El alza de 2,3 puntos porcentuales de la pobreza entre 2014 y 2018 en el promedio regional se explica básicamente por el incremento registrado en Brasil y Venezuela. En el resto de los países la tendencia dominante en ese período fue hacia una disminución.

La pobreza afecta mayormente a niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas indígenas y afrodescendientes, a los residentes en zonas rurales y a quienes están desempleados.

¹¹² Entre los datos destacados en el informe *Informe Panorama Social de América Latina 2019* citado, se encuentra el crecimiento de los estratos de ingresos medios entre 2002 y 2017, aunque siguen experimentando diversas carencias y vulnerabilidades, tanto en relación con sus ingresos como en el ejercicio de sus derechos, alerta la Comisión.

El 76,8% de la población de América Latina pertenece a estratos de ingresos bajos o medios-bajos, subraya la CEPAL, y las personas que viven en estratos de ingresos altos pasaron del 2,2% al 3,0%.

Sin embargo, del total de la población adulta de los estratos de ingresos medios, más de la mitad no había completado la enseñanza secundaria en 2017; el 36,6% se insertaba en ocupaciones con alto riesgo de informalidad y precariedad (trabajadores por cuenta propia no profesionales, asalariados no profesionales en la microempresa y en el servicio doméstico); y solo la mitad de las personas económicamente activas estaba afiliada o cotizaba en un sistema de pensiones.

Además, el perceptor principal de ingresos laborales de estos estratos percibe en promedio 664 dólares mensuales, mientras que en los estratos bajos este ingreso desciende a 256 dólares.

El informe evidencia que una alta proporción de la población de ingresos medios experimenta importantes déficits de inclusión social y laboral y un alto grado de vulnerabilidad a volver a caer en

DECONOMI

derecho del consumidor latinoamericano en el cual debemos poner los esfuerzos.

2. La regulación del consumo como derecho humano: un cambio de paradigma.

Hoy nuestras normas regulan sólo una porción de la realidad de los consumidores, la concerniente a las relaciones de consumo en el ámbito del mercado y resultan altamente ineficientes en cuanto a esos fines, por ser ajenas a las circunstancias, cultura e idiosincrasia de nuestro medio concreto. Nos referimos a los desafíos estructurales de la inclusión y del mercado de trabajo, las desigualdades socioeconómicas y la distribución del ingreso y de la riqueza.

Sin embargo, la regulación en sí misma no es el mayor problema. El desafío es cultural. Poner el foco en la realidad de nuestro país requiere aceptar nuestros propios problemas y disponernos a regular seriamente el acceso y la educación para el consumo como única forma de superarnos culturalmente y poder acompañar el cambio hacia políticas públicas dirigidas a la implementación profunda del sistema normativo.

Se requiere, a nuestro modo de ver, un cambio de paradigma, donde definitivamente se considere al consumo -y al derecho del consumidor- como un derecho humano y se lo regule en consecuencia, no sólo en los aspectos civiles y comerciales, sino también en los relativos al acceso y sus circunstancias. Una regulación que aborde al consumo como fenómeno social y no como un estatuto especial de derecho comercial. No se trata de discutir si debemos darle el formato de una ley o de un código, si adoptaremos una técnica legislativa más o menos reglamentarista; se trata de una decisión previa que involucra necesariamente el debate respecto de qué habremos de regular y su anclaje en la resolución de las necesidades sociales de consumo entendido como derecho de incidencia colectiva. A nuestro parecer, éste es el único sentido que puede tener una reforma legislativa cuyo objetivo sea mejorar sustancialmente la situación de los consumidores aquí y en toda Latinoamérica.

la pobreza ante cambios provocados por el desempleo, por la caída de sus ingresos u otros eventos catastróficos como enfermedades graves y desastres.

DECONOMI

La situación descrita se pone crudamente de manifiesto en la actualidad, donde el endeudamiento público funciona como norte obligado de las políticas en las áreas más sensibles motoras del desarrollo económico y humano. Así, a la tradición se le suman los condicionamientos externos que recaen sobre la educación, la inversión en ciencia y tecnología, salud, empleo, ambiente y promoción industrial. Un círculo no virtuoso con base en la pérdida de soberanía que se ha repetido cíclicamente a lo largo de nuestra historia como Nación, donde la inclusión en el mundo va de la mano de la desigualdad.¹¹³

Nuestros consumidores son nuestra población. En consecuencia, son parte de este contexto y su situación, cuando no es el hambre, remite al sobreendeudamiento.

3. Los problemas a regular: el sobreendeudamiento y el hambre.

Mientras el mundo desarrollado se apresta a la mejora de las regulaciones sobre protección del consumidor en el entorno digital mediante normativas sobre transacciones comerciales electrónicas, privacidad y uso de los datos personales, explorando los límites de lo aceptable en nuevas formas de acercamiento y oferta a los consumidores y los problemas del cibercrimen – vg. pishing, vishing, smishing-; en los países en desarrollo subsiste, paralelamente, una realidad desatendida que remite principalmente a dos problemas: el sobreendeudamiento y el hambre.

¹¹³ Adicionalmente a los condicionamientos al desarrollo expuestos, se encuentra el de la participación comercial justa en la aldea global. Sin adentrarnos en los inconvenientes del uso no sustentable del ambiente en la producción, sus cargas y beneficios comerciales desiguales; o los vinculados a la explotación de los grupos vulnerables en la producción agrícola y minera, incluida la explotación infantil en provecho comercial también desigual; uno de los problemas del comercio es el concerniente a las barreras no arancelarias entre Latinoamérica y los países desarrollados. El tema ha ocupado la actividad de los especialistas durante décadas y aún hoy subsiste, más allá de las expectativas que generó el tratado de libre comercio de 2019 entre la UE y el Mercosur. Entre muchos otros estudios sobre el particular, se destacan los de CEPAL “Barreras no arancelarias en el comercio latinoamericano”, CEPAL, Boletín, Año XIV, N° 80, enero-febrero 1990 y “Las barreras no arancelarias a las exportaciones latinoamericanas en la CEE”, UN CEPAL, 1991-3-22. Asimismo, el documento “Impacto de los obstáculos técnicos y las barreras no arancelarias en el comercio agrícola de América Latina y el Caribe”, FAO, 2ª Conferencia Regional, Mérida, 2000, disponible *on line* en <http://www.fao.org/3/x4329s/x4329s.htm>. Sobre las expectativas que genera el reciente acuerdo UE-MERCOSUR se han realizado estimaciones favorables a la economía. Al respecto ver “El acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y la UE generará un beneficio de 79.000 millones de dólares para la economía brasileña”, en Expansion.com. Latinoamérica, disponible *on line* en <https://www.expansion.com/latinoamerica/2019/10/12/5da183a4e5fdea976a8b46fb.html>

DECONOMI

Por ser precisamente lo adeudado, al tiempo que de capital interés en nuestra realidad, es que aquí decidimos analizar la situación desde la perspectiva del consumo como derecho humano de tercera generación y esbozar algunas propuestas superadoras en relación a ambos problemas.

3.a. El sobreendeudamiento en Argentina.

El sobreendeudamiento del consumidor nació como una preocupación particular de las sociedades de desarrolladas, donde el crédito a tasas bajas funciona como potenciador del consumo en beneficio del sistema productivo, reforzado por el desarrollo sofisticado del marketing en sus variadas formas y mecanismos y acompañado por la revolución de las comunicaciones. De esta manera, se genera un cóctel explosivo para las economías familiares consecuencia del incentivado y sostenido consumismo. Seguidamente, la conformación de *pools* de deudas y las quiebras conforman la realidad de una economía doméstica inmersa en una espiral descendente.

En Argentina es distinto. El sobreendeudamiento del consumidor despliega ribetes propios que lo diferencia de los presentes en otras latitudes. Por un lado, existe el sobreendeudamiento por consumismo, si bien no apoyado en créditos baratos sino duros pero con fuerte impacto del marketing en la creación de valoraciones culturales inducidas¹¹⁴.

Por otro, mucho más habitual y extendido, encontramos el sobreendeudamiento por falta de acceso al consumo, es decir, por insuficiencia de ingresos para satisfacer necesidades básicas de alimentación, vivienda, educación, salud, servicios públicos, comunicaciones y esparcimiento. Ello enmarcado en frecuentes limitaciones de acceso al crédito durante extensos períodos de tiempo, tasas de interés altas, problemas de acceso a la vivienda propia -uno de los más comunes a lo largo de nuestra historia-.

En resumidas cuentas, una realidad diametralmente distinta a la comentada respecto de las sociedades desarrolladas.

Para colmo de males, nuestra extensa y variada clase media ha adquirido el mal hábito -dirían algunos- de satisfacer sus necesidades de acceso

¹¹⁴ Sobre el tema tratamos en *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*, cit., pág. 9 y ss.

DECONOMI

al consumo¹¹⁵, y lo hace con los medios disponibles, en una utilización poco ortodoxa de los mismos, o expresado en términos coloquiales “como puede”.

Y aquí se produce un fenómeno particular. Cuanto más bajo es el estrato dentro de esta clase, el crédito pasa a ser parte del ingreso, produciéndose en los hechos, si bien no en lo técnico, una confusión impropia de ambos conceptos que conduce con rapidez al estado de sobreendeudamiento y nos empuja a la necesidad de dar una respuesta jurídica apropiada a esta situación.¹¹⁶

3.b. Perspectivas individual y social del sobreendeudamiento. Aportes claves para una nueva regulación.

Preguntarnos sobre qué se entiende por estado de sobreendeudamiento, determinar sus aspectos cualitativos y no sólo los cuantitativos propios de la reorganización de los pasivos en los procesos concursales; abandonar el reduccionismo de entender el sobreendeudamiento como una cuestión de relación porcentual entre ingreso- deuda para atender a sus circunstancias de origen; fijar el objetivo en la reorganización patrimonial del consumidor sobreendeudado, no sólo como una necesidad atinente al sujeto deudor como persona humana sino también a la función social que dicha recuperación beneficia; creemos que es el camino a explorar.

En consecuencia y yendo al fondo del problema, debemos preguntarnos si jurídicamente la quiebra del consumidor debiera existir o si debiéramos regular en un sentido menos gravoso para todos.¹¹⁷

¹¹⁵ El derecho de acceso al consumo es conceptualizado como el derecho a satisfacer las necesidades consideradas básicas en una sociedad, determinadas por su momento histórico de referencia. Ha sido categorizado en el esquema de reparto de las categorías jurídicas como un derecho subjetivo y como un derecho social de tercera generación con enclave en los derechos humanos. Sobre el particular, ver nuestro trabajo “El derecho de acceso al consumo”, en obra colectiva *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, Homenaje a Rubén S. Stiglitz, Suplemento Especial La Ley, marzo 2.019, Dir. Santarelli, Fulvio y Chamatrópulos, Alejandro. Y, con anterioridad en *Derecho Social de Consumo*, La Ley, 2004 y 2º ed. 2014, pág. 81 y ss.

¹¹⁶ Las estadísticas oficiales (www.indec.gob.ar) muestran un importante achicamiento de la clase media con tendencia marcada hacia la vulnerabilidad económica. El uso del crédito al consumo mediante tarjetas de crédito refleja ya no gastos propios del segmento social de pertenencia inicial que diera origen al acceso al crédito bancario, sino la cobertura de necesidades básicas que no pueden cubrirse de otra manera.

¹¹⁷ Se ha hablado del derecho a declararse en quiebra como forma de salir de la situación de sobreendeudamiento, los tribunales han debatido sobre su admisión o rechazo y también se han alzado voces que resaltan los problemas de la aplicación del régimen concursal tradicional al

DECONOMI

En este punto es preciso recordar que, en Argentina, la clase media realiza un importante aporte al sostenimiento de la economía. Dejar de pertenecer a dicha clase para engrosar las filas de la pobreza o bien pasar al consumo marginal como consecuencia del sobreendeudamiento doméstico, muestra el fracaso de las políticas públicas en distintos ejes –la generación de empleo genuino, la promoción industrial, la redistribución de la riqueza, la satisfacción del acceso al consumo, la educación para el consumo sustentable (insumo indispensable para la toma de decisiones con cuidado de los intereses económicos), el control de las prácticas abusivas y del marketing, la protección especial de grupos de consumidores vulnerables y la defensa de la competencia, entre otras-.

Lo anterior plantea límites respecto de las posibilidades de salida que el orden jurídico pueda ofrecer. Más allá de los esfuerzos normativos y sus ejes de política legislativa, indubitablemente, serán de incidencia determinante el sentido de las políticas económicas y de mercados que se adopten.

A fines de regular el sobreendeudamiento, tradicionalmente se ha apelado a ponderar la relación entre deuda-ingreso, es decir, qué porcentaje de los ingresos destina el consumidor al pago de sus deudas para definir el sobreendeudamiento. Se dice que no debe destinarse al pago de deudas más del 20% de los ingresos, pudiendo ser menor (entre un 12% y un 15%, como

sobreendeudamiento doméstico y la necesidad del dictado de regulaciones especiales. Resultan ilustrativos los análisis realizados por Truffat, Daniel en “Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia”; Chomer, Héctor O. en “Todos somos insolventes: soluciones concursales simples”; Anich, Juan A. “Insolpandemia y restructuraciones simplificadas. Una necesidad judicial, empresaria y de los trabajadores” y Junyent Bas, Francisco “La viralización de la insolvencia”, todos en Revista DECONOMI, Número extraordinario Pandemia y emergencia empresarial, Facultad de Derecho UBA, 2020. Asimismo, se ha dicho que las quiebras producen efectos sociales indeseados vinculados a la vivienda y la protección de la familia, así como limitaciones al ejercicio del comercio. Sobre el tema ver Bersten, Horacio: “La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores”, La Ley Sup. Act. 30/08/2011. No olvidemos que se trata de sobreendeudamientos domésticos, que han movido a realizar propuestas de tratamiento diferentes. En este sentido, se ha hablado del derecho a deshacerse de pasivos, ver Japaze, M. Belén tesis “Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento. Ámbitos y procedimientos de actuación”. También ver Reichman, Matías, Quiebra de los consumidores: exigencia constitucional de su regulación, El Derecho, 236-656, 2010. Recientemente, se ha trabajado el tema en las Jornadas Sobreendeudamiento y quiebra del consumidor, realizadas en la Facultad de Derecho de la UBA el pasado 20 de noviembre, oportunidad en que el Prof. Daniel Vítolo insistió en la inadecuación del proceso concursal clásico para atender a la solución del problema del sobreendeudamiento doméstico desde el interés tanto de las personas involucradas como del propio sistema económico.

DECONOMI

máximo), en función del nivel de vida de la zona en la que se resida, el precio de los alquileres, los gastos de alimentación y otros gastos fijos. Además, en caso de contraerse deudas de larga duración, como la compra de un inmueble, hay que sopesar no solo la situación financiera en el momento de contraer la deuda, sino la previsible durante el tiempo que va a durar. Así, se considera que alguien está sobreendeudado cuando el volumen de su deuda es tres veces superior a su renta, cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio neto del hogar, o cuando el peso de la carga de su deuda supera el 40% de su renta anual.

Sin embargo, estas estimaciones nada informan respecto del origen de las deudas, sus causas y sus circunstancias, ni qué características tiene el consumidor, variables fundamentales para el diseño de normativas propicias al saneamiento y superación de la situación. Desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, se trata de insumos de fundamental importancia en la regulación del sobreendeudamiento doméstico, de su tratamiento y de la salida que se le dé al consumidor.

Por eso, a la hora de diseñar soluciones normativas a la problemática presente hallamos necesario contemplar tanto el sobreendeudamiento en sus aspectos económicos, como los relativos a sus circunstancias y al perfil del consumidor. En este sentido, hablamos de la conveniencia de introducir nuevos factores de índole objetiva así como factores de índole subjetiva en la perspectiva regulatoria.

A nuestro modo de ver, debe considerarse normativamente si el sobreendeudamiento responde a situaciones que le son o no imputables al consumidor a fines de decidir su declaración en quiebra, en el caso de que se decidiera conservar la figura, o bien para resolver respecto de quitas.

También se debieran evaluar el nivel de instrucción financiera del consumidor –educación para el consumo sustentable- y el tipo de consumo que generó el sobreendeudamiento. En este último aspecto, un sobreendeudamiento generado por gastos de bienes y servicios de primera necesidad refiere a derechos humanos fundamentales. La figura de la quiebra no aparece como

DECONOMI

apropiada para superar este tipo de sobreendeudamientos, ya que refieren a una situación de “estado de necesidad”.¹¹⁸

En cuanto a las políticas educativas y en relación al segmento de clase media, la omisión estatal de enseñar en la curricula formal los aspectos básicos de la economía familiar, el funcionamiento del marketing, los ejes del consumo sustentable a fines de tomar decisiones convenientes a corto, mediano y largo plazo, también debe considerarse en las normas sobre concursos o procesos por sobreendeudamiento doméstico o de consumo. Se trata de es una deuda social de impacto económico que nos deja fuera del mundo. En este aspecto, las recomendaciones internacionales en la materia dictadas desde hace más de treinta años no se cumplen y las consecuencias, son visiblemente gravosas.¹¹⁹

Asimismo, en la reestructuración de pasivos entendemos que debe revisarse la responsabilidad de las financieras en el acaecimiento de la calidad de sobreendeudado. Quien otorgue crédito más allá de los límites razonables de pago corre un riesgo empresario asumido con libertad y audacia; circunstancia que debiera estar legalmente prevista en los procesos concursales o de sobreendeudamiento de consumo como parámetro objetivo y concreto a la hora de proponer o determinar quitas.

3.c. Proyectos legislativos y normativa provincial.

¹¹⁸ Coincidimos con la definición de sobreendeudamiento del proyecto de ley aprobado por el Senado de Brasil y enviado a la Cámara de Diputados, que modifica el Código de Defensa del Consumidor, Ley 8078, así como la Ley 10.741, con el objeto de establecer un régimen de prevención y resolución del sobreendeudamiento, judicial y extrajudicial, incluidos mecanismos conciliatorios, como forma de evitar la exclusión social. El proyecto entiende por sobreendeudamiento la imposibilidad de pagar sus deudas de consumo exigibles y vencidas sin comprometer su mínimo existencial. El marco se propone de aplicación, claro está, a personas físicas cuyas deudas hayan sido contraídas de buena fe, excluyendo contratos dolosos con propósito de no ser cumplidos.

¹¹⁹ En Brasil, desde el 2015 viene tratándose un proyecto de modificación del Código de Defensa del Consumidor que hace fuerte hincapié en la educación financiera del consumidor como forma preventiva del sobreendeudamiento así como su resolución.

DECONOMI

En Argentina existieron algunos intentos de regulación especial del sobreendeudamiento de consumo en los años 2001¹²⁰, 2015¹²¹ y 2018¹²².

Por su parte, la provincia de Mendoza ha decidido atacar esta realidad perniciosa mediante el dictado de legislación local, regulación cuestionada respecto de su constitucionalidad en razón de tratarse de materia comercial, delegada al Congreso Federal.

El último proyecto (Llaryola-Cassinerio) aúna algunos aspectos de la ley 24.240 de defensa del consumidor con los pertinentes de la ley de quiebras 24.522 vigente, sin salir del marco de abordaje tradicional en lo que a la concepción de respuestas regulatorias concierne.

Entre sus rasgos salientes, crea un procedimiento concursal especial para los consumidores sobreendeudados, entendiéndose por tales a las personas humanas que no que no desarrollan actividades comerciales ni empresarias, y que carecen de actividad económica organizada.

La apertura del proceso sólo puede pedirla el consumidor. Como presupuesto, el consumidor debe estar a) en estado de cesación de pagos; b) en dificultades económicas o financieras de carácter general; o c) sobreendeudado, entendiéndose por tal a aquél que presente, en su patrimonio, un desequilibrio significativo entre el activo ejecutable y realizable de que resulte titular y las obligaciones sujetas a cumplimiento por las cuales dicho activo deba responder.

Otra particularidad es que se contempla la liquidación judicial sin quiebra. En caso de que la conciliación fracasara, o el incumplimiento fuese irremediable, ante la imposibilidad de cumplir cualquier medida de saneamiento, se abrirá el proceso liquidatorio especial y se dispondrá la realización de los bienes.

¹²⁰ Proyecto de ley, denominado de «Protección al deudor sobreendeudado». Número de Expediente 2143/01, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 19 de febrero de 2002.

¹²¹ Proyecto de los Senadores Liliana Negre de Alonso y Adolfo Rodríguez Saa, S-2877/2015.

¹²² Proyecto de los Senadores Martín Llaryora y Pablo Cassinerio. Expediente 7210-D-2018.

DECONOMI

Entendemos que el esfuerzo es loable como decisión pero insuficiente en términos de eficiencia regulatoria y justicia. Tal como lo expresamos en el acápite 3.b de este trabajo, el tratamiento del sobreendeudamiento requiere de un abordaje contextualizado e incluir nuevos aspectos de índole objetiva así como los subjetivos *ut supra* explicados.

3.d. Qué significa ser un consumidor hipervulnerable.

La hoy llamada hipervulnerabilidad en el consumo refiere a situaciones especiales por las que grupos de personas pueden atravesar, más allá de las que vivencian los consumidores en general, a quienes de por sí se los considera vulnerables o hiposuficientes estructuralmente, en razón de la relación asimétrica en que se encuentran en las relaciones de consumo en cuanto a información, poder negocial, riesgos, etc.

El consumidor hipervulnerable, o grupos especiales de consumidores, como preferimos denominarlos, es un concepto que involucra consideraciones sobre la vulnerabilidad por edad, cultura, género, condiciones psicofísicas, socioeconómicas, entre otras.

Más allá de la utilización reciente de este término, en sí, se trata de situaciones que tuvieron acogida en distintas leyes de consumo en el derecho comparado y que en nuestro país involucran a la práctica administrativa pacífica en la materia desde los comienzos mismos de la defensa del consumidor.

3.e. La regulación de la hipervulnerabilidad en el derecho comunitario europeo.

A nivel internacional, las directrices de UN al tomar la problemática del acceso al consumo en 1985, pusieron en la agenda pública la necesidad de políticas públicas orientadas a combatir la hipervulnerabilidad al impulsar el acceso a salud y medicamentos, agua potable, alimentación, vivienda e incluso medidas para la llegada de productos a áreas rurales. Una visión que se reforzó en el 2015 respecto de los servicios públicos, las prácticas comerciales, los mecanismos de reclamos, la educación y la información.

DECONOMI

En la UE la directiva 2005/29 introdujo polémica al incorporar la noción de consumidor medio por oposición al consumidor vulnerable.¹²³ El consumidor medio es informado, atento, diligente y tiene cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita, es prudente y conocedor.

También dictó la directiva 2009/72 sobre mercado de electricidad contemplando al cliente vulnerable y la pobreza energética.

A su vez, la directiva 2011/83 sobre contratos a distancia, regula información clara y comprensible antes de contratar, tomando en cuenta las necesidades especiales de los consumidores particularmente vulnerables, sentando que la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores.

Por su parte, el Parlamento Europeo dictó una resolución en 2012 sobre refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores vulnerables, incluyendo la vulnerabilidad endógena –personas consideradas vulnerables prolongada o permanentemente como discapacidad, edad, género-, y la vulnerabilidad exógena, es decir, afectados por el medio, en estado de impotencia temporal –tomando en cuenta la educación, situación social y financiera, el acceso a internet-, para concluir que cualquier consumidor pueden experimentar vulnerabilidad debido a factores externos y sus interacciones con el mercado.

La Unión Europea profundizó en el tema mediante el Programa Plurianual de Consumidores 2014/2020 en 2014 que se ocupa de las problemáticas de envejecimiento de la población, de exclusión social y las necesidades especiales de la vulnerabilidad: acceso a la información y su comprensión, protección frente a engaños, educación y resolución de conflictos.

3.f. La regulación de la hipervulnerabilidad en Argentina.

El tratamiento de la hipervulnerabilidad en Argentina tuvo su comienzo con la actividad desplegada en la sede administrativa de la defensa del

¹²³ Sobre el particular, ver “Barocelli, Sergio S.: “Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Suplemento Especial La Ley Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz, págs. 50-52. Marzo 2019

DECONOMI

consumidor, a mediados de los '90. Su práctica, excedió los principios de informalidad y celeridad propios del derecho administrativo, los cuales se aplicaron extensamente durante los trámites en las distintas localidades y fueron acompañados, asimismo, de la disposición del personal a fines de ayudar a los consumidores no sólo respecto de la toma de conocimiento de sus derechos sino incluso en la confección de sus denuncias y planteos por ante las dependencias.

A nivel normativo, el decreto 1798/94 reglamentario de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, contiene el primer antecedente sobre protección de consumidores vulnerables, el cual cabe aclarar, se encuentra vigente. En su art. 1 establece disposiciones protectoras de las operaciones de viviendas prefabricadas, ordenando la entrega de contrato firmado con su plano a escala e información sobre sus características e instalaciones.

Recientemente, se ha dictado la resolución 139/2020 por parte de la Secretaría de Comercio, cuyo objeto es dar tratamiento “especializado y expedito” y “atención prioritaria” a los problemas que afectan a las personas con vulnerabilidad agravada “en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”

En base a su redacción, la norma desató la polémica sobre la creación de un doble estándar protectorio sin base legal habilitante¹²⁴, el peligro de incurrir por un lado, en estigmatizaciones y por otro, en desigualdad ante la ley¹²⁵.

La norma establece que podrán constituir causas de hipervulnerabilidad reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+; ser personas mayores de 70 años; poseer discapacidad y certificado que lo acredite; ser migrante o turista; pertenecer a comunidades de pueblos originarios; la

¹²⁴ Ver Rusconi, Dante, “Hipervulnerable mata a consumidor”, publicado en Palabras de Derecho.com.ar, del 13/06/2020, disponible en <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1541&fbclid=IwAR1agPBtkbmhX6LQ0SpqDDY3VijGsucx2a4WIWCZTQedhrCA-eCshBzQiqE>

¹²⁵ Así planteamos la preocupación en el programa Aire de Justicia de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, del 24/6/2020, disponible en <https://youtu.be/xAUGatGri2w>

DECONOMI

ruralidad; residir en barrios populares; y una serie de situaciones de vulnerabilidad socio-económica.

A su vez dispone que la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores deberá instrumentar una serie de objetivos destinados en relación a los “consumidores hipervulnerables”, tales como implementar procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de conflictos; la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia; brindar asistencia y acompañarlos en la interposición de reclamos; identificar oficiosamente los reclamos de consumidores hipervulnerables; realizar gestiones oficiosas ante los proveedores para la solución de conflictos; proponer acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada; relevar información para identificar las barreras de acceso; promover buenas prácticas comerciales; etcétera.

Frente a lo anterior se plantea la posibilidad de entender o bien que estamos frente a una resolución desprolija en su redacción; o bien que estamos en presencia lisa y llanamente, de una norma inconstitucional dado que, la protección y los objetivos que hasta ahora tenían como destinatarios a todos los consumidores, ahora parecieran reservados a grupos especiales. En este aspecto, se alteraría el sentido y alcances de la protección general prevista en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la tutela constitucional, reconocida en el artículo 42 de la CN.

Avala el primer entendimiento el déficit en la calidad de técnica legislativa al que asistimos en los últimos años. Apoya el segundo parecer, la inclusión en un régimen particular, de los objetivos de protección que les corresponden a la generalidad –vg. implementar procedimientos eficaces para la resolución de conflictos, promover buenas prácticas comerciales- así como la diferenciación de trato de personas en razón de su condición sexual o de si tienen o no certificado de discapacidad.

Nos inclinamos a pensar que en su mayor parte, se trata de una mera desprolijidad en la redacción de la norma sin perjuicio de que entendemos no pertinente diferenciar entre discapacitados con o sin certificado, ya que, precisamente, cuanto más vulnerable es una persona, mayores dificultades

DECONOMI

precisamente enfrenta, incluso, para realizar los trámites que hacen a su debida protección especial.

Tampoco consideramos acertada la atención prioritaria de personas en base a su condición sexual. Recordemos que estamos en el marco de regulación de relaciones de consumo. Aún las cuestiones vinculadas a la discriminación –si fuera el supuesto que se pensó al redactar la norma- la protección contra la misma debe abarcar a todas las personas prioritariamente por igual, lo que incluye a los sectores tradicionalmente vulnerables en materia de discriminación como a los que no lo son, ya que el derecho a la no discriminación y al trato digno se encuentra en la base de nuestra pirámide normativa para todos los consumidores y usuarios –conf. art. 42 CNac.- Lo contrario implicaría asignar prioridad a quien es discriminado si es gay y no al que lo es por ser obeso, o mujer, o por razones étnicas, etc., o sin pertenecer a ninguno de esos grupos es una persona que sufrió discriminación en una relación de consumo. El problema de los dobles estándares prohibidos se haría presente en estos casos, ya que no hay habilitación legal en la materia para regular en tal sentido. Recordemos que la protección de los hipervulnerables no asigna más derechos, sino que son medidas especiales para garantizar los derechos que todos tienen por igual. Esa es la base de su constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma tiene aspectos positivos a resaltar y significa un paso adelante en la puesta en agenda pública de la hipervulnerabilidad en el consumo, su reconocimiento y su abordaje como política estatal. En este sentido, cabe destacar las nuevas medidas para la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia; la propuesta de acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada y el relevamiento de información para identificar las barreras de acceso. Otras medidas, como brindar asistencia y acompañamiento en la interposición de reclamos; la identificación oficiosa de los reclamos de consumidores hipervulnerables y la realización de gestiones oficiosas ante los proveedores para la solución de conflictos; ya eran parte de la actividad estatal de práctica extendida, como explicamos al comienzo de este acápite. De todas formas, su inclusión normativa le da un marco de referencia jerarquizado bienvenido.

DECONOMI

En la práctica reciente, la implementación de esta norma se viene desarrollando de forma promisorio. Así, se ha abierto una oficina especial en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor que atiende con celeridad y eficiencia propia del primer mundo, las causas consideradas tradicionalmente como de consumidores vulnerables. Entre ellas, los conflictos que involucran abusos en relación a consumidores de franja etaria avanzada y prácticas comerciales abusivas en relación a consumidores discapacitados.

En base a nuestra experiencia, señalamos aquí que la casuística de hipervulnerabilidad es un sensor de las problemáticas más graves que ocurren a nivel general y permiten a la Autoridad de Aplicación contar con valiosa información acerca de cómo está funcionando el mercado en los sectores involucrados, para luego ejercer sus funciones de oficio con el objeto de su saneamiento. En este sentido, la proyección de incidencia colectiva que tiene la medida comentada es un punto a resaltar y valorar positivamente.

Por todas estas razones, damos bienvenida tanto a la recepción normativa de la hipervulnerabilidad como a su desarrollo. Sin perjuicio de ello, subsiste un problema íntimamente vinculado a la misma y que excede el marco de una resolución ministerial. Se trata del tema de fondo: la regulación del acceso al consumo, forma de salida del hambre y base sobre la cual se asentarán todos los restantes derechos de los consumidores.

4. Ideas finales.

Es momento de dar un cierre a los dos problemas sobre los cuales reflexionamos en el presente trabajo.

En el estado de situación actual, donde los indicadores sociales exhiben un marcado deterioro de los ingresos de la población en un contexto políticamente volátil, altamente inflacionario y de desempleo, es claro que urge la necesidad de sancionar una norma especial regulatoria del sobreendeudamiento del consumidor.

A nuestro entender, la figura de la quiebra individual no es apropiada ni en lo individual ni en lo social, por las razones que explicamos en el presente trabajo. Sí lo son las consideraciones de índoles objetivas y subjetivas que aportamos a la hora de trabajar la salida del sobreendeudamiento.

DECONOMI

Cabe mencionar, asimismo, que en nuestro medio, la privación del consumo no es una solución razonable al problema del sobreendeudamiento doméstico, ya que estamos en presencia de un derecho humano que, a la vez y como contracara, es fundamental para la supervivencia del sistema productivo.

Sin perjuicio de lo anterior y en definitiva, podremos diseñar normas con mayor o menor riqueza regulatoria, pero insoslayablemente debemos hacerlo. Es preciso que el ordenamiento jurídico provea una solución de justicia conmutativa, efectiva y oportuna, a esta acuciante necesidad social impactada por las políticas distributivas en un contexto geopolítico difícil¹²⁶.

En relación a la hipervulnerabilidad en el consumo, la misma ocupa en nuestro país la importancia normativa de una resolución ministerial, como si fuésemos Suiza, Noruega o Finlandia en cuanto a cantidad y clase de destinatarios de la regulación.

Si los factores que generan la hipervulnerabilidad deben analizarse contextualizadamente, a los fines de la atención prioritaria ¿Cómo caracterizar a un consumidor hipervulnerable en la Argentina del Covid? Y más allá del Covid ¿cómo determinar prioridad de atención a hipervulnerables en un país con casi la mitad de su población bajo la línea de pobreza, con miles de pymes cerradas, desempleo y con una clase media con índices de sobreendeudamiento preocupantes por sostener el pago de servicios y alimentación.

La realidad del país, así como la del continente, demuestra una vez más, la brecha entre la porción de la realidad regulada y las necesidades sociales a ser satisfechas. Vivimos en un continente hipervulnerable, lo cual excede lo normativo para ser de resorte principal de la actividad política. Del compromiso de nuestros dirigentes dependerá la salida y de nuestras normas, acompañarla.

¹²⁶ Respecto de las necesidades aquí expuestas las prospectivas tampoco son alentadoras. En este sentido, se estiman cambios contextuales importantes; sin embargo, ninguno de ellos dirigidos a superar las inequidades. Sobre el particular, ver LISA Institute “Lista de los 10 principales riesgos geopolíticos hasta 2025”, del 25/03/2019, disponible on line en <https://www.lisainstitute.com/blogs/blog/lista-10-riesgos-geopoliticos-tendencias-seguridad-2019-2025>

DECONOMI

“Procesos colectivos en el proyecto de código de defensa del consumidor”

por Francisco Verbic

I. Introducción

Este trabajo presenta una lectura crítica sobre el modo en que están regulados algunos aspectos de los procesos colectivos en el marco del “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, actualmente en trámite ante la Cámara de Diputados de la Nación.¹²⁷

Las previsiones en esta materia se encuentran en el Capítulo 5, Sección segunda, bajo el título “Procesos colectivos de consumo” (arts. 171 al 182). Se trata de una docena de artículos que no llegan a constituir una regulación sistémica y completa para atender la problemática. Según veremos, algunas reglas incluidas en la propuesta configuran avances en este campo, pero hay otras que se presentan como claros retrocesos.

A continuación, analizaremos brevemente las cuestiones que nos parecen más relevantes. El objetivo es aportar argumentos y líneas de enfoque para la discusión que, necesariamente, debería profundizarse en caso de que esta propuesta avance en el trámite legislativo.

II. Beneficio de justicia gratuita

Esta cuestión se encuentra regulada en el art. 168, aplicable a procesos colectivos por el reenvío efectuado por el art. 171 inciso 2°, párrafo 2°. Dicha previsión establece: *“Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprendido del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o pluspetición inexcusable”*.¹²⁸

¹²⁷ Expediente 3143-D-2020.

¹²⁸ “Art. 168. Beneficio de justicia gratuita. Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprendido”

DECONOMI

La propuesta se presenta como un importante avance, ya que termina de zanjar una discusión de larga data sobre los alcances del beneficio de justicia gratuita establecido actualmente en el art. 55 de la LDC.

En este sentido, la iniciativa equipara dicho beneficio al de litigar sin gastos, siguiendo para ello la doctrina de la CSJN¹²⁹ que numerosos tribunales, entre los cuales se cuentan la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se niegan a reconocer.¹³⁰

Asimismo, la regulación propuesta es interesante ya que condiciona este beneficio a la ausencia de *“temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”*, en línea con el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, cuyo art. 15, Par. 2º, establece que *“Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales”*.¹³¹

III. Legitimación activa

El proyecto reconoce en su art. 171 distintas legitimaciones según el tipo de derechos que se busque proteger (individuales homogéneos / “de incidencia colectiva y difusos”).¹³²

del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”.

“Art. 171, inc. 2º, párr. 2: Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita, con los alcances y efectos establecidos en el art. 168”.

¹²⁹ Entre otras decisiones de la CSJN que han equiparado el beneficio de justicia gratuita al beneficio de litigar sin gastos, ver *“Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ Sumarísimo”*, sentencia del 11/10/2011; *“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ Ordinario”*, sentencia del 30/12/2014; *“Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ordinario”*, sentencia del 24/11/2015.

¹³⁰ Sobre las distintas interpretaciones del instituto en el fuero nacional comercial, Galeazzi, Mariela – Verbic, Francisco *“Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita”*, L.L. 2014-E-462. Sobre la relevancia de este tema en clave de incentivo o desincentivo para el desarrollo del sistema de tutela colectiva, Sucunza, Matías – Verbic, Francisco *“Del modo de imponer las costas en casos de interés público. ¿Hermosos autos sin motor?”*, Diario La Ley del 27/10/2016

¹³¹ El Código Modelo es una iniciativa del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuya versión final se aprobó en el año 2014 y busca ser una referencia para reformas legislativas en la región. Disponible en http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf (último acceso 04/08/2020).

¹³² *“Art. 171. Legitimación activa en los procesos colectivos de consumo. Tienen legitimación activa en los procesos colectivos de consumo:*

DECONOMI

Advertimos acá que se priva al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa de su legitimación colectiva para proteger derechos individuales homogéneos. Solo se la reconoce en el inc. 2 con relación a derechos colectivos propiamente dichos.

Se trata de un claro retroceso en términos normativos, ya que las leyes orgánicas de ambos espacios institucionales expresamente contemplan el derecho de accionar colectivamente frente a cualquier tipo de afectación colectiva.¹³³

Otro punto relevante es la no contemplación de las autoridades de aplicación como legitimadas para este tipo de casos, lo cual también configura un retroceso con relación a lo dispuesto actualmente por el art. 52 de la LDC.

IV. Presupuestos de admisibilidad

De la regulación propuesta en el art. 171 se destaca como un avance haber dejado de lado la exigencia de demostrar problemas para acceder individualmente a la justicia, establecido por la CSJN en “Halabi” y posteriormente incorporado en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la Acordada N° 12/2016.¹³⁴

1. Fundada en derechos de incidencia colectiva *individuales homogéneos*, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias y de los Municipios, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación;

2. Con sustento en derechos de incidencia colectiva y difusos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la autoridad nacional de aplicación y las locales. Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita, con los alcances y efectos establecidos en el art. 168.

En los procesos colectivos, excepto que los mismos hayan sido iniciados por el Ministerio público, el Ministerio Público Fiscal actuará obligatoriamente como fiscal de la ley y se aplica el artículo 165 en cuanto fuere pertinente”.

¹³³ Arts. 1, 35 inc. b) de la Ley N° 27.149 y arts. 1 y 31 inc. b) de la Ley N° 27.148.

¹³⁴ “Art. 173. Presupuestos de admisibilidad en acciones de daños. Para la admisibilidad de los procesos colectivos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos, además de los presupuestos de admisibilidad generales, es necesario que:

1. El enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados;

2. Exista un predominio de las cuestiones comunes de origen fáctico o jurídico, por sobre las individuales. El procedimiento de mediación previa no resulta de aplicación obligatoria en los procesos colectivos. Pero de agotar las partes dicha instancia ante las autoridades de aplicación de la ley, éstas determinarán los requisitos relacionados con los mecanismos de transparencia y adecuada participación de los interesados,

DECONOMI

Como venimos sosteniendo hace años,¹³⁵ no hay fundamentos constitucionales, legales ni de principio para sostener un requisito de admisibilidad del género. El art. 43 CN no contiene ningún tipo de restricción en tal sentido. Lo mismo puede decirse de los principios jurídicos en general, y de los procesales en particular.

Además, la CSJN ni siquiera intentó ensayar en “Halabi” una justificación para esta restricción. Dicho precedente no provee explicación alguna sobre por qué la tutela colectiva de derechos en Argentina sólo debería ser admisible cuando se encuentra comprometido el derecho de acceso individual a la justicia de los miembros del grupo afectado.¹³⁶

Por otra parte, también es bienvenida la eximición del trámite de mediación prejudicial obligatoria. En atención a las características del mecanismo de enjuiciamiento colectivo representativo, todo aconseja que cualquier acuerdo se realice en el contexto del proceso (bajo control del órgano judicial y del Ministerio Público).

V. Representatividad adecuada

El art. 174 se ocupa de regular este tema fundamental, estableciendo que la idoneidad del representante debe controlarse al inicio y mantenerse a lo largo de todo el proceso.¹³⁷ Además, provee algunos “parámetros” para su

que deberán regir el trámite de las audiencias respectivas. Ello, sin perjuicio de la actuación judicial ulterior que resulte pertinente, en caso de no arribarse a acuerdos conciliatorios”.

¹³⁵ Verbic, Francisco “*Acciones de clase y eficiencia del sistema de justicia*”, JA 2015-III; Salgado, María José – Verbic, Francisco “*Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia*”, Diario La Ley del 25/08/2016

¹³⁶ Al respecto, Giannini sostiene que el requisito “*deriva de una errónea interpretación del art. 43 de la CN, que transforma indebidamente uno de los fundamentos de los procesos colectivos en un requisito sine qua non de procedencia. Se mantiene así una injustificada hermenéutica limitativa en este campo, que contrasta con la elogiable claridad y apertura con la que se receptan en el fallo otras instituciones sustanciales, como la importancia de la participación ciudadana, de las audiencias públicas, de la democracia deliberativa y del respeto de la opinión no vinculante de usuarios y consumidores en la definición de los cuadros tarifarios*” (Giannini, Leandro J. “*La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos “CEPIS” y “Abarca”*”, L.L. 12/09/2016).

¹³⁷ Art. 174. Certificación de la adecuada representación. Acción promovida por un sujeto de derecho privado. En el supuesto de que el proceso colectivo sea iniciado por un sujeto de derecho privado, el tribunal efectuará una evaluación previa de la existencia de representación adecuada, para determinar si el actor cuenta con aptitudes suficientes para garantizar la correcta defensa de los intereses colectivos.

Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta los siguientes parámetros: la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses, y, la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda así como la ausencia de potenciales conflictos de intereses con

DECONOMI

análisis. Esto último configura un avance, más allá de los cuestionamientos puntuales que pueden hacerse respecto de los parámetros elegidos y de la omisión de considerar otros que son relevantes.

En otro orden, la iniciativa puede criticarse por al menos dos motivos.

Primero, por el hecho de prever el control del requisito solo respecto de “sujetos de derecho privado” y no con relación a los demás legitimados. Podría incorporarse para ellos una presunción de su idoneidad, siempre que admita prueba en contrario. Lo que no puede suceder es que deje de controlarse, porque se trata del reaseguro fundamental del debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate. Y porque, además, incluso las organizaciones de defensa del sector y los organismos públicos pueden tener inconvenientes o conflictos de interés que les impidan llevar adelante una buena defensa del caso.¹³⁸

Segundo, por la terminología utilizada para referirse a miembros del grupo que pretendan ejercer su legitimación colectiva. En lugar de “sujeto de derecho privado”, sería conveniente utilizar el término “afectado” (en línea con el art. 43 CN).

VI. Objeto del proceso colectivo de consumo

El art. 175 establece qué tipo de pretensiones pueden promoverse en clave colectiva en defensa de consumidores y usuarios.¹³⁹ A nuestro modo de ver, se trata de una regulación muy peligrosa.

el grupo afectado o los derechos en juego. La representación adecuada constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso, incluyendo las eventuales instancias transaccionales.

La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso”.

¹³⁸ Sobre el análisis del requisito de representatividad adecuada en el precedente “Halabi”, Oteiza, Eduardo – Vervbic, Francisco *“La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?”*, Lexis N° 0003/014882, SJA 10/03/10. Para un análisis general de los alcances del requisito en el sistema estadounidense, Vervbic, Francisco *“La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas”*, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot n° 233, Nov/Dic. 2008).

¹³⁹ “Art. 175. Objeto del proceso colectivo de consumo. El objeto del proceso colectivo podrá consistir en:
1. La prevención con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación;
2. La reparación de los daños ya producidos;

DECONOMI

Afirmamos esto porque, si es interpretada en modo taxativo (otro sentido no podría tener), excluiría del campo de acción de los legitimados colectivos a distintos tipos de pretensiones que son estratégicas y esenciales para la defensa del sector. Entre ellas, pretensiones declarativas de nulidad (tan relevantes en las discusiones sobre los aumentos de servicios públicos) y pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

No deberían limitarse los tipos de pretensiones que pueden canalizarse en clave colectiva. De aprobarse el proyecto en estos términos, consideramos que se trataría de una limitación inconstitucional de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43 CN.¹⁴⁰

VII. Notificación pública

Bajo el título “notificación pública”, el art. 177 prevé en su primer párrafo lo siguiente: *“La existencia del proceso colectivo de consumo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento. Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública”*.¹⁴¹

Se trata de un tema de absoluta importancia en el contexto de los procesos colectivos. Importante en sí mismo, porque la publicidad avanza

3. La restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores. Esas pretensiones podrán acumularse en un mismo proceso.

Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva **71** o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador de la afectación. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

En los casos en que el proceso tuviere por objeto la reparación de los daños el juez podrá, a los fines de la mejor gestión del proceso, individualizar subclases de consumidores en razón de la existencia de elementos comunes a cada una de ellas”.

¹⁴⁰ Sobre la garantía de debido proceso legal colectivo, Verbic, Francisco “La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo”, Int'l Journal of Procedural Law, Volumen 5 (2015); Sucunza, Matías A. “El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad”, Revista de Derecho Público Rubinzal Culzoni 2016-1

¹⁴¹ “Art. 177. Notificación pública. La existencia del proceso colectivo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento conforme el principio de razonabilidad. Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública.

Los consumidores que no deseen ser alcanzados por los efectos de la sentencia, deberán expresar su voluntad en ese sentido en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la finalización del funcionamiento del dispositivo dispuesto para la notificación pública de la existencia del proceso”.

DECONOMI

transparencia y habilita una mayor participación de voces en la discusión. Importante como instrumento para permitir el ejercicio de otros derechos (como el de excluirse, previsto en el segundo párrafo de este mismo artículo).

Respecto de la regulación propuesta, se advierte como primer problema el exigir fondos para las notificaciones cuando, al mismo tiempo, el beneficio de justicia gratuita comprende *“todo gasto”* vinculado con el proceso.

En segundo lugar, existe el riesgo de interpretar el estándar *“de la mejor manera posible”* en forma tal de poner en cabeza del actor una carga imposible de cumplir y, muchas veces, innecesaria (cuando no hay incentivos para actuar individualmente). Sería conveniente utilizar como estándar *“de manera razonable de acuerdo con las circunstancias del caso y las características del grupo a las cuales van dirigidas”*, o algo del género.

En tercer lugar, puede criticarse la falta de consideración de modalidades específicas para notificar y dar a publicidad el proceso. Modalidades que son mucho más efectivas y económicas que la tradicional publicación de edictos y que, además, ya han sido implementadas por numerosa jurisprudencia de tribunales inferiores en todo el país (emails, web, TV, radio, msn telefónicos, entre otros).

En este sentido, también podría aprovecharse la oportunidad para eliminar expresamente los edictos como medio de comunicación en este tipo de casos. Se trata, insólitamente, del principal medio elegido por los tribunales a pesar de su altísimo costo y su absoluta ineficacia.

Dos cosas más que podrían haberse regulado y no están.

La primera es el deber de los proveedores de utilizar para estas notificaciones los canales de comunicación que mantiene abiertos con sus clientes. Canales que, en la mayoría de los casos, tiene costo nulo o muy bajo en comparación con otras modalidades.

DECONOMI

La segunda es la exigencia de utilizar un lenguaje simple y claro para permitir que las notificaciones y la publicidad cumplan con las finalidades para las cuales fueron pensadas.¹⁴²

VIII. Liquidación de la sentencia

El art. 179 establece en su 4to párrafo que *“Una vez notificada la sentencia, los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental”*.¹⁴³

Esto traerá muchos problemas, especialmente cuando se trate de sentencias dictadas en procesos colectivos de amplio alcance territorial. Por un lado, provocará un cuello de botella difícil de gestionar. Por otro lado, provocará serias barreras para acceder a esa liquidación cuando las personas beneficiadas se domicilien lejos del órgano judicial.

Sería conveniente habilitar que la liquidación de daños individuales se realice ante el juez con competencia territorial en el domicilio del consumidor. En este sentido, el Código Modelo prevé en su art. 23, Par. Único, que *“En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante”*.

IX. Transacción

¹⁴² Para ampliar sobre estas ideas, Verbic, Francisco *“Publicidad y notificaciones en los procesos colectivos de consumo”*, Diario La Ley del 15/04/2015; Kalafatic, Caren - Verbic, Francisco *“La notificación adecuada en los procesos colectivos”*, ponencia presentada en el “I Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor” celebrado en la ciudad de Santa Fe del 2 al 4 de Septiembre de 2015.

¹⁴³ *“Art. 179. Contenido de la sentencia. La sentencia que ponga fin a la acción de incidencia colectiva declarará en términos generales la existencia o no del derecho para la clase, resultando aplicable lo establecido en el art. 170.*

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial, establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación plena. En los casos en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente, la sentencia contendrá una condena genérica.

Una vez notificada la sentencia, los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental. Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular.

Si se trata de la restitución de suma de dinero, se hará por los mismos medios en que las sumas fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Si éstos no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que la restitución será instrumentada, de la manera que más beneficie al grupo afectado”.

DECONOMI

Un avance en materia de transacción colectiva es habilitar la posibilidad de discutir sus alcances en audiencia pública.¹⁴⁴ Si bien esto siempre ha sido posible, su incorporación normativa puede concurrir a extender (o más bien activar) la práctica en tal sentido.

En este orden, cabe destacar que diversos acuerdos fraudulentos homologados por distintos órganos del Poder Judicial muy probablemente hubieran obtenido una resolución diferente en caso de haberse sometido a escrutinio y discusión pública.

X. Audiencias públicas

Finalmente, se destaca como un avance lo dispuesto en el art. 182. Allí se establece que *“En cualquier instancia del proceso el juez podrá disponer la realización de audiencias públicas con fines informativos, probatorios o para evaluar la representación adecuada o durante el proceso de transacción”*.

La relevancia social y pública de la tutela colectiva de derechos del consumidor torna necesaria una mayor publicidad de lo actuado. Esta expresa facultad, que también ha sido siempre una posibilidad en términos ordenatorios, podría concurrir a mejorar nuestras prácticas y generar, así, discusiones más transparentes.

XI. Cierre

El proyecto en análisis debe ser discutido y mejorado. Si bien propone algunos avances, preocupan más los serios retrocesos que implicaría en temas

¹⁴⁴ “Art. 181. Transacción. La negociación del acuerdo transaccional estará guiada por el principio de transparencia a cuyos fines el juez podrá instrumentar audiencias públicas. Del acuerdo transaccional deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los afectados individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso, dentro del plazo que ordene la sentencia respectiva, que nunca podrá ser inferior a sesenta (60) días. El plazo comenzará a correr al día siguiente a su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o quien en el futuro lo tenga a su cargo. La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso”.

DECONOMI

de central importancia para la tutela colectiva de consumidores y usuarios (algunos de los cuales intenté señalar en este trabajo).

Más allá de eso, en términos de política pública y no solo de aspectos procedimentales, creo que el Congreso no debería repetir el error de abordar la regulación de los procesos colectivos en una materia específica. Necesitamos, de una buena vez, una regulación de procesos colectivos completa, sistémica y transubstantiva.

Esto implica, por un lado, hacerse cargo de la conexión e interdependencia interna de los distintos aspectos de la regulación del proceso colectivo. Por otro lado, exige construir una verdadera y propia tutela diferenciada que tenga por objeto procesar y resolver conflictos colectivos de cualquier tipo (sin limitar su ámbito de aplicación a ciertas áreas del derecho sustantivo, como en este caso se propone para el derecho del consumidor).¹⁴⁵

¹⁴⁵ Sobre el conflicto colectivo como justificación de esta tutela diferenciada, Verbic, Francisco “*Los Procesos Colectivos. Necesidad de su Regulación*”, L.L. 2010-A-769.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

Expte n° 43.241/12 -Juzg.44- “S.S.V. y otros c/ Cencosud S.A y otros s/ daños y perjuicios”

En Buenos Aires, a _____ de agosto dos mil dieciocho, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado “S.S.V. y otros c/ Cencosud S.A y otros s/ daños y perjuicios” de acuerdo al orden del sorteo el Dr. Liberman dijo:

I.-

Los actores apelaron la sentencia obrante a fs. 615/625, por la que se rechazó la demanda indemnizatoria que presentaron. Expresaron agravios a fs. 661/666, el traslado fue respondido por la demandada a fs. 672/675. De su lado, la Defensora de Menores e Incapaces de la Cámara expresó sus quejas a fs. 678/681, replicadas por Cencosud a fs. 685 y por los reclamantes a fs. 687.

Las quejas de los apelantes se basan en que la consideran arbitraria, y entienden que debe ser revocada y hacerse lugar a la pretensión, dado que la empresa demandada no cumplió con el deber de cuidado que tenía a su cargo.

Entre otras consideraciones, el tribunal de grado rechazó la demanda por tener acreditada la fractura del nexo causal entre los daños invocados por los accionantes y el hecho delictivo ocurrido el 20 de julio de 2010 a las 18 horas aproximadamente, dentro del centro comercial conocido como “Plaza Oeste”, de la localidad de Morón, Provincia de Buenos Aires.

En dicha ocasión, un grupo de jóvenes estaba discutiendo o peleando y uno de los involucrados (Esteban Martín Bordón, citado como tercero a este juicio y presentado a fs. 287/8) sacó de su mochila un arma de fuego y, entre otros, efectuó un disparo que lesionó la pierna derecha del hijo de los actores, que nada tenía que ver con la gresca. Era a esa época un niño de 4 años que estaba paseando en el



lugar junto a sus padres. Ahora reclaman la indemnización de los daños y perjuicios que, de modo diverso, dicho ilícito les causó.

En lo que aquí interesa, está reconocida por las partes la ocurrencia del incidente (B. tampoco lo negó) y que los reclamantes se encontraban dentro del establecimiento, lo cual también surge de las constancias obrantes en la causa penal caratulada “B.E.M. s/ Lesiones leves” (N° 2496/2011), que tengo a la vista.

La juez de grado desestimó la acción contra Cencosud S.A. por estimar, tras discurrir en torno a la antijuridicidad y demás elementos de la responsabilidad civil, “que el hecho no ocurrió por incumplimiento alguno de la demandada, sino que medió caso fortuito” (de fs. 619 vta.).

Entre otras apreciaciones citó un precedente de esta Sala – donde también llevé el primer voto- en el que, confirmando la decisión de la misma apreciada colega de grado, se rechazó la demanda (“Garrido c. Disco S.A.”. J.A. 2013-III-377, con nota crítica de Graciela Lovece en pág. 382). Dijo la Dra. Sclarici en la sentencia a fs. 621 que es un caso similar. Discrepo con esa analogía, hay similitudes pero veo diferencias que señalaré más adelante.

La sentencia en crisis calificó el hecho dañoso como imprevisible, inevitable, ajeno a la actividad desarrollada por la demandada. No advirtió la juzgadora qué medidas podría disponer para evitarlo. No es hecho habitual que alguien que pasea por un centro comercial porte un arma y la utilice en una pelea entre grupos. Coincido con ella por lo menos en que no es usual que se dispare un arma de fuego en una pelea en un centro comercial; tal vez se porten con más habitualidad sin que nos demos cuenta.

Sé que las normas provinciales vedan a los vigiladores la portación de armas. Por lo que en principio comparto que no se advierte el modo en que podrían evitar un hecho como éste. De otro lado, aun cuando pudiesen portarlas, como disuasivo o amenaza concreta, haciendo un razonable balance de riesgos no deberían ser





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

usadas en un centro comercial lleno de gente. Diríamos, por el contrario, que es totalmente irrazonable. Para un mejor desarrollo remito a “Garrido”.

El tenor de los agravios y las particularidades puestas de relieve autorizan a efectuar una referencia respecto del sistema legal de responsabilidad por daños y en particular el de protección de los consumidores, para ponderar si el suceso puede tener el alcance del caso fortuito o la fuerza mayor, constituyéndose en una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos del art. 513 y concordantes del Código Civil. El hecho ocurrió antes de la vigencia del Código Civil y Comercial ley 26.994, aunque no hay diferencias de fondo sino de forma.

La parte actora en su rol de agravios puso el acento en una enorme cantidad de incumplimientos o defectos o faltas de servicio que surgen de la prueba arrimada. Faltas de servicio que significarían, adicionalmente, que la empresa ha incurrido en una responsabilidad subjetiva. Negligencia en la aplicación de estándares mínimos del dispositivo de seguridad y de atención de los concurrentes. En fin, el tenor de la carta documento glosada a fs. 34 exhibe una falta total de pudor y un destrato hacia un consumidor dañado; la empresa se permitió desconocer olímpicamente lo sucedido en sus narices.

II.-

“[L]a antijuridicidad no es un presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, ya que hay numerosos supuestos de responsabilidad que no exigen la individualización de una acción del hombre y donde, por tanto, es innecesario formular un juicio de licitud o ilicitud (...). Hay daños injustos sin antijuridicidad en su producción” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños - 4”, Hammurabi, 1999, pág. 317 y sig.). Hice esa cita varios



años atrás (RCyC. 2007, 1119). Para esta autora, el presupuesto de la antijuridicidad se centra en la injusticia del daño (op. cit., pág. 319).

Esa es la razón por la que prefiero ver antijuridicidad en toda acción u omisión dañosa no justificada (doctr. art. 1717, CCyC), y no sólo como “un incumplimiento objetivo, expresado como una infracción de un deber” (sentencia a fs. 617).

En aquel momento (CNCiv., Sala L, 13-9-2007, “Komotorre c. Edesur”; RCyS. 2007-1119; J. A. 2008-II-222/3; daños causados por actividad lícita), a través del prisma de juristas como Bustamante Alsina, López Olaciregui, Bueres, Díez-Picazo e Yzquierdo Tolsada, terminé concluyendo –con cita de este último- que todo daño no justificado debe ser reparado por el causante.

Tal vez sean sólo digresiones sobre un mismo tema, pero me gusta más aquel concepto que pone el acento en el daño injustificado y, por tanto, en el dañado.

Esta idea no es ajena al pensamiento de la querida colega de grado. Lo demuestra con la cita de Zannoni (617 vta.), relativa a que el juicio de antijuridicidad en materia de responsabilidad objetiva es algo posterior, ‘a priori’ no hay conducta reprochable. Y lo es cuando el factor de atribución es el riesgo.

He expresado reiteradamente que, en mi opinión, las relaciones de consumo no conllevan permanentes obligaciones de seguridad “de resultado”, que impliquen siempre una responsabilidad objetiva. Depende del daño y de la situación en que ese daño se ha producido. Distinto es vender un producto que prestar un servicio; y hay infinidad de servicios diversos. En algunos supuestos fácticos, el plano de análisis será el de la responsabilidad subjetiva.

Aun dentro de la responsabilidad objetiva, el caso fortuito o la fuerza mayor pueden ser eximentes. “Garrido” remitía a un asalto muy violento perpetrado por varios delincuentes que entraron a un





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

supermercado para robar las cajas y, en esas circunstancias, el actor fue herido por un disparo de los ladrones.

Resolvimos entonces que “un hecho de violencia ejercido por un grupo de personas armadas constituyó una circunstancia extraordinaria que sobrepasó los recaudos que se adoptan regularmente para este tipo de comercios. Es más, la ley –por razones imaginables- no permite que la disuasión sea armada. Las circunstancias de tiempo y lugar con que debe juzgarse la conducta de la demandada exigen un criterio adecuado a la realidad de las cosas. De lo que se sigue que el asalto con las características puestas de relieve, representó una de las formas de caso fortuito porque resultó inevitable. Esto, sin perjuicio de señalar que en otros supuestos en los que no se advierta acreditado el hecho de terceros con el grado de violencia sobre las personas y/o bienes que informa esta causa, podría corresponder la atribución de responsabilidad del empresario como lo viene sosteniendo la doctrina y jurisprudencia” (J.A. 2013-III-381).

Dimos así preponderancia, como ahora la señora juez de grado, a los límites que impone a la empresa una realidad de inseguridad y delincuencia, y el balance de riesgos en la forma de prevención o represión.

Como corolario podría predicarse que también estamos ante un supuesto de fuerza mayor. A despecho de lo alegado inicialmente por los actores, el centro comercial asistió a la familia tal vez no en forma inmediata. No hay reproche que pueda asentarse en alguna falta del personal de seguridad. Tal vez –responsabilidad del shopping- en una provisión inferior a lo razonable, insuficiente para la circulación de personas en un Día del Amigo y en época de vacaciones de invierno.

Pero entiendo que esta fuerza mayor no es ajena a la actividad de la empresa comercializadora de servicios a través de un centro comercial.



En definitiva, para la sentenciante no hubo una relación causal jurídicamente adecuada entre el daño sufrido y la actividad de la demandada. Creo que sí la hay, y no hay fractura del nexo causal.

Sin embargo, la especie no remite al estudio de la obligación tácita de seguridad sino centralmente a otra cosa: la seguridad es un servicio que brinda, onerosa o gratuitamente, un centro comercial.

Como acertadamente destaca la familia actora en sus agravios, “la seguridad es un elemento esencial y concitante de aquello que ‘vende’ el Shopping. Mucho más en una zona del conurbano que padece inseguridad” (de fs. 661 vta.).

Hago una primera aproximación al problema. *Creo que, en líneas generales, un mercado o un supermercado sólo ofrecen y venden cosas o productos (caso “Garrido”). Pero un centro comercial ofrece y vende mucho más. Entre otras cosas, una de la mayor trascendencia: seguridad. Seguridad personal.*

Desde esta óptica, no es igual para un consumidor ir de compras a un local de ventas que da a una calle o avenida cualquiera que ir a un local de ventas que está dentro de un centro comercial. No es lo mismo –lo hemos dicho en otra oportunidad (“Osorio c. Alto Palermo”)- ir de diversión a un local de entretenimientos que da a la calle que a otro inmerso en el ámbito de un centro comercial.

Comentando “Osorio”, Weingarten señaló que “los consumidores cuentan allí con la comodidad y sobre todo *con la seguridad de los servicios que esos espacios brindan*, siendo éstas las *cualidades diferenciales para posicionarse competitivamente en el mercado*” (J.A. 2008-I-212).

“Esa asunción de la seguridad es parte del riesgo empresarial (...), pues se trata de la propia esencia de la empresa y con fundamento en la responsabilidad objetiva” (pág. 213). En fin, “el *shopping center* incorpora un ‘plus’ de seguridad, que conlleva el deber de satisfacer esas mayores expectativas. Se trata de la aplicación





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

de la *responsabilidad por la apariencia*, y que tiene con el principio de confianza una estrecha ligazón. Cuanto mayor sea la apariencia de seguridad que se genera, mayores serán las expectativas de confianza y mayor también la lesión económica sufrida por el consumidor” (loc. cit.) (todos los destacados en el original).

Algo parecido ocurre con los clubes de campo y barrios cerrados. Hemos señalado que el servicio de seguridad es inherente y específicamente propio de esta clase de emprendimientos (13-12-2017, “Loliscio c. Marshall”). De allí que los daños causados en ocasión o con motivo de esa prestación esencial hacen responsable al titular del club de campo o barrio cerrado.

“Los centros comerciales –dicen Á.L. y A.- ofrecen (...) algo que los hace únicos por naturaleza: ofrecen seguridad (Á.L., F. M. y Arestin, Adriana, en J.A. 2010-IV-166). El *shopping* se sustenta precisamente sobre la oferta de seguridad (en pág. 162/3).

III.-

Dejemos de lado por un momento el concepto “seguridad personal” desde lo vivencial o –digamos- lo filosófico. La seguridad que se debe al consumidor o usuario (art. 42, Constitución Nacional, y 5 ley 24.240). O el derecho a la seguridad, a la integridad psicofísica, en palabras del Código Civil y Comercial.

Veamos a la seguridad desde un punto de vista económico, que es el marco dentro del cual, en un sistema capitalista, las empresas aprecian los derechos del consumidor. La “seguridad”, la confianza, es –no más ni menos- una mercancía, que se ofrece, se compra y se vende en el mercado. Son bienes económicos fomentados por los opuestos, la inseguridad y la desconfianza. Que también son (dis)valores económicos que están en el mercado.

De modo que la “seguridad” es parte del giro económico de la empresa centro comercial que ofrece y vende a los clientes comerciantes, y también a los consumidores finales, un factor de



atracción comercial, social, y motivo diferencial para que los consumidores (siquiera potenciales) vayan a estos establecimientos.

En consecuencia, en el ámbito de un centro comercial los daños sufridos por un hecho de “inseguridad” o delincuencia no son ajenos a la relación de consumo. Son inherentes a la actividad empresarial. El riesgo empresario, contrapartida del muy importante beneficio que obtienen estos emprendimientos, es factor de atribución suficiente para responsabilizar a sus titulares. Aun más, dado que la seguridad es inherente al giro comercial, mal podría ser considerado extraño a la relación de consumo un hecho de inseguridad o delincuencia.

El concepto económico de “empresa” pasa por la organización de recursos con el fin de producir u operar en la circulación de bienes y servicios, no escapando a su esencia la asunción de riesgos para la obtención de beneficios. Ello es así porque la actividad económico-comercial es fundamentalmente de carácter especulativo (Gherzi, Carlos A., “Responsabilidad civil de las empresas de servicios temporarios y/o eventuales”, J.A. 1990-III-152).

De modo que la atribución de responsabilidad deriva de la noción de riesgo provecho, que nutre a su vez la concepción de riesgo de empresa de la doctrina italiana (Alterini, A.A.: “Responsabilidad objetiva...”, en *Derecho de Daños*, 2ª parte, ed. La Rocca, pág. 546).

Al contestar el traslado de la crítica de los actores, Cencosud defiende que el agresor es un tercero por el que no debe responder. Yerra al hacer esta afirmación. Sólo por error podría aducir que el concurrente o espectador agresor es un tercero por el que no debe responder. Cito a Fermé: “si bien los concurrentes a un espectáculo son, respecto de la entidad organizadora, terceros, luego de haber permitido su ingreso y teniendo a cargo el control de la seguridad del espectáculo, la misma atrae sobre sí la responsabilidad por los daños causados” (su voto en CNCiv., sala I, RCyS. 2001, 840/1). En fin, en espectáculos, eventos o situaciones como la de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

especie, los agresores no son terceros por los que el empresario o convocante no deba responder (ver: Liberman, Victor, “Autor anónimo...”, en *Incumplimientos contractuales. Responsabilidad empresarial por daños a la persona y al patrimonio*, dir. Weingarten – Gherzi, pág. 267/8, Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, 2018).

En jurisprudencia, el tema y la solución -como se ve- no son nuevos. En similar sentido se han pronunciado otros tribunales (ver entre otros: CNCiv., Sala G, 26-8-2004, “Clemente c. Abriata”, RCyS 2004, 1354; ídem, Sala H, 6-2-2017, “P. B., S. y otros c. B., L. J. y otros”, exp. 111.497/2007).

Como dije al principio: si bien es cierto que hay similitudes entre el daño sufrido durante un asalto a mano armada contra un supermercado, no lo es menos que las situaciones son diferentes. Ciertamente en algunas hipótesis –que no son las del caso- podrían presentarse zonas grises, zonas de penumbra, en que unos y otros establecimientos comerciales no diferirán mayormente. No es posible establecer categorías aplicables a todos los casos.

Basta como ejemplo el fallo citado por el Ministerio Público de la Defensa a fs. 679. Considera la responsabilidad de una empresa de supermercados por daños recibidos por un asistente al perpetrarse un robo a mano armada contra un banco existente en el ámbito. Ciertamente esos supermercados con varios locales y un “paseo de compras” o servicios tienen más semejanza física y de forma jurídica con los “hipermercados” y centros comerciales.

Como principio, no son asimilables –y por tanto la solución no es igual- los supuestos del asalto a mano fuertemente armada a una línea de cajas de un supermercado y los de daño sufrido por agresión con o sin uso de armas dentro de un centro comercial. En este caso, no sólo es importante el concepto de seguridad del consumidor (art. 42, CN, y 5, ley 24.240) sino que la seguridad de las personas es inherente al servicio o producto que se vende u ofrece.



IV.- Situación del tercero Bordón

A todo esto Bordón es el responsable primario de las lesiones. Entre todas esas respuestas evasivas que leo en la contestación al traslado de su citación al pleito (fs. 287/288) ni siquiera niega haber sido el autor de los disparos. En fin, estando a la prueba no cabe duda que fue él.

Pero en su defensa planteó que, como tercero llamado al proceso, no podría ser condenado porque no lo autoriza el art. 96 del Código Procesal. Y porque “el objeto de la litis no son los disparos que pudiera haber efectuado el suscripto, ni sus consecuencias mediatas (...). Acá se reclama el incumplimiento en el deber de vigilancia por parte del centro comercial” (de fs. 288).

Apartémonos de las explicaciones evasivas, más cercanas a la temeridad procesal, y centrémonos en dos argumentos: que la ley procesal no permite condenarlo y que, a la fecha de su citación al pleito, la acción estaba prescripta.

Voy a la segunda defensa. Por un lado, el reclamo de la familia fue presentado al tribunal antes de que se cumpliera el plazo bienal del art. 4037 del Código Civil ley 340, entonces aplicable. Y si bien la demanda se dirigió sólo contra Cencosud S.A., la citación de Bordón al pleito es consecuencia de esta acción no prescripta.

Por otro, en “Obra Social... c. Gesvice SRL” (exp. 60.854/2002, del 23-6-2015), aclaré que el derecho (y la acción) por el que es citado el tercero no es el de la parte actora (en el caso, los damnificados directos) sino que es el crédito que nacería del pago de la condena por la parte demandada (Cencosud S.A.), un hecho futuro. Por lo que en la especie no podría haber prescripto una acción cuando Cencosud todavía no la tiene.

Zanjada esta cuestión, me parece que lo del alcance de la sentencia es no haber leído bien la reforma de la ley 25.488, que Bordón cita por ahí. El abogado se ha olvidado del último párrafo agregado al





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

art. 96 y que, en vez de “afectará”, el segundo párrafo ahora dice “alcanzará”.

En definitiva, la sentencia alcanzará al señor Bordón y la sentencia podrá serle ejecutada en su contra.

Proponiendo en consecuencia revocar la sentencia y condenar a la demandada Cencosud y -en la medida del seguro- a La Meridional, pasará a estudiar las partidas resarcitorias pedidas.

V.-

El primer rubro de la cuenta efectuada en la demanda remite a un supuesto *lucro cesante* de los padres, merma patrimonial que habría sucedido por haber tenido que distraerse de sus ocupaciones para atender a su hijo Luciano Saravia.

Como principio, todo daño debe ser demostrado por quien pide indemnización, salvo los casos de presunción legal, doctrinal o jurisprudencial. Es lo que unánimemente se entendía antes de la vigencia del CCyC y recoge ahora el art. 1744.

Nada hay en expediente sobre este problema. El lucro cesante es un daño eminentemente patrimonial, y si no su cuantía – que puede deferirse al juez- al menos tiene que haber prueba de su producción. No podría entonces el tribunal suplir la orfandad probatoria.

Sigue la *incapacidad física*.

El informe pericial es bastante escueto en cuanto a explicaciones. Sólo fue impugnado por la aseguradora en aspectos de relativa importancia que son tenidos en cuenta. Al menos al momento de las operaciones técnicas ninguno de los actores padece una discapacidad física vinculable con este lamentable suceso. Ni siquiera el niño, hoy adolescente. Que seguramente la tuvo pero en forma temporaria.

Por suerte.



Queda la cicatriz que viera la perito médica. Y las cicatrices en la psiquis.

Paso entonces al *daño psíquico y gastos en terapias*.

Es aquí donde la huella encontrada tiene real volumen. Parece obvio por la gravedad de la cosa y el peligro de un daño mayor; pero, técnicamente, merece prueba y esto ha sido avalado por la pericia médica y los demorados informes del hospital público. De otro lado, a fs. 390 obra informe del que surge que los padres transitaban una psicoterapia. Ya no son hipótesis o entelequias, la necesidad de tratamiento es una realidad.

Habitualmente –señalamos con reiteración- la discapacidad transitoria se resarce como lucro cesante; sin embargo es indemnizable en sí misma aunque no existan lucros frustrados (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *Código Civil y leyes complementarias Comentado...*, dir. Belluscio, coord. Zannoni; ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, pág. 219), en orden a las limitaciones sufridas en la vida de relación. De esa manera, para la necesaria cuantificación del daño es menester considerar la índole y levedad de las lesiones, las condiciones personales, familiares y socioeconómicas de la persona damnificada (conf. CNCiv., Sala G, 17-5-02, “Fabiano c. Fernández”; J.A. 2002-III-367).

En particular en lo referente a la discapacidad psicológica, hay que tener en cuenta que la propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente. Partiendo de una hipótesis positiva acerca de resultados favorables de reducción de la minusvalía, bien puede existir un "resto no asimilable", algo imborrable de la esfera anímica (conf. Daray, Hernán: *Daño psicológico*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 56/7).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

Han transcurrido varios años desde el lamentable disparo; implica que la discapacidad hasta el momento existe. Y la posibilidad de minoración depende de muchos factores.

Voy a englobar la indemnización por daño psíquico y el dinero necesario para realizar psicoterapia. Que, como se sabe, no tiene por qué hacerse (o seguirse) dentro de la cartilla de profesionales de la obra social o empresa de medicina prepaga que tenga el acreedor. Lo haré en el caso de los padres que, en razón de su responsabilidad parental, deben afrontar los gastos.

Separadamente se cuantificará el daño psíquico del menor.

En ese andarivel, me parece adecuado conceder a la madre la cantidad global de setenta y cinco mil pesos para la señora S., y sesenta mil pesos para el señor C.S.. Para L.S. creo justo otorgar ciento veinte mil pesos.

Me parece innegable el *daño moral* sufrido por toda la familia.

No hace falta memorar lo sucedido y lo que pudo suceder. El tiroteo ocurrió estando los tres; el niño de 4 años sufrió una herida de bala y el padre un roce. La madre tampoco salió indemne del todo ante la corrida y, para colmo, padece una enfermedad cardíaca. Pudo haber pasado cualquier cosa.

¡Qué puede sentir un niño de esa edad ante semejante disparate! Vivió, vivieron, la inseguridad en familia. No es sólo dolor físico, debe ser un enorme dolor existencial de desamparo.

Es claro que la naturaleza jurídica del daño moral es básicamente reparatoria. Pero, como dice Iribarne, no hay que desatender la conducta del ofensor; bien distinta es la penuria de la familia de alguien muerto en accidente que la de alguien asesinado alevosamente. Esto permite tener en cuenta un factor de indudable relevancia para hacer más gravosa la prestación indemnizatoria del daño moral cuanto mayor sea el reproche ético de la conducta del ofensor



(Iribarne, Héctor P.: *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 406/7). Esto, si se quiere de modo reflejo, afecta también a la empresa que no cumplió su oferta de seguridad personal.

En fin, por la propia naturaleza y particularidades del daño extraeconómico, su inherente intangibilidad, la posición del juez es importante desde que la subjetividad del afectado parece ser aprehendida por el juzgador, se coloca en su estado existencial, pero con pautas accesibles al común (conf. Zavala de González, Matilde: *Resarcimiento de daños, 5a - Cuánto por daño moral*, pág. 106, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005).

Si bien compartimos que la cantidad de dinero reclamada es, en principio, un tope para la estimación judicial, no lo es menos que no se podría considerar la suma en pesos nominales de hace 6 u 8 años. La inflación en todos estos años ha sido galopante. Por ese motivo creo ajustado proponer al acuerdo se conceda cuarenta mil pesos para cada uno de los padres y ciento cincuenta mil pesos para Luciano. Incluyo, en el caso de Luciano, la lesión estética mencionada por la pericia y enmarcada –en este caso erradamente- como una incapacidad por la parte y la perito.

La familia tenía al menos en la época del hecho dañoso la cobertura de una obra social. Hay algunos comprobantes de *gastos de farmacia*. Pero se puede presumir que ha habido otros, de *movilidad, de farmacia, de alguna atención médica particular*, etc. Antes era una presunción ‘hominis’, de la doctrina y la jurisprudencia; ahora esa presunción está receptada en el Código Civil y Comercial de 2015, art. 1746.

Propondré acordar la cantidad de cinco mil pesos (\$2.500 para cada uno de los padres).

Nada hay probado sobre *gastos en kinesiología*. Nada aparece en la pericia médica sobre la necesidad de hacer esa terapia y, dado que hay cobertura de obra social, no podría presumir tales gastos.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

VI.- Intereses.

Sigo creyendo que es mejor que el juez cuantifique la indemnización en términos de valores “actuales”, al tiempo de su sentencia. Y condene al pago de intereses a una tasa “pura”.

Pero como en la actualidad este es un criterio minoritario en la Sala, para homogeneizar las pautas numéricas y evitar disidencias inútiles, adhiero a la propuesta de mis colegas de agregar intereses a tasa activa desde el hecho generador. Salvo cuando el daño se produce con posterioridad (conf. plenario “Gómez”).

En ese orden de ideas, la propuesta numérica parte de valores –si se quiere- “históricos”. Es que en definitiva lo que interesa al reclamante es cuánto va a ser su acreencia, y cuánto va a deber el responsable. Creo que lo que propongo lejos está de constituir un enriquecimiento indebido.

La indexación sigue vedada y es notorio que la tasa activa del BNA, si no se capitaliza, es negativa en confronte con la pérdida de valor de la moneda. Así, como venimos haciendo desde el caso “Chivel c. Venturino” (sentencia del 28-5-2014), propondré un mecanismo para que no se altere el significado económico de la sentencia.

Si la sentencia no es sólo declarativa sino de condena, contiene ejecutividad propia y el juez tiene potestad suficiente para hacer que su mandato se cumpla. Hasta tanto, para que la entidad económica del resarcimiento se mantenga a lo largo del tiempo, el tribunal debe prever los mecanismos idóneos; de otro modo se afecta el principio de reparación integral (ver en lo pertinente: Bidart Campos, en E.D.145-617 y 146-328).

Digo siempre que el proceso justo no se agota con el dictado de una sentencia sino con el acabado y pronto cumplimiento de la condena.



Sosa ha dicho que los jueces deben adoptar las medidas necesarias –mecanismos razonables contra la inflación- para evitar la privación arbitraria de la propiedad que resulta de la afectación de un crédito por la pérdida de valor de la moneda (Sosa, Toribio: “¿Es la tasa de interés el verdadero tema?”, Rev. de Der. Bancario y Financiero, IJ-LXX-77).

Y Grisolia que “establecer una tasa diferencial para el supuesto de falta de cumplimiento en término del pago del monto final de condena con sus aditamentos implica un justo proceder, toda vez que el deudor que no satisface su débito queda en una situación de inexcusable renuencia, la que legitima y autoriza, a partir de allí y hasta que se produzca la cancelación íntegra y efectiva, la fijación de una tasa diferenciada de interés estimulante de la finalidad de proceso y disuasiva de conductas antijurídicas que pugnan contra el principio de eficacia de la jurisdicción” (Grisolia, Julio Armando, en L.L. 2014-C, 687 –AR/DOC/1349/2014-).

Voy a proponer al acuerdo que, además de los intereses compensatorios, se paguen intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario “Samudio” para el caso de cualquier demora en el pago de la condena en el plazo. Las cuentas liquidatorias -muy fáciles y aún más con la ayuda del CPACF- y el pago están a cargo del deudor.

En síntesis: voto por revocar la sentencia absolutoria y condenar a Cencosud S.A. y (eventualmente, en la medida del seguro) a La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. a pagar ciento diecisiete mil quinientos pesos (\$117.500) a S.V.S., ciento dos mil quinientos pesos (\$102.500) a C.G.S., y doscientos setenta mil pesos (\$270.000) a L.J.S.S., más intereses en la forma explicada y las costas de ambas instancias del proceso. La condena alcanza a E.M.B. y podrá ser ejecutada en su contra.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA L

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. Liberman, la Dra. Pérez Pardo vota en el mismo sentido.

La Dra. Iturbide no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Con lo que terminó el acto.

Víctor Fernando Liberman Marcela Pérez Pardo

///nos Aires, de agosto de 2018.

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede se revoca la sentencia y se condena a Cencosud S.A. y (eventualmente, en la medida del seguro) a La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. a pagar en diez días ciento diecisiete mil quinientos pesos (\$117.500) a S.V.S., ciento dos mil quinientos pesos (\$102.500) a C.G.S., y doscientos setenta mil pesos (\$270.000) a L.J.S.S., más intereses en la forma explicada, y las costas de ambas instancias del proceso. La condena alcanza a E.M.B. y podrá ser ejecutada en su contra. Queda prevenida la parte demandada que de no pagar capital más intereses en dicho término comenzará a correr desde entonces un interés adicional equivalente a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio".

Difiérese adecuar las regulaciones de honorarios (art. 279 del Código Procesal) y establecer los de alzada hasta tanto haya liquidación.

La Dra. Iturbide no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.



Firmado: Víctor Fernando Liberman y Marcela Pérez Pardo.

María Claudia del C. Pita

Secretaria de Cámara



“El alcance de la obligación de seguridad del Centro Comercial ante el daño al consumidor por hechos delictivos.”

por Rodrigo S. Bustingorry

Comentario al fallo: “S., S. V. y Otros c/ Cencosud S.A y Otros s/ daños y perjuicios” *CNCiv., Sala L, 01/08/2018 (LA LEY 2018-E, 382; RCYS 2018-XI, 97; JA 2018-IV; elDial.com – AAAAEB)*

I.- Introducción. II. Los hechos del caso. III. La relación de consumo. IV. La Obligación de seguridad. V. Conclusiones.

I.- Introducción.

En el fallo en comentario se analiza la responsabilidad civil de un Centro Comercial o Shopping Center (en adelante mencionados en forma indistinta) por un daño sufrido por un consumidor dentro de sus instalaciones en el marco de una relación de consumo, provocado por un hecho delictivo cometido por un tercero. Más precisamente, un disparo de arma de fuego en el marco de una pelea y tumulto, que terminó impactando en el cuerpo del consumidor, ajeno a la gresca, provocándole daños.

El fallo dictado en la Alzada es condenatorio y revocatorio de la sentencia que había sido dictada en sentido contrario en la primera instancia, lo que denota que no existe una postura jurisprudencial pacífica respecto del eximente de responsabilidad frente a la obligación de seguridad del Centro Comercial, aunque sí existe una tendencia que mayoritariamente atribuye siempre responsabilidad a este último sin importar las circunstancias del caso, como ocurre en el fallo en comentario. En efecto, pareciera que por el sólo hecho de ocurrir el daño dentro de sus instalaciones, el Shopping Center es siempre responsable sin que pueda fracturarse el nexo causal. Difiero con dicha extrema interpretación.

DECONOMI

La divergencia principal radica en la posible fractura del nexo causal por la existencia de una causa ajena, esto es, el accionar de un tercero por quien no se debe responder y que posee suficiente entidad, como se dijo, para romper el nexo de causalidad. En el caso, el hecho de un tercero ajeno al Shopping Center quien, a través de un accionar antijurídico (un delito penal), provoca un daño a un consumidor mientras este se encuentra en el establecimiento comercial, en el marco de una relación de consumo.

Por supuesto que deberán analizarse las circunstancias fácticas en particular de cada caso. Sin embargo, si bien no soslayo la obligación de seguridad que en todo momento asume el Centro Comercial frente al consumidor en el marco de una relación de consumo, sí considero que, en ciertos casos como en el aquí analizado, es posible la ruptura del nexo causal, demostrando el proveedor que no ha violado la mentada obligación, siempre inherente, como se dijo, a toda relación de consumo.

II.- Los hechos del caso.

De los considerandos del fallo analizado se desprende que el día 20 de julio de 2010 a las 18 horas aproximadamente, dentro del Centro Comercial conocido como “Plaza Oeste”, de la localidad de Morón, Provincia de Buenos Aires, un grupo de jóvenes estaba discutiendo o peleando y uno de los involucrados sacó de su mochila un arma de fuego y, entre otros, efectuó un disparo que lesionó la pierna derecha del hijo de los accionantes, que nada tenía que ver con la gresca. El damnificado tenía en ese momento cuatro años de edad y estaba paseando en el lugar junto a sus padres. Los actores, padres del menor, reclamaron una indemnización por daños y perjuicios contra del Centro Comercial. Fue citado como tercero el tercero agresor.

En la primera instancia se desestimó la acción contra el Shopping Center demandado por estimar, tras discurrir en torno a la antijuridicidad y demás elementos de la responsabilidad civil, “que el hecho no ocurrió por incumplimiento alguno de la demandada, sino que medió caso fortuito”. La sentencia en crisis calificó el hecho dañoso como imprevisible, inevitable, ajeno a la actividad desarrollada por la demandada. Se destacó en la primera instancia que surgía de las declaraciones testimoniales producidas en autos y en sede penal, que el Centro Comercial contaba con personal de seguridad contratado,

DECONOMI

que además contaba con personal policial adicional, y que el propio co-actor dio cuenta en sede penal que fue asistido por personal de seguridad y que se encontraba actuando el personal policía. Consecuentemente con ello, se juzgó que el referido hecho delictivo representó un hecho de un tercero que configuró el caso fortuito o fuerza mayor no imputable al Shopping Center demandado.

El Tribunal de alzada, luego del tratamiento del recurso de apelación interpuesto por los accionantes, revocó la sentencia y condenó al Centro Comercial demandado – y a la aseguradora en la medida del seguro citado - al pago de una indemnización por daños (psicológico, moral, gastos de terapia) más intereses y las costas del proceso.

El fallo es interesante porque, entre otras cuestiones, se cita un precedente similar, aunque decidido en opuesto sentido. En efecto, se citó un caso anterior que se trató de un asalto muy violento perpetrado por varios delincuentes que entraron a un supermercado para robar las cajas y, en esas circunstancias, el actor fue herido por un disparo de los ladrones. En el precedente citado se dijo que un hecho de violencia ejercido por un grupo de personas armadas constituyó una circunstancia extraordinaria que sobrepasó los recaudos que se adoptan regularmente para este tipo de comercios (un supermercado) y que dicho ilícito representó una de las formas de caso fortuito porque resultó inevitable. Sin embargo, de seguido se concluye que tal conclusión no puede trasladarse al hecho de inseguridad acaecido en un Shopping Center, en tanto la seguridad es un servicio que brinda, onerosa o gratuitamente, un Centro Comercial y, por lo tanto, no existe fuerza mayor que pueda romper el nexo causal entre el hecho y el daño.

Ello así, por cuanto los Shoppings Centers ofrecen y venden seguridad. Seguridad personal. El voto preopinante compara ambos casos, el precedente citado y el resuelto en el fallo en comentario, concluyendo que un Supermercado sólo ofrece y vende cosas o productos, pero un Centro Comercial ofrece y vende mucho más. Como se dijo, seguridad. “Desde esta óptica, no es igual para un consumidor ir de compras a un local de ventas que da a una calle o avenida cualquiera que ir a un local de ventas que está dentro de un centro comercial”.

DECONOMI

Así, el fallo comentado reza -citando doctrina¹⁴⁶- que existe por parte del Centro Comercial una asunción de la seguridad que es parte del riesgo empresarial, pues se trata de la propia esencia de la empresa y con fundamento en la responsabilidad objetiva. El Shopping Center incorpora un ‘plus’ de seguridad, que conlleva el deber de satisfacer esas mayores expectativas. Se trata de la aplicación de la responsabilidad por la apariencia, y que tiene con el principio de confianza una estrecha ligazón.

Agrega el voto en comentario que la “seguridad” es parte del giro económico de la empresa Centro Comercial que ofrece y vende a los clientes comerciantes, y también a los consumidores finales, un factor de atracción comercial, social, y motivo diferencial para que los consumidores (siquiera potenciales) vayan a estos establecimientos. En consecuencia, en el ámbito de un Centro Comercial, los daños sufridos por un hecho de “inseguridad” o delincuencia no son ajenos a la relación de consumo. Son inherentes a la actividad empresarial. En este caso, no sólo es importante el concepto de seguridad del consumidor (art. 42, CN, y 5, ley 24.240) sino que la seguridad de las personas es inherente al servicio o producto que se vende u ofrece.

III.- La relación de consumo.

La relación de consumo se conceptualiza como el vínculo jurídico que existe entre el proveedor de bienes y servicios y el consumidor (art. 3 ley 24.240; art. 1092 CCyCN). Puede asimilarse a una cadena formada por varios eslabones. El primero de ellos existe desde el mismo momento en que el proveedor ofrece sus bienes y servicios en el mercado a través de la oferta que realiza a los consumidores. El contrato de consumo será otro de los eslabones que podrá estar presente en la cadena de relación de consumo, pero no necesariamente deberá existir para que se esté en presencia de una relación de consumo. De hecho, esta continúa existiendo luego de la celebración del contrato, pro ejemplo, con la obligación de garantía ante la adquisición de cosas no fungibles.

Resulta indudable, entonces, que entre el Centro Comercial y el consumidor que ingresa y transita por sus instalaciones existe una relación de

¹⁴⁶ Álvarez Larrondo, Federico M. y Arestin, Adriana, en I.A. 2010-IV-166

DECONOMI

consumo, con independencia de que el susodicho consumidor finalmente celebre un contrato, por ejemplo, comprando algún producto en alguno de los locales que se encuentran en el Shopping Center o, por ejemplo, comprando entradas de cine. Por ello, desde que el consumidor ingresa al establecimiento comercial se disparan las normas tuitivas y protectorias del sistema normativo consumeril. Huelga recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional dispone expresamente que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Desde tal perspectiva, el Centro Comercial tendrá frente al consumidor una obligación tácita de seguridad que se desprende del precepto constitucional antes indicado y de las obligaciones que le establece la ley 24.240 (v. art. 5). Así, la obligación de seguridad asumida por el Centro Comercial exige que el usuario o consumidor pueda hacer uso de la oferta de bienes y servicios que allí se ofrecen y retirarse sin daño alguno. Sin embargo, tal obligación se impone en relación al normal uso de las instalaciones del Shopping Center y frente a los daños que pudieran provocarse con cuestiones relacionadas con la comercialización de los bienes y servicios que se prestan en el mismo. No cuando el daño ocurre, como en el caso, como consecuencia de un hecho de un tercero extraño a la relación de consumo, que no puede reprocharse al Centro Comercial. Esto último no puede implicar violación alguna al deber de seguridad.

Al respecto se ha dicho que desde el momento en que el consumidor ingresa al complejo comercial se genera un vínculo consumeril, que conlleva el deber de seguridad propio de todo contrato de consumo, razón por la cual, cualquier daño sufrido en el mismo, que no responda al hecho de la víctima, o a un caso fortuito o de fuerza mayor, deberá ser reparado por el titular del complejo¹⁴⁷. En mi opinión, en el caso, lo ocurrido fue un ejemplo de fuerza mayor.

IV.- La obligación de seguridad.

¹⁴⁷ CNCiv., Sala C, 06/10/2015; “Deautier Roxana Mariela c/ Panamerican Mall S.A. y Otros s/ Interrupción de Prescripción”, Expte. N°35.126/2011

DECONOMI

El art. 42 de la Constitución Nacional reconoce el derecho del consumidor o usuario a la protección de su seguridad. Habrá entonces como contrapartida, como antes dije, una obligación tácita de seguridad en cabeza del proveedor cuando se esté en presencia de una relación de consumo. Ello no está en debate.

Ahora bien, el art. 5 de la ley 24.240 establece que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Aparece aquí una palabra determinante: “previsible”.

A su turno, el art. 1731 del CCyCN establece que, para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito, mientras que el art. 1730 conceptualiza a este último como un hecho imprevisto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado¹⁴⁸. La cualidad de previsibilidad, entonces, aparece como concluyente para analizar la eximente del proveedor frente a su obligación de seguridad. Desde tal ángulo, cuando el daño se produzca como consecuencia del accionar de un tercero ajeno al Centro Comercial que no es previsible o que, siéndolo, no ha podido ser evitado, aunque se produzca en el marco de la relación de consumo, el nexo causal se romperá. Ello además es posible aun a pesar de considerarse que en el caso existe una responsabilidad de carácter objetiva y una obligación de resultado en cabeza del Centro Comercial.

Según el diccionario de la Real Academia Española, “previsible” se define como que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales. Entonces, si el daño sufrido por el usuario o consumidor en el marco de una relación de consumo fue ocasionado por un hecho “previsible”, aunque este hubiese sido provocado por un tercero, se viola el deber de seguridad y no existe ruptura del nexo causal pues, como se dijo, el hecho tiene la característica de previsibilidad. Por ejemplo, un daño provocado al consumidor por ingerir comida en mal estado vendida en el patio de comidas por un tercero proveedor que no

¹⁴⁸ Lo propio establecía el Cód. Civil de Vélez en el art. 514, vigente al momento de los hechos.

DECONOMI

es el Shopping Comercial. En este caso existiría violación al deber de seguridad y un hecho generador no ajeno a la relación de consumo.

Por el contrario, si el daño sufrido por el usuario o consumidor fue ocasionado por un hecho de un tercero que no puede ser calificado como “previsible” o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (fuerza mayor) se rompe el nexo causal y por lo tanto no habrá factor de atribución al Centro Comercial entre el hecho generador y el daño. No existe violación de la obligación de seguridad. Esto último, como antes dije, es lo que considero que ocurrió en el caso.

Es cierto que puede existir alguna discrepancia en cuanto a atribuirle, en el caso de la actividad que presta un Shopping Center, una responsabilidad -en todo momento- de carácter objetiva y una obligación de seguridad de resultado frente al consumidor o, como bien destaca el fallo, tal atribución no es absoluta y dependerá del servicio o bien comercializado, no pudiéndose descartar que, en algún caso, la responsabilidad sea de carácter subjetiva. Empero, aun de pensarse que es de carácter objetiva y que la obligación es de resultado, el proveedor siempre podrá – y tendrá - el deber de acreditar las causales de ruptura del nexo causal. No significa que nunca pueda existir el eximente de responsabilidad cuando, como en el caso, el hecho generador del caso fue provocado por terceros ajenos a la relación de consumo.

Desde la perspectiva precedentemente señalada, la pregunta que uno podría realizarse es si puede ser catalogado como previsible el hecho que una persona ingrese armada a un Centro Comercial o que varias personas inicien una pelea y provoquen daños a consumidores que se encuentren en dicho momento en ese lugar, disparando un arma de fuego. También podríamos preguntarnos si, por ejemplo, una pelea o gresca en un Centro Comercial es un hecho que entra dentro de las previsiones normales. Supongamos por un momento que ambos ejemplos se encuentran en la esfera de lo previsible... ¿Sería ello suficiente para atribuirle responsabilidad al Centro Comercial por violación a la obligación de seguridad? La respuesta deber ser negativa, ya que el proveedor podrá acreditar y probar que el hecho no ha podido evitarse a pesar de haber tomado todas las previsiones razonables que estaban a su alcance. En efecto, el Shopping Center, en su carácter de proveedor, podrá probar -como en

DECONOMI

el caso (seguridad privada, policía estatal, cámaras de seguridad y demás medidas de prevención)- que ha tomado medidas de seguridad ante la ocurrencia del infortunio y que las mismas fueron razonablemente suficientes pero que, a pesar de ello, el daño no pudo evitarse. En tal sentido, el art. 1710 del CCyCN establece expresamente que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de “b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Reitero que tales probanzas estarán en cabeza del proveedor. No olvido que la responsabilidad podría ser de carácter objetiva. Pero, reitero, no significa que ello no pueda acreditarse.

Ahora bien, en el fallo comentado se dijo que, en el ámbito de un Centro Comercial, los daños sufridos por un hecho de `inseguridad` o delincuencia son inherentes a la actividad empresarial y que el riesgo empresario es factor de atribución suficiente para responsabilizar a sus titulares, agregándose que, dado que la seguridad es inherente al giro comercial, mal podría ser considerado extraño a la relación de consumo un hecho de inseguridad o delincuencia. No comparto esta posición, la cual implica definir a la actividad que realiza un Centro Comercial como una actividad riesgosa y, en particular, que un hecho de inseguridad delictiva se encuentra en la esfera de la relación de consumo que existe entre el Centro Comercial y el consumidor. Se traslada de esta forma, a mi modo de ver incorrectamente, una obligación de seguridad que es propia del Estado. Máxime cuando el personal de seguridad privada de un Centro Comercial se encuentra inhabilitado para portar armas de fuego, como también se indica en el fallo comentado.

Por supuesto que tampoco corresponde en el caso la aplicación del art. 6 de la ley 24.240, por cuanto -como antes dije- un Centro Comercial no ofrece al consumidor, en principio, servicios riesgosos cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física¹⁴⁹.

Es cierto que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad que todo proveedor tiene frente al

¹⁴⁹ Podría ocurrir que dentro del Centro Comercial exista alguna diversión que se brinde a través de un juego electro mecánico que pudiere ser considerado riesgoso para niños, pero ello es excepcional y además no es lo que ocurrió en el caso en estudio.

DECONOMI

consumidor, en el marco de una relación de consumo y que, su incumplimiento, se produce como la ocurrencia del daño. Más, en el caso, el hecho generador no fue previsible. Nadie concurriría a un Shopping Center si fuera esperable el ingreso de personas armadas. De hecho, en el fallo comentado se reconoce que no es un hecho habitual que alguien que pasea por un Centro Comercial porte un arma y la utilice en una pelea entre grupos. También se agrega que las normas provinciales vedan a los vigiladores la portación de armas y que no se advierte el modo en que podrían evitar un hecho como éste. De otro lado, aun cuando pudiesen portarlas, como disuasivo o amenaza concreta, haciendo un razonable balance de riesgos no deberían ser usadas en un centro comercial lleno de gente. A pesar del expreso reconocimiento que se hace en el fallo en cuanto que el hecho generador del daño no fue previsible y que, aun siéndolo, no pudo ser evitado, no se exime de responsabilidad al Centro Comercial por la violación a su obligación de seguridad.

No se contradice que dicho deber de seguridad debe ser siempre cumplido y que, si se produce un daño al consumidor en la prestación del servicio, dicha obligación es violada. Mas ello no significa que el Centro Comercial no pueda, a los fines de su libración, acreditar que ha tomado todas las medidas adecuadas y razonables para evitar el hecho, más no resultó posible evitarlo, a consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito (como antes dije, un hecho imprevisible o que, habiendo sido previsto, no pudo evitarse) y ajeno a la relación de consumo. En este caso no puede endilgarse entonces la violación de la obligación de seguridad.

V.- Conclusiones.

El tema en análisis es controvertido. Sin embargo, considero que la obligación de seguridad, en el caso, no fue incumplida. En efecto, el Centro Comercial acreditó los eximentes de responsabilidad probando que el hecho generador del daño fue causado por una conducta ajena, imprevisible e inevitable.

La obligación de seguridad del Centro Comercial debe analizarse siempre desde la órbita propia de la relación de consumo que entabla con el consumidor, es decir, respecto de los servicios y prestaciones que se incluyen en la misma. El Centro Comercial no ofrece al consumidor servicios de

DECONOMI

seguridad. No comparto dicha conclusión. Los consumidores no concurren a un Shopping Center para protegerse de los hechos de inseguridad que ocurren en el exterior de sus instalaciones. Ello es un mero pensamiento más, en el caso, no obra prueba alguna en relación a oferta por parte del Centro Comercial relacionado con la seguridad personal de los asistentes. Distinto hubiere sido el caso en que el Centro Comercial realice publicidad relacionada con la oferta de servicios de seguridad garantizando esta última a los concurrentes, quedando entonces incluidos dichos servicios en la relación de consumo.

El fallo marca que no es un hecho habitual que alguien que pasea por un Centro Comercial porte un arma y la utilice en una pelea entre grupos. Sin embargo, a pesar de dicho reconocimiento en relación a la imprevisibilidad y a pesar de que el Centro Comercial demandado acreditó la presencia en el establecimiento de personal de seguridad privada e incluso de fuerzas de seguridad estatal, el fallo es condenatorio.

El Centro Comercial puede y debe tomar todas las medidas preventivas del caso, relacionadas con la protección de la seguridad y de la salud de los asistentes. Ello, a través de la contratación de medidas que sean razonablemente suficientes y adecuadas para cumplir con su obligación de seguridad frente al consumidor. Sin embargo y como ocurrió en el caso analizado, a pesar de todo ello, no se pudo evitar un hecho delictivo que fue imprevisible y, como tal, de fuerza mayor apto para romper el nexo causal.

DOLARIZACION DE LOS FONDOS Y LOS DIVIDENDOS EN LAS QUIEBRAS

Corrado Florencia

-JULIO 2020-

INDICE

1. PREÁMBULO
2. ¿COMO PROTEGER EL ACTIVO FALENCIAL?
3. PERMITE INVERSION EN DOLARES DE LOS FONDOS FALENCIALES RETENIENDO EL BANCO EL IMPUESTO PAIS
4. PROYECTO DE DISTRIBUCION –FONDOS INCREMENTADOS POR LA INVERSION EN BONOS
5. DENIEGA SUBASTA EN DOLARES, PERO LO UTILIZA PARA FIJAR LA BASE
6. DEPOSITOS, PROYECTO DE DISTRIBUCION DE FONDOS Y PRENUMERADO EN DOLARES
7. PROYECTO DE DISTRIBUCION EN DOLARES
8. BREVE OPINION- CONVERSION DE LOS FONDOS A DOLARES
9. OTRAS SITUACIONES A CONTEMPLAR: DÓLAR VS LCQ

1. PREÁMBULO

Que, con fecha 11 de marzo de 2020 la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus SARS-CoV-2 como una pandemia y por sus recomendaciones y experiencias recogidas de otros países, el PEN dictó el Decreto N° 260/20 por el cual se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año a partir del 12/3/20.

Que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional requirió, pocos días después, la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia, dando lugar al dictado del Decreto N° 297/20, por el cual se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, en adelante ASPO, y esta medida fue sucesivamente prorrogada mediante los Decretos Nros. 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20 y 520/20, con ciertas modificaciones según el territorio.

Que todas estas medidas permitieron contener la expansión de COVID-19, e intentaron evitar un desastre económico, a través de distintos instrumentos crédito, pago de bonos especiales, y programas para la asistencia a las empresas y el trabajo pero, pocas personas pudieron acceder a dichos beneficios.

Es por esa razón, que todas estas medidas adoptadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, no resultaron suficientes para evitar la crisis económica y financiera, y provocaron un impacto negativo en la economía en general afectando a las empresas, a las actividades independientes y al empleo, principalmente en la región del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), donde el ASPO se mantiene estricto afectando diversas actividades económicas.

Si bien existen distintos proyectos de ley intentando modificar la Ley de Concursos y Quiebras 24522, o proponiendo procedimientos alternativos más ágiles, flexibles, con plazos más breves y bajo costo con el fin de permitir a las personas humanas y pequeñas empresas rápidamente reinsertarse en el mercado y, de esta manera, reactivar la economía, la realidad es que hoy esas soluciones no están y la crisis se agrava.

Por ese motivo, los jueces concursales, como directores del proceso recurren a soluciones diversas en función de las herramientas legales que disponen, asegurando el orden público, la equidad social y evitando desequilibrios.

2. ¿COMO PROTEGER EL ACTIVO FALENCIAL?

En un primer momento, en la jurisprudencia publicada anteriormente en el CPCECABA (<https://www.consejo.org.ar/herramientas-profesionales/prestaciones/sindicos>) la sindicatura había solicitado, la inversión de fondos a través del dólar MEP. En la actualidad y con el CEPO cambiario se podría acceder legalmente a dólares a través de esa operatoria y cuidar el patrimonio de la fallida en beneficio de sus acreedores. El juez como director del proceso debe preservar la intangibilidad de los activos líquidos de la fallida pudiendo utilizar distintas alternativas de inversión a fin de proteger el activo durante el lapso que ingresan los fondos a la quiebra y el proyecto de distribución.

Este pedido se realizó pidiendo habilitación de feria, la cual fue denegada y se planteó revocatoria con apelación en subsidio.

La responsabilidad del síndico se extiende en distintos momentos previos y posteriores a la distribución de fondos. Tanto en el momento de la constatación de los bienes

incautados y su conservación hasta la liquidación de los mismos, como en su enajenación y en la distribución de los fondos ingresados al proceso falencial. El síndico vela por la protección de los bienes desde su incautación hasta su liquidación.

La inactividad de este funcionario concursal podría implicar una negligencia y su conducta podrá ser reprochable en los términos del art. 255 LCQ. El artículo 255 de la Ley 24.522, párrafo III, señala a la negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones, como causales de remoción del Síndico en la Quiebra, remoción que causa la inhabilitación para el desempeño del cargo de Síndico por el término que indica la norma, y puede importar también la reducción de los honorarios a regularse por su desempeño, entre un 30% y 50%. En el párrafo IV del citado artículo, se lee: "Puede aplicarse también, según las circunstancias, apercibimiento o multa hasta el equivalente a la remuneración mensual del Juez de Primera Instancia" (véase "Síndico Concursal. Sanciones." (Ley 24.522): Por Carlos Moro, LL 1995, E, p.170).

SS lo reconsidero, y como director del proceso simplificó los pasos y directamente ordenó la compra de dólares librando oficio por sistema DEOX y el Banco Ciudad Sucursal Tribunales procedió a la compra a precio oficial reteniendo el impuesto país y colocando el dinero a plazo fijo. **No me queda claro que correspondiera hacer dicha retención, porque los fondos judiciales no se encuentran específicamente contemplados en esta norma.**

Incluso en autos COM 38/1995 - BANCO EXTRADER S.A. s/QUIEBRA, Juzgado en lo Comercial Nro. 12 Sec. 24, el juez resolvió que la conversión de los fondos a Dólares dispuesta en autos, debía formalizarse sin aplicar el "Impuesto País"; porque entendió que la transacción no se encuentra alcanzada por la ley 27.541 ("Impuesto País"), ello toda vez que los fondos judiciales están eximidos por el tipo de transacción. Tanto la ley 27.541, como el DNU 49/2019 y la RG 4659 de Afip, no incluyeron las operaciones judiciales, ni a los jueces como sujetos obligados.

Ley 27541. CAPÍTULO 6. Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria (PAÍS) Artículo 35.- Establécese con carácter de emergencia, por el término de cinco (5) períodos fiscales a partir del día de entrada en vigencia de la presente ley, un impuesto que se aplicará en todo el territorio de la Nación sobre las siguientes operaciones: a) Compra de billetes y divisas en moneda extranjera -incluidos cheques de viajero- para atesoramiento o sin un destino específico... Artículo 36.- Serán pasibles del impuesto que se aprueba por la presente ley, los sujetos residentes en el país -personas humanas o jurídicas, sucesiones indivisas y demás responsables- que realicen alguna de las operaciones citadas en el artículo anterior.

Los fondos depositados en entidades bancarias con motivo de las causas judiciales deben tener un tratamiento en particular, debido a su especial naturaleza. Los depósitos judiciales están en custodia y sujetos a la decisión que el juez adopte en la causa. Son recursos cuya disposición es exclusiva de los jueces que entienden en la causa y que el banco obligatoriamente debe mantenerlos bajo su custodia.

Régimen legal de los depósitos judiciales en el ámbito nacional El régimen de los fondos judiciales se encuentra regulado por la Ley N 9.667. En su artículo 1 dispone que: "los fondos depositados judicialmente sólo pueden ser removidos por extracciones, embargos o transferencias, mediante orden del juez a cuyo nombre estén consignados". El artículo 3 que regula la forma en que se efectivizan estas libranzas dispone que "consentido el auto que ordene extracciones de los depósitos judiciales, el actuario presentará ante el juez un giro o formulario de libramiento que aquel firmará y sellará, con firma entera.

Dicho giro será endosado por la persona interesada o por un tercero a su ruego si éste no supiera o no pudiera firmar, en presencia del actuario, quien dará fe de dicho acto. El Banco, a la vista de ese documento, hará la entrega que corresponde" Las libranzas judiciales son una potestad jurisdiccional que implican el ejercicio de un poder público estatal, otorgado a los jueces para utilizar en el marco de los procesos llevados a su conocimiento, con la finalidad de efectivizar el cumplimiento de una prestación o para cautelar el resultado del pleito o asegurar el cumplimiento de prestaciones periódicas, entre otras. Este depósito que el juez ordena, a una cuenta a nombre del juzgado, supone el ejercicio de las facultades que las normas expresamente le otorgan y evidencian el carácter forzoso, ajeno a las características de consensuado y voluntario, típicas del contrato bancario.

Se encuentra vigente la normativa específica del Art. 1° de la ley 9667 en cuanto establece que "los fondos depositados judicialmente, sólo pueden ser removidos por extracciones, embargos o transferencias, mediante orden del juez a cuyo nombre estén consignados, o a la de su reemplazante legal". (Juz. Nac. Com. n° 4, "Scherer Keen German por Banco Río de la Plata S.A. s/ pedido de quiebra, 7.5.02, Expte. N° 76843).

3. PERMITE INVERSION EN DOLARES DE LOS FONDOS FALENCIALES RETENIENDO EL BANCO EL IMPUESTO PAIS

Si bien existen otras posibilidades de inversión como los CEDEARS (Certificados de Depositos Argentinos) o los Fondos comunes de Inversion, la realidad es que los sindicos administramos dinero ajeno que debemos proteger con una inversión segura, confiable y fácilmente liquidable. Por este motivo recurrimos a los dólares.

JUZGADO COMERCIAL – FERIA- EXPTE. 33384/2019 - CONSTRUTEC CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES Y CIVILES S.R.L. s/QUIEBRA

Buenos Aires, junio de 2020. Y VISTOS.

I.- Dedujo la síndico de la quiebra recurso de reposición contra el decisorio de fecha 5 de mayo del corriente en cuanto denegó su pedido de habilitación de la Feria Extraordinaria. En subsidio apeló.

II.- La funcionaria concursal había solicitado la habilitación del feriado judicial a fin de que se invirtieran los fondos existentes en la quiebra. Por ello solicitó se librara un oficio vía DEO al Banco de la Ciudad de Buenos Aires para que se abriera una cuenta comitente adonde se transfirieran los pesos depositados en el expediente a fin de que se adquiriera en el mercado el bono más conveniente - dólar del Mercado Electrónico de pagos (MEP). Agregó que la custodia del activo falencial era responsabilidad suya como funcionaria del concurso.

III.- Más allá de la opinión del Señor Juez de Guardia que dictara el proveído en crisis cabrá admitir el recurso interpuesto y revocar la providencia atacada del modo aquí dispuesto. Ello con base en que "es deber funcional del síndico concursal proponer la inversión que estime adecuada para prever la desvalorización monetaria; sin necesidad que su actividad sea excitada por el juez o por los acreedores. Este principio no se modifica por la exigencia legal (lc: 176), en situaciones específicamente previstas por las normas, de requerir previamente autorización judicial. Por tanto, la armónica interpretación de todo el

plexo normativo concursal conduce a que, el funcionario aconseje al juez sobre la conveniencia y ventajas de la adopción de las medidas conservatorias de los fondos del concurso (arg. Cn Com, Sala Bintegrada-, 14/3/1995, en "Moradas del Cebu s/ quiebra c/ caja nacional de ahorro y seguro s/ sum").

IV.- Sin embargo el recurso prosperará parcialmente. Así, con apego a lo dispuesto por la LCQ: 274 -en cuanto el juez es el director del proceso- se ordenará que los fondos depositados en pesos sean invertidos en dólares estadounidenses en una cuenta en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Ello con base en que el pedido de la compra de bonos en dólares estadounidenses emitidos por el Estado Nacional "Bonar 2024(AY24D) a través del MEP no parece, como principio, adecuado en el estado actual de la economía local, que influye en los elevados riesgos que involucran todas las operaciones bursátiles; ello sumado a lo dispuesto por el Decreto 346/2020 que en su art. 1 dispuso el diferimiento de los pagos de los servicios de intereses y amortizaciones de capital de la deuda pública Argentina emitida mediante títulos en dólares estadounidenses emitidos bajo la ley de la República Argentina hasta el 31 de diciembre de 2020. V.- Por lo expuesto RESUELVO:

1.- Admitir el recurso de reposición interpuesto con los alcances aquí señalados y revocar la providencia atacada en los términos aquí dispuestos.

2.- Dado lo aquí decidido manifieste la recurrente si mantiene el recurso de apelación subsidiariamente intentado.

3.- Habilitar la feria judicial a los fines aquí indicados. A los fines de su materialización remítase al Juzgado de trámite a fin que el señor Secretario del mismo efectivice la diligencia aquí dispuesta en caso de quedar firme lo ahora decidido.-

ALBERTO ALEMÁN. JUEZ

ANTECEDENTES- PLANTEO DE LA SINDICATURA PARA ADQUISICION DE DOLARES MEP

SINDICO SOLICITA HABILITACION DE FERIA Y ORDENE OFICIO

Señor Juez:

Florencia Corrado, contador público, matriculada en el C.P.C.E.C.A.B.A. bajo el T 302 f137, Monotributista, con domicilio constituido en Hualfin 789 CABA (tel: 1555921773, florenciacorrado@yahoo.com.ar) domicilio electrónico 27-28910578-1 designada sindico en autos: "CONSTRUTEC CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES Y CIVILES S.R.L. s/QUIEBRA " Expte. 33384/2019, a VE, respetuosamente digo:

I. Aclaración previa. Urgencia. Pedido de habilitación de feria:

En atención a los hechos de público conocimiento y la pandemia mundial, con claras repercusiones en nuestro país, por el COVID19, y la feria excepcional que atraviesa la Justicia Nacional, es que vengo por medio del presente, a realizar el pedido de habilitación de feria a efectos de despachar mi solicitud de oficio. El objetivo del oficio solicitado es adquirir dólares a fin de evitar un gravamen irreparable a los acreedores de la quiebra y cumplir así con mi obligación como sindica, además de cuidar el patrimonio de la fallida prenda común de los acreedores. Este es el objetivo del presente pedido.

Por ello solicito se disponga el levantamiento de la feria o situación de emergencia que se atraviesa en el presente momento y se conceda lo peticionado por esta sindicatura ut infra.

II. Solicito compra de dólares MEP

En la presente quiebra se embargó del Banco Credicoop la suma de \$784911.34 que fueron remitidos al Banco Ciudad Sucursal Tribunales bajo el número de operación 50347295. Esa suma de dinero sigue perdiendo valor y es responsabilidad de la sindicatura su custodia y realizar una buena administración de dichos fondos bajo apercibimiento de sanción.

Estos últimos días de abril, son difíciles y preocupantes para Argentina, que enfrenta una crisis económica que se profundiza con la continuación de la cuarentena y la falta de actividad. La devaluación del peso argentino genera inquietud, incertidumbre y preocupación en el país.

Es por ese motivo, que solicito acceder al dólar del Mercado Electrónico de Pagos (MEP). Para ello solicito se libre oficio vía DEO al Banco Ciudad Sucursal tribunales a efectos de que abra una cuenta comitente a la orden de este juzgado, donde se transfieran los pesos que se encuentran depositados en autos a fin de que adquieran el bono más conveniente (Ej. AY24- Bonar 2024, que tiene gran movimiento en el mercado) bajo las condiciones de “contado inmediato” para que rápidamente sean transformados en dólares físicos y depositados en la cuenta de la fallida, y su posterior inversión a plazo fijo en dólares.

La responsabilidad del síndico se extiende en distintos momentos previos y posteriores a la distribución de fondos. Tanto en el momento de la constatación de los bienes incautados y su conservación hasta la liquidación de los mismos, como en su enajenación y en la distribución de los fondos ingresados al proceso falencial. El síndico vela por la protección de los bienes desde su incautación hasta su liquidación.

La inactividad de este funcionario concursal podría implicar una negligencia y su conducta podrá ser reprochable en los términos del art. 255 LCQ. El artículo 255 de la Ley 24.522, párrafo III, señala a la negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones, como causales de remoción del Síndico en la Quiebra, remoción que causa la inhabilitación para el desempeño del cargo de Síndico por el término que indica la norma, y puede importar también la reducción de los honorarios a regularse por su desempeño, entre un 30% y 50%. En el párrafo IV del citado artículo, se lee: “Puede aplicarse también, según las circunstancias, apercibimiento o multa hasta el equivalente a la remuneración mensual del Juez de Primera Instancia” (véase “Síndico Concursal. Sanciones.”(Ley 24.522): Por Carlos Moro, LL 1995, E, p.170).

Como expresé en la introducción del tema, no sólo es importante la custodia y realización de los bienes, sino también su buena administración, traducida en lograr que esos bienes generen una renta hasta su realización, si fuese posible.

El art. 183 LCQ dispone que: “Las sumas de dinero que se perciban deben ser depositadas a la orden del juez en el banco de depósitos judiciales correspondiente, dentro de los tres (3) días”, y así mismo, dichos fondos pueden ser dispuestos en cuentas con el fin de “... devengar intereses en bancos o instituciones de crédito oficiales o privadas de primera línea”. Pero la tasa de interés en plazo fijo en pesos cayó súbitamente y el rendimiento no es suficiente.

De no acceder SS a la petición de esta sindicatura implicaría un verdadero castigo a los acreedores, que verían menoscabado el margen de posibilidades de percepción de sus créditos ante la licuación de tales fondos.

Lo planteado por la sindicatura es la única forma para la compra de moneda extranjera en el mercado legal al precio oficial, con el objetivo de evitar la pérdida de valor económico de la moneda.

La inversión en moneda extranjera ya fue dispuesta en otras causas (Zeltray Investments S.A. c/ Galion Federal y otros s/ Ejecución Hipotecaria - Expte.071732/2001 - Juzgado Nacional en lo Civil 69... “Buenos Aires, Marzo de 2009.-... Atento lo solicitado en el punto IV, líbrese oficio al Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales, a los fines de invertir las sumas depositadas en autos a plazo fijo en dólares renovable automáticamente.- ...”).

Reitero, el artículo 183 LCQ prevé, respecto de los fondos del concurso, la posibilidad de su inversión rentable en bancos o instituciones de crédito oficiales o entidades financieras de primera línea. La modalidad de inversión de dichos fondos será decisión del juez de la causa, pudiendo ser en dólares para evitar a la masa de acreedores los perjuicios derivados de la inmovilidad del activo de la quiebra.

Por todo lo expuesto, siendo mi responsabilidad, además de una forma legal de asegurar el patrimonio falencial, solicito a SS ordene el oficio peticionado.

Proveer de conformidad que,

SERA JUSTICIA

**CONSTRUTEC CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES Y CIVILES S.R.L.
s/QUIEBRA 33384/2019 Juzgado en lo Comercial N° 12 - Secretaría N° 23 -**

Buenos Aires, mayo de 2020.

-I. Por recibidos. II. AUTOS Y VISTOS:1. Se presentó el síndico de esta quiebra a fs. 243 solicitando la habilitación de feria a efectos de que se ordene la compra de dólares de los fondos embargados en pesos y remitidos por el Banco Credicoop y se proceda a su imposición a plazo fijo en dicha moneda foránea, señalando que, de lo contrario, dada la depreciación de la moneda nacional se estaría perjudicando a los acreedores.2. Cabe señalar que el criterio ordinario de interpretación restrictivo que rige la habilitación de la feria judicial (CNCom. Sala de Feria, 07.01.2000, en “Antrak Construcciones S.A. s/ concurso preventivo”), se acentúa aún más en el marco de una situación excepcional como la que ocurre actualmente a nivel mundial, regional y local derivada de la propagación del coronavirus (COVID-19), la cual llevó a la CSJN, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, a declarar la feria extraordinaria por razones de salud pública (Ac. 6/2020, 8/2020 y 10/2020CSJN), en consonancia con el Decreto de Necesidad y Urgencia N°297/2020 PEN. En este marco, la situación esgrimida en la presentación adespacho no se presenta a juicio de este juez de guardia, como uno de los actos procesales urgentes, diligencias que de no adoptarse pudiera volverse ineficaz o causar un perjuicio irreparable (art. 4 RJN, art. 153 CPCCN), a los que hace referencia la Ac. 6/2020 CSJN (arts 3 y 4). Así cabe considerarlo, pues independientemente de que el planteo no queda comprendido en ninguna de las excepciones indicadas en el art. 2 de la Ac. 9/20 CSJN, en términos generales tampoco se observa la urgencia que se predica, cuando lo que se está pretendiendo de este juez de feria es que con semejante decisión se aparte de las normativas y reglamentaciones de política cambiaria emitidas por el Banco Central de la República Argentina cuya constitucionalidad incluso no se cuestionaron (BCRA Com. "A" 6815, 6770, 7001, entre otras), dirigidas a impedir desde hace ya varios meses que los particulares puedan acceder al mercado libre de cambios para adquirir una suma mayor a los U\$S200 mensuales. De ahí que, no brindándose tampoco argumentos sobre las razones de porqué esas restricciones no le serían oponibles también a los ciudadanos que ostenten además la calidad de acreedores de un

proceso concursal, no se aprecia un escenario de urgencia que alerten sobre ese invocado supuesto perjuicio justificado en una distinción respecto de la limitación que tendría cualquier otro ciudadano con igual pretensión que la referida funcionaria que simplemente representa los intereses de los acreedores de esta quiebra. Por mérito a lo cual,

RESUELVO:

- 1) Denegar la habilitación de fería solicitada.
- 2) Notifíquese por secretaría al síndico y gírese el expediente al juzgado de origen, encomendado -a modo de colaboración- la inmediata devolución informática a este juzgado de guardia en caso de mediar recurso.

EDUARDO E. MALDEJUEZ DE GUARDIA

Revocatoria y apelación en subsidio:

SINDICO PLANTEA REVOCATORIA CON APELACION EN SUBSIDIO

Señor Juez:

Florencia Corrado, contador público, matriculada en el C.P.C.E.C.A.B.A. bajo el T 302 f137, Monotributista, con domicilio constituido en Hualfin 789 CABA (tel: 1555921773, florenciacorrado@yahoo.com.ar) domicilio electrónico 27-28910578-1 designada sindico en autos: "CONSTRUTEC CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES Y CIVILES S.R.L. s/QUIEBRA " Expte. 33384/2019, a VE, respetuosamente digo:

D) PLANTEO REVOCATORIA

Vengo por intermedio del presente a solicitar S.S. revoque la sentencia de fecha 5-5-20, en cuanto deniega la habilitación de fería teniendo en cuenta las aclaraciones que a continuación expongo.

En primer lugar, esta sindicatura no solicito “se ordene la compra de dólares de los fondos embargados en pesos”. Lo que esta sindicatura planteo fue y transcribo “acceder al dólar del Mercado Electrónico de Pagos (MEP). Para ello solicito se libre oficio vía DEO al Banco Ciudad Sucursal tribunales a efectos de que abra una cuenta comitente a la orden de este juzgado, donde se transfieran los pesos que se encuentran depositados en autos a fin de que adquieran el bono más conveniente (Ej. AY24- Bonar 2024, que tiene gran movimiento en el mercado) bajo las condiciones de “contado inmediato” para que rápidamente sean transformados en dólares físicos y depositados en la cuenta de la fallida, y su posterior inversión a plazo fijo en dólares.”

Esta operatoria es completamente legal porque si así no lo considerara SS, estaría afirmando que todas las operaciones de La Bolsa de Comercio de Buenos Aires, son ilegales, cuando esta es una asociación civil sin fines de lucro, fundada el 10 de Julio de 1854, dirigida por representantes de diferentes sectores del empresariado, regulada por la Ley N° 17.811, siendo supervisada por la Comisión Nacional de Valores (CNV). Y la CNV es el organismo nacional encargado de la promoción, supervisión y control del Mercado de Capitales. Es una entidad autárquica bajo la órbita del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, creada en el año 1968 a partir de la Ley N° 17.811 de Oferta Pública.

Se trata de una operatoria legal en la que se cambian bonos o acciones adquiridos en pesos por dólares y permite saltar el límite de compra de los US\$200 mensuales. <https://www.lanacion.com.ar/economia/como-comprar-dolares-mas-baratos-sin-cepo-nid2322534>

En segundo lugar, este planteo es urgente porque es de público conocimiento que nos encontramos en un proceso de devaluación, que las tasas de interés que pagan los bancos por plazos fijos en dólares se desplomaron y que el riesgo de default es real.

El principio del derecho medieval “notoria non egent probatione”, significa que se “exonera de prueba al hecho notorio”. Los hechos notorios, son aquellos hechos ocurridos en una sociedad y en un tiempo determinado, y que justamente por su notoriedad son de conocimiento general, por ejemplo, el que se plantea ut supra.

Es por ello, que es un acto procesal urgente, es una diligencia que de no adoptarse pudiera causar un perjuicio irreparable (art. 153 CPCCN) a la masa de acreedores.

El objetivo del oficio solicitado es adquirir estos dólares alternativos a fin de evitar un gravamen irreparable a los acreedores de la quiebra y cumplir así con mi obligación como síndico, además de cuidar el patrimonio de la fallida prenda común de los acreedores. Estos dólares seguirían dentro del sistema financiero argentino, toda vez que también se requiere que, una vez líquidos y depositados, sean invertidos a plazo fijo.

El juez como director del proceso debe preservar la intangibilidad de los activos líquidos de la fallida pudiendo utilizar distintas alternativas de inversión a fin de proteger el activo durante el lapso que ingresan los fondos a la quiebra y el proyecto de distribución.

Por todo lo expuesto se solicitó se disponga el levantamiento de la feria o situación de emergencia que se atraviesa en el presente momento y se conceda lo peticionado por esta sindicatura.

En tercer lugar, SS menciona las normas del BCRA que permite la adquisición de U\$S 200 por PERSONA FISICA por mes. Más allá que como explique anteriormente eso no fue lo peticionado, la cuestión reside en que la presente quiebra se arriba por extensión, la cual se genera por aplicación del Art.161 inc. 3, es decir, por confusión patrimonial inescindible, existiendo una masa única, un único patrimonio, no pudiendo separarse uno de otro. Por lo que el activo que se intenta proteger servirá para pagar a los acreedores de esta quiebra, de "BASILE ANTONIO s/QUIEBRA " Expte. 33383/2019, y de COMPAÑIA ARGENTINA DE MONTAJES INDUSTRIALES S.R.L. S/ QUIEBRA" Expte. 025291/2015. Sumado a esto, debe tenerse en cuenta el estado procesal de esta quiebra como la de Basile, donde los acreedores aún pueden presentarse a verificar sus créditos. Es decir que esta operatoria que se solicita, y reitero, ES LEGAL, no beneficiaria solo a una persona sino a varios acreedores, tanto personas físicas como jurídicas, de las 3 quiebras por el hecho de existir masa única.

De no acceder SS a la petición de esta sindicatura implicaría un verdadero castigo a los acreedores, que verían menoscabado el margen de posibilidades de percepción de sus créditos ante la licuación de tales fondos.

A mayor abundamiento, una operatoria similar pero inversa, es decir pasar de dólares a pesos, se dispuso en autos KESTNER S.A. s/QUIEBRA Expediente n° 14065/1991 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Comercial n° 6 - Secretaría n° 12 donde intervino la CNCOM SALA A. En dicho expediente se dijo: Buenos Aires, 09 de octubre de 2015. I.1 Importa referir, prioritariamente y para la mejor comprensión del tema por analizar, los antecedentes de la adecuación del último proyecto de distribución de los fondos depositados en esta quiebra...3 Nuevamente siguieron diversas contingencias procesales, inicialmente referidas a la moneda de pago a los beneficiarios de la distribución, y luego inherentes a la modalidad de conversión de los dólares estadounidenses que componían el activo falimentario a moneda de curso legal ...II.1 Se encuentra a decisión de este Tribunal la adecuación del último proyecto de distribución de fondos, formulada

con motivo del resultado de la conversión de los dólares estadounidenses depositados en la causa en moneda de curso legal, en los términos propuestos por la sindicatura en el escrito de fs. 10111/2 y en su aclaración de fs. 10166/8. 2 Cabe recordar que en el mes de marzo del año 2010, el activo falimentario estaba conformado por la cantidad de U\$S 902.567,38 -equivalente por entonces a \$ 3.465.858,74, según la cotización oficial de la divisa-, y que esa cantidad se incrementó hasta llegar a U\$S 906.295 por la adición de los intereses devengados en la originaria cuenta redituable abierta en el Banco Ciudad. El síndico informó en tales presentaciones, que por consecuencia de la adquisición de Bonos de la Bolsa de Comercio –efectuada con la intermediación del Banco Ciudad- y la venta ulterior de tales títulos, la referida conversión del activo falimentario de U\$S 906.295, había arrojado la cantidad de \$ 11.071.724,67.4 Por lo tanto, el último proyecto de distribución de los fondos habidos en esta quiebra deberá adecuarse al temperamento fijado en este pronunciamiento.Además, deberá efectuarse una reserva para atender la regulación de honorarios por dictarse para remunerar las tareas desarrolladas para obtener la más fructífera conversión de la divisa depositada en autos en moneda de curso legal. Notifíquese ministerio legis. MARTA G. CIRULLI JUEZ

Por lo expuesto, es clara la urgencia, es legítimo el planteo y por ello debe habilitarse feria y concederse el oficio peticionado.

Jurisprudencia: Habilitación de feria:

CAMARA COMERCIAL - SALA FERIA “PAPELES PM S.A.I.C. S/CONCURSO PREVENTIVO”. EXPTE. NRO. 32262/2019 Juzgado de Feria. Buenos Aires, 14 de abril de 2020.- Y VISTOS: I. Viene apelada en subsidio la resolución del 1.4.20. El fundamento recursivo fue presentado mediante escrito digital incorporado al sistema Lex 100 el 6.4.20. Tanto la resolución apelada como la de rechazo de la revocatoria, así como el escrito recursivo, obran en el sistema Lex100, lo que es informado en este acto por la Secretaría de esta Sala de Feria. II. Más allá de que es dudoso que se den las condiciones para disponer en la especie la habilitación de la Feria vigente, a los efectos de evitar cualquier incertidumbre de quien recurre, se la considera habilitada con el solo objeto de poner de manifiesto lo siguiente: que, en los términos de la Acordada 4/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han sido inhábiles judiciales los días 16 de marzo de 2020 a 19 de dicho mes, en tanto a partir del día siguiente (20.3.20) rige la Feria judicial extraordinaria declarada por Acordada 6/20 del mismo Máximo Tribunal, Feria luego prorrogada hasta el 26.4.20 inclusive. ...III. Por ello, se RESUELVE: admitir la apelación con el alcance que surge de lo recién expresado. Se encomienda al señor juez de primera instancia notificar la presente. Devuélvase al juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos en virtud de lo resuelto por esta Cámara por Acuerdo General Extraordinario del 12.4.20. Rafael F. Barreiro. Eduardo R. Machin. Ernesto Lucchelli. Manuel R. Trueba

Por todo lo expuesto, bajo el principio de economía procesal, solicito a SS que haga a lugar al presente recurso de revocatoria, revea la decisión que se adoptara y que por ende ordene el oficio peticionado.-

II) APELO

En el hipotético caso que se denegase la revocatoria aquí planteada, dejo desde ya interpuesto el recurso de apelación en subsidio, por causar un gravamen irreparable no solo a los acreedores de las 3 quiebras que represento, sino también a mi persona, dado que se me impide cumplir con mis obligaciones.

REITERO: La responsabilidad del síndico se extiende en distintos momentos previos y posteriores a la distribución de fondos. Tanto en el momento de la constatación de

los bienes incautados y su conservación hasta la liquidación de los mismos, como en su enajenación y en la distribución de los fondos ingresados al proceso falencial. El síndico vela por la protección de los bienes desde su incautación hasta su liquidación.

La inactividad de este funcionario concursal podría implicar una negligencia y su conducta podrá ser reprochable en los términos del art. 255 LCQ. El artículo 255 de la Ley 24.522, párrafo III, señala a la negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones, como causales de remoción del Síndico en la Quiebra, remoción que causa la inhabilitación para el desempeño del cargo de Síndico por el término que indica la norma, y puede importar también la reducción de los honorarios a regularse por su desempeño, entre un 30% y 50%. En el párrafo IV del citado artículo, se lee: "Puede aplicarse también, según las circunstancias, apercibimiento o multa hasta el equivalente a la remuneración mensual del Juez de Primera Instancia" (véase "Síndico Concursal. Sanciones."(Ley 24.522): Por Carlos Moro, LL 1995, E, p.170).

III) PETITORIO:

Por todo lo expuesto solicito:

- A) Me tenga por presentado, en el carácter invocado. - B) Por interpuesto en tiempo y forma, el recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fecha 5-5-20.- C) En su momento revoque la denegación de habilitación de feria judicial y se ordene el oficio peticionado.- D) En el supuesto de no hacer lugar a lo solicitado, se tenga por interpuesto y conceda el recuso de apelación planteado ante tal eventualidad.-

Sírvase S.S. proveer de conformidad que, SERA JUSTICIA

SM010820 Subgerencia Judicial - Consulta 11/06/20
 NORMAL 09:57:54

Clave Judicial 0062 012 023 0913 0604 3 CBU 02900759-10224091306042
QUIT Rco.Ciudad 30-99903208-3

Actor	CONSTRUTEC CONSTRUCCIO	- Plazo Fijo -		
Demanda	XX	M Certif.	Fecha Vcto	Neto a Cobrar
Causa	QUI EXPTE 33384/2019	R 991680470	14/07/2020	8.452,09
Depos.				
Fecha Alta	4/06/2020 Ver Ofic			
Importes en DOLARES				
				8.45
				INTRO-Continuar
				0,00 CR a Confirmar

F5-Caja de Ahorros F8-Plazo Fijos F9-Cont.Autos F10-Oficios F11-Saldos
 F4-Emisión Constancia F12-Salir

ESPECIE: B BILETE		MERCADO LIBRE DE CAMBIOS		F. CONCERTACION		F. LIQUIDACION		NUMERO DE BOLETO		
		VENTA DE CAMBIO A ENTIDAD		09	06	2020	09	06	2020	
								1345311		
ENTIDAD BANCO CIUDAD				CÓDIGO DE ENTIDAD 29						
DOMICILIO LEGAL DE LA ENTIDAD FLORIDA 302 (C1005AAH) CAPITAL FEDERAL				CUIT DE LA ENTIDAD 30-99903208-3		INGRESOS BRUTOS DE LA ENTIDAD 901-912205-7				
SOLICITANTE BANCO CIUDAD DE BUENOS AIRES				CUIT/CUIL/CDI (*) 30-99903208-3						
DOMICILIO FLORIDA 302 00 (1005) CIUDAD AUTONOMA BUENOS AIRES / CAPITAL FEDERAL				CÓDIGO POSTAL 1005		CÓDIGO PAIS ORIG.		F. INGRESO		
CONCEPTO DE LA OPERACIÓN BILLETES MON EXTRANJERA POR INSTRUCCION JUDICIAL				CÓDIGO DE CONCEPTO A20		FECHA DE EMBARQUE (**)				
INSTRUMENTO VENDIDO		INSTRUMENTO RECIBIDO		CÓDIGO DE MONEDA USD		IMPORTE 8,444.44		TIPO DE CAMBIO 71.5000		
IMPORTE EN PESOS PESOS SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE CON 46/100				IMPORTE EN PESOS 603,777.46						
BENEFICIARIO DEL EXTERIOR				CUENTA N°						
DOMICILIO				CÓDIGO DE PAIS						
BANCO RECIPIENTE DEL EXTERIOR				CÓDIGO SWIFT						
FORMA DE PAGO EFECTIVO		FORMA DE CORRO EFECTIVO		ESTADO PENDIENTE						
IMPUESTO LEY PAÍS (30%) - TOTAL IMPUESTO: \$181,133.24 - TOTAL OPERACIÓN + TOTAL IMPUESTO: \$784,910.70										
<p>Respecto de la presente operación, declaramos bajo juramento lo siguiente: I. Las informaciones consignadas son correctas, exactas, completas y verdaderas. II. No infringimos el Régimen Penal Cambiario (Ley 19.359) del que conocemos sus normas y sanciones así como los límites y requisitos establecidos por BCRA en la Com. A 6844 y complementarias. III. Cumple con los requisitos legales que hacen a la licitud y origen de los fondos de (Resol. II UIF) y conocemos que la presente queda en poder del Banco y podrá ser puesta a disposición de la UIF o del B.C.R.A. IV. Conocemos y cumplimos en lo que corresponde a esta operación con lo dispuesto por la Com. 'A' 6401 y no cuento con deuda vencida con el exterior. V. La compra de ME no será destinada a la compra de títulos valores dentro de los 5 días hábiles a partir de la fecha de la operación de cambio y/o por el tiempo para que resulte necesario para completar el monto adquirido bajo otros regímenes. VI. No soy/somos beneficiario/s de los "Créditos a Tasa Cero" acordados en el marco del artículo 9° del Decreto N°332/2020 y Com 'A' 6993 y 'A' 7006 y complementarias del BCRA (y modificatorias). VII. No accederé al mercado de cambios para formar activos externos y/o remitir ayuda familiar y derivados, s/ el pto 3.8. del T.O de 'Exterior y cambios', el cual conozco y está disponible en el sitio www.bcra.gov.ar. VIII. En el día de hoy y en los últimos 90 días no vendí de títulos valores con liquidación en ME y/o los transferí a entidades depositarias del exterior. Me comprometo también a no realizarlo a partir de este momento y por los próximos 90 días.</p>										
Fecha				Firma Sello						

Duplicado

Transaccion Finalizada

Fecha: 09/06/2020 Hora: 13:51:58
 Caja: 6 Operador: b5011062
 Mtd. de Transaccion: 1345911
 Importe: 8,444.44 DOLARES EE.UU.

Banco Ciudad De Buenos Aires - Sucursal 75

4. PROYECTO DE DISTRIBUCION –FONDOS INCREMENTADOS POR LA INVERSION EN BONOS

En Kestner SA la sindicatura había planteado que con los depósitos que se encontraban en dólares, se accediera a la compra de Bonos en el mercado de valores a los efectos de pesificarlos y proceder al pago en pesos del proyecto de distribución de fondos. Esta sería una buena opción para aquellos jueces que no permiten la distribución de dólares.

KESTNER S.A. s/QUIEBRA Expediente n° 14065/1991 Juzgado Nacional en lo Comercial n° 6 - Secretaría n° 12 -CNCOM SALA A

Poder Judicial de la Nación.

JMB.

014065/1991

KESTNER SACIFA S/ QUIEBRA

Buenos Aires, 11 de Marzo de 2014.-

Y VISTOS:

1.) Apeló la sindicatura en forma subsidiaria el decreto de fs.9.255 -mantenido en fs. 9.324vta.- que rechazó el pedido introducido en fs. 9.243/9244, dirigido a que, a los efectos de proceder a la pesificación de los fondos depositados en estos autos en moneda extranjera para efectivizar el proyecto de distribución aprobado en autos, la quiebra adquiera títulos de la deuda pública en dólares estadounidenses (Boden 2015) al valor del mercado en la Bolsa de Comercio de esta Ciudad, vendiéndolos en forma inmediata a la especie en pesos para su liquidación en esa moneda, acreditando la suma obtenida en una cuenta en esta última moneda que deberá abrirse al efecto.-

La magistrada de grado señaló que si bien incumbe al juez, como director del juicio de quiebra, preservar celosamente la intangibilidad de los activos líquidos de la fallida, pudiendo a ese fin utilizar distintas alternativas de inversión a fin de proteger el activo durante el lapso que transcurre entre el ingreso de los fondos y su distribución, estimó que el escenario configurado en autos impedía asumir el curso de acción propuesto por el funcionario sindical, toda vez que en el caso ya se encuentra consumida esa etapa, de modo que solo cabe ahora ejecutar la decisión aprobatoria de la distribución oportunamente proyectada por la sindicatura.-

Los fundamentos fueron desarrollados en fs. 9.313/9.316.-

En fs. 9.329 fue oída la Sra. Representante del Ministerio Público, quien señaló que la decisión adoptada sobre la cuestión que es materia del recurso encuadra dentro de las facultades conferidas al juez por el art. 274 como director del proceso.-

2.) La recurrente se quejó de esta decisión alegando, en lo sustancial, que: a) existe más de un mecanismo para “pesificar” los fondos depositados en moneda extranjera, por lo que es lógico que el funcionario sindical proponga la manera que resulte más beneficiosa para la masa; b) de acuerdo a lo informado en estos autos por la Comisión Nacional de Valores -CNV-, la operatoria propuesta es legal y legítima, por lo que de no accederse al procedimiento propuesto se perjudicaría a los acreedores sin sentido alguno; c) hasta tanto no se conviertan los fondos existentes en dólares estadounidenses a pesos, no habrá efectiva distribución, por lo que yerra la jueza al afirmar que nos encontramos ante una situación ya consumida.-

3.) Así planteada la cuestión, cabe señalar en primer lugar que asiste razón al recurrente en cuanto a que no se trata aquí de invertir fondos de la quiebra para preservar su valor a través del tiempo, sino de analizar el modo más ventajoso de convertir a pesos la suma de U\$S 906.295 depositada en estos autos, para proceder al pago de los créditos comprendidos en el proyecto de distribución aprobado en autos. En consecuencia, la apreciación de la juez *a quo* en punto a que la instancia procesal para ponderar la alternativa propuesta por el funcionario sindical en la presentación de fs. 9.239/9.240 se encontraba precluida no resultó acertada.-

4.) Sentado ello, repárese en que la modalidad de conversión a pesos de la moneda extranjera depositada en autos consiste en que el Banco Ciudad adquiriera para la quiebra, abriendo una *cuenta comitente* para ello, títulos de la deuda pública en dólares estadounidenses (Boden 2015) al valor del mercado de la Bolsa de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para luego vender esos títulos de inmediato en pesos para su liquidación en esa moneda. Explicó que esta operatoria se concreta del siguiente modo: i)

marco fáctico que sustentó el planteo del síndico se ha modificado *sustancialmente* desde que fuera introducido en virtud de la depreciación sufrida a partir de entonces por la moneda local con relación al dólar estadounidense -y muy particularmente- sobre el final del último mes de enero del año en curso, que elevó la cotización de \$5,33 a aproximadamente \$ 8 por cada dólar.-

En el contexto señalado, y más allá de la incidencia que pudiera haber tenido la modificación del valor de la moneda norteamericana con relación al peso en las operaciones de compraventa de valores negociables a través de la Bolsa de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la propuesta en el *sub examine* por el funcionario sindical -extremo que no conforma un hecho de público conocimiento como el señalado en el párrafo precedente-, surge evidente la pérdida de actualidad de la base fáctica que fundó la petición y, por ende, la del agravio articulado sobre el particular.-

En consecuencia, corresponderá mantener la decisión apelada en esta instancia del trámite, sin perjuicio -obviamente- de la facultad del quejoso de introducir, en su caso, las peticiones que estime de menester de acuerdo con la situación actualmente vigente.-

6.) Por todo ello, y oída la Sra. Fiscal General, esta Sala

RESUELVE:

Declarar que no corresponde pronunciamiento actual acerca del remedio intentado en virtud de la pérdida de virtualidad de la materia sujeta a recurso.-

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el

se compran Boden 2015 (especie operada contra billetes en la Bolsa denominada técnicamente AR015D) a razón de 0.90, por lo que la suma de USS 906.295 determina la cantidad de Boden 2015 en USS 1.006.994; y ii) los Boden 2015 en USS se operan contra la especie pesos en la Bolsa denominado AR015, que a la fecha de la presentación de fs. 9.239/9.240 se estimó en \$6.925, por lo que se recibiría en la cuenta en pesos de la quiebra la suma aproximada de \$ 6.973.436, lo que determinaría que la "la venta real se hizo a una cotización de \$7,6944 por cada 1 USS".-

De acuerdo a lo expuesto por la CNV en fs. 9.250/9.254 con sustento en lo informado por la Gerencia de Intermediarios, Bolsas y Mercados, tanto la compra de títulos públicos en moneda extranjera como la venta de valores negociables en pesos, son operaciones factibles de realización (véase fs. 9.254). La CNV adjuntó, asimismo, copia de la Comunicación BCRA "A" 4308 que establece las distintas modalidades de liquidación para las operaciones que se realicen en los distintos mercados autorregulados, la Comunicación N° 11.379 del Mercado de Valores de Buenos Aires SA y la Circular 87/2009 referente a la reglamentación de las operaciones de compraventa de valores negociables.-

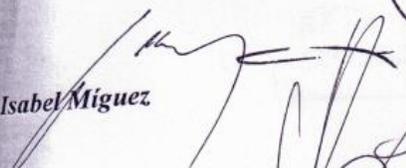
En orden a ello, y en el plano de su factibilidad, la operatoria propuesta por el síndico no se muestra *prima facie* reñida con el ordenamiento legal vigente, por lo que, de evidenciarse efectivamente ventajosa para los intereses de la quiebra, no debería existir, en principio, óbice para su procedencia. En este punto, la posición del apelante también se muestra atendible, restando únicamente analizar entonces lo referente a la *conveniencia económica* de esa operatoria para los intereses de la quiebra.-

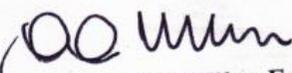
5.) A ese respecto, obsérvase que la operación y sus eventuales beneficios diferenciales son altamente dependientes de situaciones coyunturales y que, esto es de destacar, no aparece informada la incidencia de las varias comisiones que la operatoria propuesta habría de insumir y que a este cuadro, ya de por sí difuso en sus límites, no es dable soslayar que el

9455

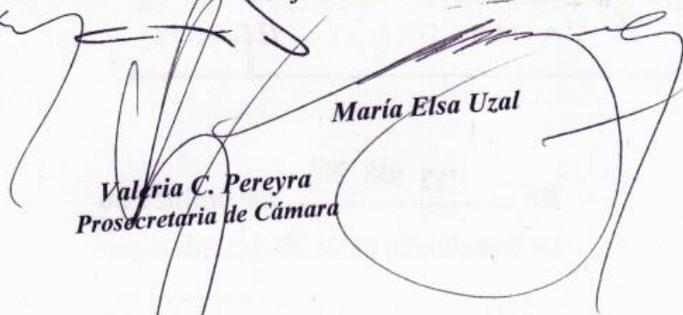
01

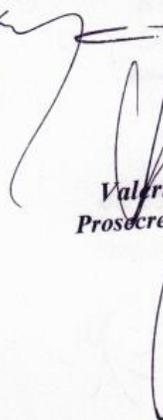
cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas.
Notifíquese a la Sra. Fiscal General y oportunamente devuélvase a primera
instancia, encomendándose al Sr. Juez *a quo* disponer las notificaciones del
caso con copia de la presente resolución.


Isabel Míguez



Alfredo A. Kölliker Frers


María Elsa Uzal


Valeria C. Pereyra
Prosecretaria de Cámara

Antecedentes:

Buenos Aires, 09 de octubre de 2015.

I.1 Importa referir, prioritariamente y para la mejor comprensión del tema por analizar, los antecedentes de la adecuación del último proyecto de distribución de los fondos depositados en esta quiebra.

2 En ocasión de presentarse la propuesta originaria de tal último reparto, el síndico informó el 11.3.2010 que existían U\$S 902.567,38 por distribuir, equivalente por entonces a \$ 3.465.858,74 (ver escrito de fs. 8860/8, específicamente fs. 8867, punto 16, apartado B) y fs. 9176). Siguió una multiplicidad de contingencias procesales, principalmente inherentes a cuestiones arancelarias (ver apelaciones contra regulaciones de honorarios—fs. 8875/80, fs. 8891 y 8905-, decisiones de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial -fs. 8919/20 y fs. 8945/6-, solicitudes de formación de incidente para cobro de honorarios al Banco Ciudad—fs. 8950/1 y fs. 8954-, pedido de elevación de la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para revisar honorarios—fs. 8963/4-, decisión del Alto Tribunal—fs. 9069/70-, entre otras concernientes a esos trámites), que insumieron más de dos años. Mientras tanto, los fondos de la quiebra resultaron incrementados en la suma de U\$S 906.295, según la información provista por el síndico el 23.11.2012 en fs.9176.

3 Nuevamente siguieron diversas contingencias procesales, inicialmente referidas a la moneda de pago a los beneficiarios de la distribución, y luego inherentes a la **modalidad de conversión de los dólares estadounidenses que componían el activo falimentario a moneda de curso legal** (ver solicitud del síndico en el escrito de fs. 9176, desestimación de ese pedido en fs. 9177, apelación en fs. 9189, memorial en fs. 9200/2, decisión de la Sala A de la Cámara Comercial en fs. 9220/2, **pedido de conversión mediante la compra y venta ulterior de títulos de la deuda pública—Boden 2015**- en fs.9239/40, informe de la Comisión Nacional de Valores en fs. 9254, desestimación en fs.9255, apelación subsidiaria en fs. 9313/6, decisión de la Sala A de la Cámara Comercial en fs. 9451/3, informe del Banco Ciudad en fs. 10106), a más de las diversas recusaciones con expresión de causa planteadas por Felix A. Zannol, en ambas instancias—con los consecuentes vaivenes del expediente-, todo lo cual insumió casi tres años. Luego de esta necesaria referencia, examinaré la cuestión pendiente.

II.1 Se encuentra a decisión de este Tribunal la adecuación del último proyecto de distribución de fondos, formulada con motivo del resultado de la conversión de los dólares estadounidenses depositados en la causa en moneda de curso legal, en los términos propuestos por la sindicatura en el escrito de fs. 10111/2 y en su aclaración de fs. 10166/8.2 Cabe recordar que en el mes de marzo del año 2010, **el activo falimentario estaba conformado por la cantidad de U\$S 902.567,38** -equivalente por entonces a \$ 3.465.858,74, según la cotización oficial de la divisa-, y que esa cantidad se incrementó hasta llegar a U\$S 906.295 por la adición de los intereses devengados en la originaria cuenta redituable abierta en el Banco Ciudad. **El síndico informó en tales presentaciones, que por consecuencia de la adquisición de Bonos de la Bolsa de Comercio—efectuado con la intermediación del Banco Ciudad- y la venta ulterior de tales títulos, la referida conversión del activo falimentario de U\$S 906.295, había arrojado la cantidad de \$ 11.071.724,67.** Para repartir ese activo entre los acreedores que exhiben el rango establecido en la LC 240—únicos beneficiarios de la última distribución y también de las preexistentes-, el síndico dijo que utilizó los mismos porcentajes históricos aplicados en los proyectos de distribución anteriores al que se examina, incrementando

proporcionalmente el monto de cada uno de esos créditos, incluso el originado en sus propios honorarios.

3 Ahora bien, con respecto a tal temperamento, cabe destacar lo siguiente:

(a) Los honorarios del síndico ..., y los de su letrado patrocinante Dr. ..., fueron fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la suma total de \$ 238.800 y \$ 98.000, respectivamente (fs.9069/70).

Dichas sumas fueron incluidas, en su totalidad, en el proyecto de distribución efectuado en fs. 9173/6, imputándose en aquella oportunidad cierto porcentaje sobre el monto a distribuir, que es exactamente el mismo que se aplica al proyecto en examen (ver planillas de fs. 9173 y fs. 10181). En cuanto a este tema, el síndico expuso que "...sobre el importe en pesos que se tuvo en cuenta a los fines regulatorios de los suscriptos, se determinó un porcentaje de participación que fue invariable con el tiempo y tipo de moneda. Es decir que al convertir los dólares a pesos, se aplicó a todos los acreedores, incluso a los suscriptos y al gasto los mismos porcentajes, ello determina los valores a cobrar por cada quien" (fs. 10168, pto. 2).

(b) Ciertamente, el cálculo efectuado en tales proyectos no merecieron cuestionamiento alguno por parte de los restantes acreedores del concurso –LC 240- beneficiados con la distribución. Sin embargo, en el parecer de este Tribunal ese cálculo resulta improcedente, por lo que no puede ser admitido. En efecto, repárese que el Alto Tribunal fijó los estipendios del síndico y su letrado patrocinante en un monto claramente determinado, el cual, naturalmente y salvo el devengamiento de intereses, si procediera, no puede ser modificado ni incrementado por los beneficiarios. Dicho en otras palabras, los emolumentos del síndico y su letrado no fueron fijados en un porcentaje determinado, que pudiese flotar invariablemente sobre el activo falimentario, sino en una cifra concreta que opera como tope máximo de sendas acreencias. Sin embargo, de acuerdo al método empleado por el funcionario, este último percibiría la suma de \$ 762.849,28, importe significativamente superior a los \$238.800 que le corresponderían en caso de que pudieran abonarse la totalidad de los gastos del concurso. Idéntica circunstancia acontece con su letrado patrocinante, pues tampoco podría percibir la suma de \$ 313.062,10, en tanto su acreencia asciende, como se dijo, a la suma de \$ 98.000. De otro lado, se advierte que la totalidad de los beneficiarios de los fondos a distribuir no recibirían íntegramente sus acreencias (ver lo informado en la planilla de fs. 8885), como sí sucedería con los honorarios del síndico y de su letrado, aun cuando todos gozan del mismo rango previsto en la LC 240.

(c) De admitirse pues lo propuesto en el proyecto en análisis, el síndico y su letrado patrocinante se encontrarían en una situación distinta y mejor de la de los restantes acreedores de igual rango, en tanto no sólo percibirían la totalidad de sus honorarios, sino que incluso lo harían por un monto muy superior al que fluye de las regulaciones respectivas. Ese temperamento no puede ser convalidado por el tribunal, aun cuando haya sido aplicado en proyectos de distribución anteriores, pacíficamente aceptados y aprobados por el distinguido Sr. Magistrado que me precedió en el conocimiento (ver fs.6966/71 y fs. 7390/3). Es que la previsión legal es clara en punto a que cualquiera fuere la naturaleza de los créditos de rango preferente –LC 240-, cuando los fondos depositados en la quiebra no alcanzan para satisfacer íntegramente a todos ellos, deben ser prorrateados, para evitar el reparto inequitativo (conf. Pesaresi, Guillermo M. y Pasarón, Julio F., en "Honorarios en concursos y quiebras", p. 425, ed. Astrea, Buenos Aires 2002).⁴ Por lo tanto, el último proyecto de distribución de los fondos habidos en esta quiebra deberá

adecuarse al temperamento fijado en este pronunciamiento. Es decir, el síndico deberá proponer un nuevo cálculo, donde se contemple la cuantía de los honorarios fijado en fs. 9069/70 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en favor del síndico y de su letrado patrocinante –en lugar de aplicar al respecto una suerte de alícuota invariable “flotante”-, y se sometan dichas acreencias y las de los restantes beneficiarios de igual rango al sistema de prorrateo establecido en la LC 240. Además, deberá efectuarse una reserva para atender la regulación de honorarios por dictarse para remunerar las tareas desarrolladas para obtener la más fructífera conversión de la divisa depositada en autos en moneda de curso legal. Notifíquese ministerio legis. MARTA G. CIRULLI JUEZ

Buenos Aires, 22 de Diciembre de 2015.-Y VISTOS:

1.) Apelaron el síndico y su letrado la resolución dictada a fs. 10186/7, mediante la cual la juez de grado no admitió la readecuación del proyecto de distribución realizado por aquellos. Los fundamentos obran desarrollados a fs. 10262/5.-Por su parte, la Sra. Fiscal General ante esta Cámara se expidió a fs.10289, en el sentido de confirmar el fallo apelado.-

2.) La juez de grado en la resolución apelada señaló que los honorarios de ambos recurrentes habían sido fijados por un monto determinado, el que no podía ser incrementado unilateralmente por el síndico, aun cuando hubieran ingresado mayores fondos a la quiebra por la conversión que se hizo de las sumas depositadas en dólares estadounidenses. Añadió que, por otra parte, de los cálculos efectuados surge que los beneficiarios de los fondos a distribuir no percibirían la totalidad de sus acreencias, mientras que el síndico y su letrado si lo harían, pese a que todos ellos gozan del rango previsto en el art. 240 LCQ. En razón de ello, mandó la magistrada a que se realizara un nuevo adecuamiento, efectuándose una reserva para atender la regulación de los honorarios por las tareas desarrolladas para obtenerla más fructífera conversión de la divisa en autos en moneda de curso legal. Los profesionales apelantes se quejaron de lo decidido en la anterior instancia porque no se tuvo en cuenta que por su accionar se obtuvo el ingreso a la quiebra sumas provenientes de la pesificación que hizo el Banco Ciudad de Buenos Aires de los fondos que se encontraban depositados en esta quiebra en dólares estadounidenses, así como también de la posterior inversión que se hizo de dichas sumas a pedido de los recurrentes. Indicaron que, al momento de efectuarse regulación en autos, se tomó para ello una base regulatoria menor a la existente actualmente, y que por ende, en el readecuación presentada se aplicó el mismo porcentaje que se utilizó para fijar sus emolumentos, a las nuevas sumas ingresadas, y el resultado fue consignado en el proyecto de distribución. Apuntaron que la magistrada de grado no había “comprendido” “una fórmula matemática simple”, “que el orden de los factores nunca altera al producto” y que “aplicar el porcentaje, aunque no lo vea o comprenda, en relación al monto que se liquida, en modo alguno, puede causar perjuicio a nadie ya que es la misma cosa sobre un monto mayor”. Reiteraron que, en marzo de 2010, a los fines de regular sus estipendios se tomó una base regulatoria de \$ 3.465.858,74, mientras que ahora existen en autos \$11.071.224,67. Se agravaron además, de que se dispusiera efectuar una reserva para futuros honorarios, lo que los obligaría a transitar una vez más el proceso de fijación de los emolumentos, recursos, etc, para arribar al mismo monto ya consignado en el proyecto de distribución no admitido, provocando una pérdida de tiempo en la percepción de las sumas, y configurando la posibilidad de que sea necesario, luego, efectuar una nueva distribución complementaria y así sucesivamente. En cuanto a la particularidad señalada por la juez

acerca de que el síndico y su letrado perciben la totalidad de sus honorarios, mientras que los restantes acreedores solo recibirían una parte de sus acreencias, señalaron que, de conformidad con los arts. 3875 y cc, 3879y 3900 del Cód. Civil, los gastos de justicia como son sus honorarios tienen privilegio por sobre los acreedores con rango del art. 240 LCQ, por lo que no deben ir a prorrata con éstos. Indicaron que “nadie con más de dos dedos de frente y siendo profesionales con algún prestigio ganado” hubiesen “realizado la titánica tarea de recuperar fondos mal habidos por el Banco Ciudad, para que” se les pague con “migajas”. Añadieron que no es justo que el síndico y su letrado, que fueron los únicos que trabajaron, cobren su emolumento con un valor depreciado, mientras que los demás lo harán con el valor del activo actual.

De las constancias de autos surge que a fs.8859/68 se presentó un proyecto de distribución de los fondos aportados por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de la pesificación de las sumas que se encontraban depositadas en dólares estadounidenses, distribuyéndose la suma de \$ 3.465.859,existentes al 11/3/10.Con base en dichas sumas, a fs. 8870 se regularon honorarios a favor del síndico por la suma de \$ 145.500 y de su letrado por la de \$ 63.000, los que fueron modificados por esta Sala, sólo en relación a los estipendios del síndico que fueron elevados a \$ 225.000 (fs. 8900, del 21/9/10).-Luego, con fecha 4/9/12, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fijó los emolumentos de los recurrentes por actuaciones en esa sede, en la suma de \$13800 para el síndico y de \$ 35.000 para su letrado (fs. 9069).Con posterioridad se produjeron una serie de vicisitudes relativas a la forma en que debían distribuirse los fondos –en dólares o en pesos-, lo que motivó la intervención de esta Sala a fs. 9220/22, y el modo de conversión de la sumas obrantes en autos en dólares estadounidenses, que también requirió un pronunciamiento de este Tribunal (fs. 9451/3). A ello añádase que existió recusación de esta Sala por Felix Zannol (fs. 9334/5), rechazada por la Colega Sala B y a la juez de primera instancia, también desestimada (fs. 9551). Todas estas cuestiones motivaron que, a la fecha, las sumas contempladas en el proyecto de fs. 8859/68 no hayan sido distribuidas aun, pese a haber transcurrido más de cinco (5) años y medio (1/2) desde su presentación. Ahora bien, a fs. 10111 la sindicatura presentó un nuevo proyecto de distribución de la suma obtenida, luego de la conversión de las sumas obrantes en autos en dólares, esto es, el monto de \$ 11.071.724,67, que es claramente mayor a aquél contemplado a fs. 8859 de \$ 3.465.859.-El síndico, procedió a fijar nuevos dividendos a favor de los acreedores, todos con rango del 240 LCQ y repotenció sus emolumentos y los de su letrado, fijados en autos y pendientes de cobro a las sumas de \$ 762.849,28 para el primero y \$ 313.062,10 para el segundo, sumas que exceden aquellas establecidas a fs. 8870, fs. 8900 y fs. 9069, \$ 98.000 para el letrado del síndico y \$ 238.800 para este último (véase fs. 10111, 10163, 10166, 10181).- Tales cálculos fueron desestimados por la juez de grado, en el pronunciamiento apelado. 4.) En este marco fáctico, cabe recordar que dispone la normativa concursal en su art. 220 la posibilidad de realizar distribuciones de fondos complementarias en los casos que exista "producto de bienes no realizados", importes "provenientes de desafectación de reservas" o "fondos ingresados con posterioridad" a la presentación del informe final previsto en el art. 218 de la L.C.Q.-Obviamente, se entiende que en los supuestos precedentemente descriptos se genera el derecho de los profesionales a la fijación de nuevos estipendios ante el ingreso de nuevos activos a la falencia.-Hecha esta precisión conceptual, apúntase que el incremento del activo falencial que conformó la distribución complementaria de fondos efectuada en autos, provino de intereses ganados por plazos fijos, y la conversión de los fondos obrantes en dólares estadounidenses que surgieron de la

devolución de las sumas que fueron sujetas a pesificación "forzosa". En tal contexto, es evidente que si bien los fondos a repartir en esa distribución no tienen origen en liquidaciones de bienes, no es menos cierto que tal incremento resultó ser el fruto de lo que se devengó por la inversión de los dineros concursales, y no simplemente del producido de la renta financiera de las colocaciones a plazo fijo. Así las cosas, lo generado por las inversiones de la quiebra ha dado lugar a un acrecentamiento del activo falencial en punto al capital invertido, y ante esa circunstancia corresponde que se proceda a una nueva regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, en función de los nuevos fondos ingresados a la masa. Es que de ese modo, no se haría más que contemplar la labor que se ha desarrollado en el expediente con posterioridad a la presentación del pretérito proyecto de distribución que dio lugar a la regulación prevista en el art. 218 de la L.C.Q.(cfr. arg. esta CNCom, Sala C, 25.8.88, "Cía Swift de la Plata SAF y otros s. quiebra s. inc. de regulación de honorarios por la sindicatura y letrados", id, 15.9.93,"Hot Tur Cía de Hoteles de Turismo s/ quiebra s. inc. liquidación", ídem. esta Sala A,17/5/07, "Finmark SA del Mercado Abierto s/ quiebra").-

Este criterio es el seguido por la juez de grado al disponer en la resolución apelada que el **síndico debía efectuar una reserva para atender la regulación de honorarios por dictarse, para remunerar las tareas desarrolladas para obtener la más fructífera conversión de la divisa depositada en autos en moneda de curso legal.** 5.) Sentado el derecho de los recurrentes a que se fijen honorarios por la diferencia existente entre las sumas contempladas en el proyecto inicial -\$3.465.858,74- y la existente varios años después -\$ 11.071.224,67-, no puede dejar de señalarse que el procedimiento efectuado por los apelantes resultó improcedente. Es que, como lo señala la Fiscal General ante esta Cámara, no corresponde que el propio síndico y su letrado se fijen unilateralmente sus honorarios, pues ello es prerrogativa exclusiva del juez del concurso (art. 265LCQ).-En efecto, no se advierte procedente que tales profesionales efectúen una repotenciación de los emolumentos oportunamente fijados por el juez de grado, este Tribunal y la Corte Suprema, mediante la utilización de porcentajes sobre los fondos obtenidos, cuando es el magistrado de grado quien, merituando la labor profesional desarrollada por su eficacia, extensión y calidad, establecerá el honorario que considere es el que le corresponde a los apelantes. En ese sentido, se considera correcta la postura de la magistrada de grado en cuanto a que el síndico solamente deberá incorporar a la distribución los estipendios ya regulados - \$ 98.000 para el letrado del síndico y \$ 238.800 para este último- y, por otra parte, deberá efectuar una reserva para afrontar aquellos emolumentos que se fijen por la diferencia entre la suma tomada como base regulatoria a fs. 8870, y la totalidad de los fondos distribuidos a fs.10111, 10163,10166, 10181, debiendo desestimarse, los agravios esbozados en este punto. 6.) Por otra parte, **en relación a la pretensión de los síndicos de que sus honorarios tienen un privilegio mayor a las restantes acreencias que revisten el rango del art. 240 LCQ, y que por lo tanto le corresponde cobrarse íntegramente,** cabe señalar que el privilegio es definido por el Código Civil en su artículo 3875 como "el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro".-En orden a dirimir la cuestión sometida a análisis, se impone necesariamente recurrir a la directriz marcada por el art. 239 LCQ en cuanto determina que existiendo concurso, **sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo,** y conforme a sus disposiciones. Síguese de ello, que la interpretación de los privilegios reconocidos por el ordenamiento concursal resulta restrictiva.-En ese contexto, **recuérdase que el art. 240 LCQ establece que son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial.** Añade

la norma que el pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles, sin necesidad de verificación. En caso de no alcanzar los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución entre créditos de igual rango se hace aprorrata. En este sentido, corresponde recordar que en la quiebra, la formación de la masa activa y pasiva presupone el mantenimiento de bienes, ahora administrados por la Sindicatura, cuya protección se hace en beneficio de la quiebra. Tales deudas, que encuentran su causa en la administración en favor del concurso, no pueden, según es fácil colegir, ser sometidas a la situación falencial, no sólo porque sería inicuo para quien hace la erogación (no ya en favor del fallido, sino en favor de la quiebra), sino también para los propios acreedores, que tendrán que solventarla en su condición de beneficiarios mediatos de esos gastos que la ley ha denominado "de conservación y justicia". Es claro, que no se trata de deudas del fallido, razón por la cual no existe técnicamente un privilegio, sino una categoría distinta en la que el obligado no es ya el quebrado, sino la masa de acreedores concurrentes (conf. Argeri, "La quiebra . . .", T. 1º, pag. 381). Ahora bien, no se encuentra discutido que los honorarios regulados al síndico y su letrado entran dentro de la categoría señalada –art. 240 LCQ–, más estos profesionales aducen que sus emolumentos tienen el privilegio que contemplaba el anterior Código Civil en los arts. 3875 y cc, 3879 y 3900 y por ende, deben cobrarse por encima de los restantes acreedores con el mismo rango del art. 240 LCQ.–Sin embargo, no se advierte procedente el planteo de los recurrentes, por cuanto la actuación que realizaron en torno al recupero de fondos que fueron erróneamente pesificados por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, se encontró dentro de las labores que correspondía al síndico por sus funciones. En efecto, señalase que todas las acciones de recomposición patrimonial (art. 182 LCQ), entran en la órbita de las facultades y deberes de la sindicatura. Asimismo, compete al síndico el efectuar las peticiones necesarias para la rápida tramitación de las causas, la averiguación de la situación patrimonial del fallido, los hechos que pueden haber incidido en ella y la determinación de sus responsables. En este sentido ha sido dicho que el síndico, al atender sus propias funciones, preserva los intereses privados, al mismo tiempo, de los acreedores y del fallido. También la economía general y los principios públicos comprometidos en el proceso falencial están en cierta manera bajo la responsabilidad de dicho funcionario (arg. Esta CNCon, Sala F, 4/5/10, “Egamedí SA (ex Biz Makers SA) s/ quiebra s/incidente de apelación (art. 250 CPCC).”) De ello se sigue que, tanto las acciones dirigidas a preservar los fondos que se encontraban depositados en la quiebra, como cualquier otra actuación que realice el síndico dentro del proceso falencial, se encuentran dentro de la órbita de las facultades y deberes de éste, por lo que de ningún modo corresponde reconocer a favor del funcionario –y/o en su caso su letrado– un privilegio que se encuentre por encima de la preferencia al pago que ya le otorga la propia ley concursal a sus honorarios (art.240 LCQ).–Es que, si bien no se desconoce el trabajo realizado por ambos profesionales en este proceso, lo que será meritado al momento de fijar sus estipendios, lo cierto es que no se advierte razonable apartarse de la ley concursal y establecer que los estipendios fijados a su favor en autos, tengan un rango superior a cualquier otro emolumento que revista también el carácter de gasto de concurso en los términos del art. 240 LCQ. Ello pues, se reitera, las labores aquí realizadas se encuentran dentro de los deberes del síndico de preservar el patrimonio falencial. Por tal razón, en caso de que los fondos obtenidos no alcancen al pago de la totalidad de los créditos con rango del art. 240 LCQ, dichas acreencias junto con los estipendios del síndico y su letrado deberán ser prorrateados, conforme lo dispuso la magistrada de grado. 7.) Por todo ello, esta Sala RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación introducido por el síndico y su

letrado y, por ende, confirmar la resolución dictada a fs. 10.186/7, en lo que decide y fue materia de agravio.- Notifíquese al Sra. Fiscal General en su despacho. Cumplido, devuélvase a primera instancia, encomendándose al Sr. Juez a quo disponer las notificaciones del caso con copia de la presente resolución.-A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la Ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta(30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas.- Fdo. Alfredo A. Kölliker Frers, Isabel Míguez María Elsa Uzal

Buenos Aires, 3 de mayo de 2016.-Y VISTOS:

Estos autos para entender en los recursos interpuestos a fs. 10342/3 y fs. 10345/8:

1.) Apelación deducida por el síndico a fs. 10342/3:

a) El síndico ... apeló subsidiariamente la resolución dictada en fs. 10338/10339, donde la Sra. Juez de Grado le impuso que en el plazo de diez -10- días presentara una nueva distribución de fondos con las pautas allí fijadas, incluyendo los emolumentos regulados en esa resolución.-Sostuvo el funcionario que tal disposición no resultaría procedente, habida cuenta que los honorarios allí regulados fueron apelados por su parte, por lo que no cabía su inclusión en un nuevo proyecto y su pago como se ordenara.-

b) Ahora bien, visto que estas actuaciones han sido elevadas a esta Alzada a los fines de tratar el presente recurso como así también las apelaciones deducidas contra los emolumentos fijados al síndico y su letrado, se aprecia que la materia recursiva en análisis, ha devenido abstracta.- Ello pues, una vez revisados los emolumentos por este Tribunal, como infra se hará, ya se habrá removido el óbice señalado por el síndico para que éstos sean incluidos en el proyecto y pagados, como fuera ordenado por la magistrada de grado.- En función de ello, debe desestimarse el recurso en tratamiento.-

2.)Apelación deducida contra los emolumentos regulados a fs.10339:

En relación a estos recursos, a los fines de la revisión de los honorarios en cuestión, deben tenerse en cuenta los parámetros utilizados por esta Alzada en fs. 10290/10293 - apartado 5-, en cuanto al monto que comprende la base regulatoria, además de los ya utilizados en fs. 8919/8920.-En ese marco, se elevan a cuatrocientos noventa mil y a ciento veintidós mil pesos los honorarios fijados a fs. 10338/10339 a favor del síndico ... y del doctor, respectivamente.-3.) Finalmente, en cuanto a la petición deducida por el síndico y su letrado de regulación de honorarios de alzada, previamente, deberán indicar dichos profesionales cuáles son las actuaciones por las cuales se solicita la fijación de estipendios.-A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la Ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia encomendándole al Juez a quo realizar las notificaciones pertinentes.- María Elsa Uzal Isabel Míguez Alfredo A. Kölliker Frers María Verónica Balbi Secretaria de Cámara

5. DENIEGA SUBASTA EN DOLARES, PERO LO UTILIZA PARA FIJAR LA BASE

Esta es otra medida que reconoce la dolarización de la Argentina. Ante la subida del dólar la sindicatura planteo que se realice la subasta en dólares pero SS lo denegó. Sin embargo, utilizó el valor en dólares para fijar la base.

Autos 49609/1998 - TROISI MARIO ANDRES s/QUIEBRA, se presenta en autos “CASCALLANA MARTA ISABEL C/ TROISI ELINA NORA Y OTRO S/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA Expediente: COM 037769/2007 Juzg Com.N° 23 Sec.46

Buenos Aires, 26 de agosto de 2019.- LM/AEG

... II. Por otro lado, y en atención a cuanto surge de autos se provee cuanto sigue:

1. En primer lugar se advierte que en la presentación de fs. 776/79 el martillero informó respecto del resultado de la subasta decretada en autos, y propuso las medidas que allí indica para ofrecer el inmueble en nuevo remate, mas no rindió cuenta alguna. En consecuencia, déjase sin efecto el traslado corrido a fs. 780 pto. II.

2. Ante el fracaso de la subasta informada por el martillero a fs. 776/79 corresponde ordenar un nuevo remate. Es así que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 205 y 208 L.C.Q. y por aplicación supletoria de la norma contenida en el art. 585 cpr., ordeno nueva subasta de las 2/3 partes del inmueble sito en la calle Primera Junta 3505, piso 2, departamento. A, de esta ciudad, matrícula N° 1-27779/4, en las mismas condiciones que las fijadas a fs. 531/34 y 759/60, pero con una reducción en su base en un 25%.

Ahora bien, considerando que, como es de público conocimiento, que los inmuebles se valúan en el mercado en dólares estadounidenses, que la base de subasta fijada a fs. 759/60 representaba en ese entonces aproximadamente U\$S31.400, por aplicación de las normas indicadas en el párrafo precedente, habré de fijar la mentada base en la suma de pesos equivalentes a la base anterior calculada en la indicada moneda extranjera reducida en un 25%, esto es U\$S23.550. Es así que, tal como propone la sindicatura a fs. 784, fijo la nueva base de la subasta en el mismo valor anterior en pesos, esto es \$1.350.000.

Notifíquese por Secretaría, y firme la presente líbrese oficio por Secretaría a la Oficina de Subastas a los fines de solicitar fecha para el remate.

Fdo. Eduardo E. Malde . Juez Subrogante

Planteo de la sindicatura en su escrito:

“...2. Dado que el valor de los inmuebles se encuentran dolarizados, esto se puede observar de las tasaciones acompañadas donde dicen el precio oscila en dólares XXX equivalente a pesos XXX, y teniendo en cuenta la fluctuación de nuestra moneda, entiendo que la base, sin perjuicio de la que resuelva fijar SS atendiendo a la impugnación realizada, debe ser establecida en dólares.

Cámara Nacional de APELACIONES EN LO COMERCIAL SALA D 25339/2016/CA2 HARBARUK CRISTIAN JORGE C/ CORES DIEGO DANIEL S/ EJECUTIVO. “Buenos Aires, 2 de octubre de 2018. ..Los extremos señalados en la reseña precedentemente

efectuadas resultan suficientes, a criterio del Tribunal, para concluir por la pertinencia de fijar en el caso la base de la subasta en dólares estadounidenses. Lo expuesto, máxime cuando en el sub examine aparece evidente la trascendente modificación que la variación en la cotización del dólar recientemente acaecida provocó en el valor de la base desde que ésta fue fijada en la anterior instancia, pese al escaso tiempo transcurrido. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de hacer saber en el acto del remate que los oferentes podrán cancelar el precio final de compra con la cantidad de pesos necesarias para adquirir en el mercado los dólares correspondientes, según cotización del Banco de la Nación Argentina, del día en que cada pago sea concretado. 3. En cuanto a la crítica ensayada por el ejecutado, relacionada con el monto de la base, la Sala juzga que la suma propuesta por la martillera en fs. 249 (U\$S 160.322,58), resulta acorde con la pretensión de las partes, responde a los elementos anexados a la causa (v. diferentes tasaciones aportadas), y respeta los parámetros establecido por el art. 578 del código de rito. En consecuencia, es en dicha suma que ha de establecerse la base de venta, teniendo en consideración, además, que tal fijación no implica necesariamente que el bien sea enajenado en ese precio, sino que sólo representa un piso a partir del cual partirá la puja en el acto del remate, lo cual aventa la posibilidad de gravamen actual e irreparable para el ejecutado (conf. esta Sala, 17.4.18, “Stevanovich, Miguel s/ quiebra s/ incidente de venta del inmueble sito en Emilio Mitre 814 Capital Federal”; íd., 31.10.11, “Res, Ángel Emilio s/ quiebra s/ incidente de venta de inmueble”; íd., 13.11.12, “Banco Nazionale del Lavoro S.A. c/ Le Radial S.R.L. y otros s/ ejecutivo”; íd., 30.7.13, “San Segundo, Carlos Alberto s/ propia quiebra”; íd., CNCom., Sala E, 10.3.08, “Erbo S.A. s/ quiebra s/ concurso especial promovido por Petus, María”).... Fdo.Gerardo G. Vassallo, Juan R. Garibotto, Pablo D. Heredia”

6. DEPOSITOS, PROYECTO DE DISTRIBUCION DE FONDOS Y PRENUMERADO EN DOLARES

En esta causa los fondos se encontraban en dólares y el acreedor de mayor monto fue verificado en dólares. En dicha oportunidad el gobierno a fin de frenar la fuga de dólares y la presión del mercado restringió la compra de dólares. Había un Cepo cambiario donde la AFIP validaba o no la compra de la divisa por lo que era conveniente para los acreedores directamente distribuir en dicha moneda.

Por este motivo, se convirtieron las sumas verificadas en pesos a dólares a la fecha de la presentación del proyecto de distribución y fue aprobado por SS, sin observaciones de los acreedores y el prenumerado se realizó en dólares. Los honorarios fueron regulados tomando: “Para la base regulatoria se ha considerado el activo realizado al día de la fecha y que asciende a \$...”, es decir que SS realizó la conversión a la fecha de regulación. El expte paso a Camara y una vez firmes los honorarios, todas las sumas reconocidas en pesos fueron convertidas a dólares, a la cotización del precio de compra del dólar publicada por el Banco NAcion al día en que se efectuaría el proyecto. Unificados todos los montos a una misma moneda, y aprobada la readecuación del proyecto se libro el prenumerado en dólares. Incluso, los últimos montos reservados en concepto de honorrios de la letrada del acreedor hipotecario se realizan en dólares.

Podría pasar que desde la primer regulación de honorarios, hasta el momento de la readecuación del proyecto, la divisa estadounidense se haya fortalecido incrementando mucho su valor, y en ese caso, será necesario realizar un proyecto de distribución complementaria (Art.222 LCQ) generando una nueva regulación (Art.265 inc.3 LCQ).

**47587/2008 GALION FEDERAL CORP s/QUIEBRA Juzgado en lo Comercial N° 12
- Secretaría N° 24**

Buenos Aires, 1 de junio de 2016///jn.-

Y VISTOS:

1. A mérito de las diligencias obrantes en autos, habiendo transcurrido el plazo que prevé el art. 218 inc. 8° de la ley 24.522, sin que se hayan efectuado observaciones, apruébase por cuanto ha lugar por derecho el proyecto de distribución de fondos presentado en autos y readecuación de fs. 968/71. Lo que así decido.-

2. Dispónese el pago directo de los dividendos concursales indicados en el proyecto de distribución precedentemente aprobado, con los fondos existentes en la cuenta de autos, a cuyo fin oportunamente se librára oficio prenumerado por Secretaría, al Banco Ciudad de Buenos Aires, Suc. Tribunales, una vez que la sindicatura acompañe planilla completa, que deberá retirar y confeccionar la de las personas que deberán ser pagadas, ordenadas alfabéticamente, su número y tipo de documento, ser el caso número de cuit, indicado el total del dinero a abonar, discriminando los conceptos correspondientes a cada pago (capital, interés- a los efectos de determinarse en caso de corresponder las retenciones impositivas, debiendo descontar a los acreedores que estuvieren afectados por embargos trabados -si los hubiere- y pactos de cuota litis -si existieren y aquellos acreedores que percibirán mediante transferencias bancarias, indicando a tal fin los datos necesarios para ello.

3. Hágase saber a los acreedores que deberán concurrir a la entidad bancaria con su documento de identidad.

4. Requiérase a la sindicatura para que, si existiere fondos remanentes, arbitre las medidas necesarias para imponerlos a plazo fijo. Notifíquese por Secretaría a la sindicatura. Hágase saber que debe acompañar copia digital conforme lo previsto por la Acordada 3/15.
HERNÁN DIEGO PAPA. JUEZ

Buenos Aires, 26 de agosto de 2019///rz.-Atento al estado de autos, lo solicitado mediante oficio a fs.1029, lo peticionado por la sindicatura a fs. 1056 y la ratificación efectuada a fs. 1058 por el Sr. Sanmartino, líbrese oficio prenumerado por Secretaría, al Banco Ciudad de Buenos, suc. Tribunales, a fin de que al próximo vencimiento del plazo fijo n°990965727 de la cta. judicial T° 911 – F°775DV 9 proceda a desafectar la suma de U\$S 102.52078 y los transferenciaa la Cta. Cte. En U\$S nro. 752-351814/4 del Banco Santander Rio, CBU... CUIT ... de titularidad de ... en concepto de honorarios.

HERNÁN DIEGO PAPA JUEZ

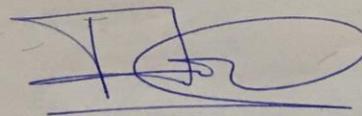
ANEXO DEL PRENUMERADO NRO.:

Corresponde a los autos " GALION FEDERAL CORP S/QUIEBRA"

Beneficiario	Doc. de Identidad	Concepto	Importe
		HONORARIOS	USD 14906,47
		IVA S/HONORARIOS	USD 3130,36
		HONORARIOS	USD 14906,47
		HONORARIOS	USD 1223,02
		HONORARIOS	USD 431,65
		INTERESES	USD 48 205
		CAPITAL	USD 303521,22

Total / transporte USD 386324,19..

(Son pesos / dólares) TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO
CON 19/100



FLORENCIA CORRADO
CONTADOR PUBLICO (U.B.A.)
Tº 302 Fº 137 C.P.C.E.C.A.B.A.
Tº 121 Fº 146 C.P.C.E.P.B.A.



7. PROYECTO DE DISTRIBUCION EN DOLARES

Teniendo en cuenta que los fondos existentes en las cuentas de autos fueron convertidos a dólares, los acreedores solicitaron que sus acreencias se distribuyan y perciban en esa misma moneda y el juez ordenó que los pagos se efectivicen en la moneda en que se encuentran depositados –es decir, dólares estadounidenses-, para lo cual, la delegada liquidadora debió convertir las acreencias a la cotización oficial del tipo de cambio comprador al momento de presentar el proyecto de distribución, tal como procedio a realizar la sindicatura en el caso anterior (Galion).

El juez de Córdoba, tenía los fondos en dólares, aprobó el proyecto de distribución presentado por la sindicatura y dio la opción a los acreedores a elegir en que moneda querían percibir sus dividendos dado que el art.765 C.C.C. no es de orden público, pues “...no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 CCyC) pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, y la posibilidad de pagar en moneda de curso legal no está impuesta de manera indefectible (se dice que el deudor puede liberarse) ...”.

28613 / 1997 BELGRANO SOCIEDAD COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA s/QUIEBRA- JUZGADO COMERCIAL 5 - SECRETARIA N° 10.-.

Buenos Aires, junio de 2020.- RO

I. Se presentaron los señores Fernando Mario Lorefice, Graciela Elena Demarco, Jorge Alberto Prado y el Dr. Daniel Commisso en su carácter de apoderado de la empresa Linea 216 SAT y solicitaron que teniendo en cuenta que los fondos existentes en las cuentas de autos fueron convertidos a dólares, sus acreencias se distribuyan y perciban en esa misma moneda.

II. Conferido traslado a la liquidadora, la misma lo contestó con fecha 9/06/2020 y postuló su rechazo.

III. Los planteos se estiman similares, por lo que serán tratados en forma conjunta y a continuación. Liminarmente, aclaro que si bien no desconozco que una situación análoga ha sido propuesta con anterioridad y resuelta por el entonces magistrado a cargo, entiendo que las actuales circunstancias y el extenso trámite de autos hacen viable arribar a la decisión contraria en virtud de los argumentos que se exponen a continuación.

En primer término, cabe destacar que esta quiebra es de larga data y, oportunamente, los fondos depositados fueron convertidos a dólares estadounidenses para evitar que su desvalorización y con la finalidad de pagar, a su hora, los créditos pendientes de cobro.

En el punto, no comparto la opinion de la delegada liquidadora en el sentido que su percepción en moneda extranjera importase modificar una situación judicial consolidada, pues, como se dijo, la finalidad no fue otra que salvaguardar la oportuna percepción de las acreencias reconocidas en autos.

Y, adicionalmente, aclárase que no se pretende ahora alterar el objeto de las obligaciones, sino evitar nuevos trámites y eventuales dilaciones en el cobro. Máxime teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias actuales de emergencia sanitaria, aislamiento obligatorio y restricción de las actividades no esenciales, con evidentes y graves consecuencias económicas también, lo que coadyuva a la decision arribada precedentemente.

En consecuencia, los pagos serán efectivizados en la moneda en que se encuentran depositados –es decir, dólares estadounidenses-, para lo cual la delegada liquidadora deberá

convertir las acreencias a la cotización oficial del tipo de cambio comprador al momento de presentar el proyecto de distribución. Ese es el producido que se obtendría de vender los dólares para abonar las acreencias en pesos, por lo que ningún detrimento existirá para la quiebra.

En ese orden de ideas, con la finalidad de avanzar el trámite de estas actuaciones para su conclusion y oportuno archivo, exhórtase a la delegada liquidadora que, una vez finalizada la feria extraordinaria, obre con la mayor diligencia posible y presente en autos una nueva distribución que permita cuanto antes avanzar hasta la finalización; bajo apercibimiento de lo dispuesto en la LCQ 255. Ello, teniendo en cuenta que dicha funcionaria ha denunciado su imposibilidad de comparecer al Tribunal con el sistema de turnos propuesto.

IV.- Notifíquese por Secretaría.

VALERIA PEREZ CASADO

JUEZ SUBROGANTE

Antecedentes:

Uno de los acreedores que tenía una discapacidad motriz solicita el pago de su crédito fundado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el fallo “Institutos Médicos Antártida s/ quiebras/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.”, y a su vez, solicita que el crédito se abone en dólares fundando su escrito en lo siguiente:

“...tengo a derecho a reclamar que: a) no se agrave la pérdida ya padecida en el monto de reparación condenado por haberme causado la discapacidad que me afecta;b)no se agrave esa pérdida disponiendo la conversión de los dólares,a través del mercado cambiario administrado, calculados al tipo comprador que paga el Banco de la Ciudad de Buenos Aires c) no se agrave esa pérdidas sumándole la desvalorización de la moneda resultante hasta el momento del efectivo cobro. d) no se agrave con más dilación el acceso a la mejor suma posible, como parte de esa indemnización. 1.1.2.1.Sin duda que **la pérdida se habrá de agravar, si en lugar de distribuir los dólares existentes en la cuenta de autos, se los convierte a pesos. Y además, a través del mercado inadecuadamente denominado “oficial”**. Esto proceder, de mantenerse, se asienta en bases erróneas.1.1.2.1.1. En primer lugar, ni la tenencia ni el pago de una deuda con dólares, están prohibidos ni son irregulares. La tenencia de moneda extranjera es un derecho de cualquier persona que habita el país. No solo no está prohibida. Incluso no está prohibido conservarla para atesorar (más allá de la gravabilidad eventual de la compra de dólares con ese fin). Es de señalar que la Comunicación A 6815 del B.C.R.A. – que modificó a la Comunicación A 6770-solo limitó a USD 200 para la compra de moneda extranjera para la formación de activos externos Pero de ninguna manera prohibió la tenencia ni puso límites al monto que pueden alcanzar esos activos. En cualquier caso, **la situación de autos ni siquiera está alcanzada por las previsiones de esas circulares**, que solo reglan el acceso al mercado de cambios, para adquirir moneda extranjera. En autos, los dólares ya existen y están afectados a los acreedores verificados y solo correspondería repartirlos entre ellos. Es de señalar que **esas tenencias tributan los pertinentes impuestos** (Impuesto a las ganancias e Impuesto a los bienes personales), de modo que incluso no generan perjuicio fiscal. En segundo lugar, el único impedimento para **que un acreedor de moneda de curso legal, reciba dólares, se halla en su voluntad** (art. 868 del Código Civil y Comercial). No está obligado a recibir los dólares. Pero no solo no está impedido de recibirlos, sino que esta gustoso de hacerlo, sobre todo porque le aseguran una recuperación

mayor de su acreencia. En este proceso, **ningún acreedor se negará a recibir dólares** por sus deudas verificadas, ya que –como lo evidencian las peticiones formuladas– esa **es la manera de asegurarle un resultado mejor en el reparto**. Por otra parte, tampoco hay razones concursales que obsten a repartir la moneda extranjera obtenida **por inversiones decididas precisamente con el propósito de “salvaguardar los fondos depositados en autos”**. La moneda de verificación de los créditos no es un obstáculo a ese fin, ya que la conversión a pesos que se realiza al verificar, solo tiene por facilitar los cálculos y no con otro propósito (artículo 19 de la ley concursal). En definitiva, **la regla del reparto en la quiebra debe ser siempre el mejor resultado posible para el acreedor, ya que ese es el objeto del proceso falencial**. 1.1.2.1.2. La conversión de los dólares en pesos, además de ser contraria a los intereses y los derechos de los acreedores en esta quiebra, se ejecutaría de la peor manera. Ello como consecuencia de suponer que el único mercado posible es el que brinda el banco depositario, y que ese mercado es el oficial. Al lado de ese mercado cambiario particular, existe el dólar mayorista, el mercado de futuros cambiarios y el conocido como “**contado con liquidación**”, **todos ellos legales, de libre acceso y encuadrados en la normativa cambiaria del Banco Central (ver por ejemplo:**

https://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Informe_Septiembre_19.pdf. Las cotizaciones de estos mercados son diversas y todas superiores al tipo comprador del Banco Ciudad. En efecto, en **la actualidad los dólares tienen cuatro cotizaciones**, todas ellas legales. Si tomamos la cotización del día en que se redacta esta pieza (19 de diciembre de 2019; fuente: <http://www.dolarhoy.com/>), ellas arrojan los siguientes valores: Dólar vendedor banco oficial: \$ 63,07 Dólar “blue” (compra de títulos públicos vendidos en mercado Nueva York): \$ 75,75 Dólar Bolsa de Comercio: \$ 70,54 Dólar Turista: \$ 81,90. La simple orden de liquidar ese activo de la quiebra, para repartir los pesos resultantes, habría de encomendarse al Banco Ciudad. Esa entidad cerraría cambio a una cifra aún inferior a la identificada arriba como de banco oficial, produciendo una pérdida innecesaria a los acreedores. Por lo demás, ese procedimiento impediría al suscripto, por ejemplo, vender los dólares a medida que mi necesidad lo imponga, mientras tanto, proteger su ya pauperizada indemnización de los efectos de la inflación. Precisamente, para evitar esto, con los pesos que eventualmente recibiría como consecuencia de la distribución, me apresuraría a adquirir divisas en el mercado negro para evitar su deprecio inexorable (respecto del cual no hay protección posible, ya que su imposición a plazo en cualquier entidad bancaria, siempre es retribuida con tasas de interés negativas). 1.1.2.2. 1.2. Un sesgo particular también concurre a abonar mi derecho a obtener el mejor resultado posible de la distribución (la porción de dólares que corresponda a la cuota de reparto). La sentencia que causa mi crédito, está presidida por el principio de reparación plena, que tiene raíz constitucional (más allá de su actual reconocimiento en el Código Civil y Comercial vigente). La concreción de ese principio en esta instancia, sin duda se plasma del modo en que venimos fundando. A ello debe añadirse que para reforzar la plenitud de la reparación, **la respectiva acreencia constituye una deuda de valor, reconocida como tal por toda la doctrina y la jurisprudencia y, como tal, ajena al daño que produce la erosión inflacionaria**. Desde ya que es tarde para conjurar los daños producidos por la violación a ambos conceptos, pero no lo es para evitar que se sigan violentando. 2. Consideraciones generales

La pretensión que formulo es procesalmente admisible, ya que las decisiones que se adoptan en el iter distributivo, no causan estado ya que persiguen materializar, de la mejor manera posible el reparto del producto de los bienes. Consecuentemente, V.S. puede adoptar temperamentos sucesivos diversos, cuando las circunstancias lo aconsejen, o porque se ponga en riesgo el fin de todo reparto conclusivo.

2.1. Procesos de tan dilatada duración como el presente, asumen contornos farragosos en los que habitualmente sucumben los principios y reglas hermenéuticas que los debían presidir. Uno de los aspectos habitualmente olvidados es el **contenido reparatorio del proceso falencial**. En efecto, **la quiebra –aun en sus formas de liquidación administrativa– es una regulación particular de la reparación del daño causado por la insolvencia**. Vieja jurisprudencia invocaba que, entre otros, uno de los objetos del proceso liquidativo es “la reparación del daño pecuniario producido a los acreedores”(CNCom., sala A, Elemeca S. A. s/ quiebra, LA LEY, 1983-B, 138 –ED, 104-404 –13/12/82.2), “en aras de la protección del crédito y del comercio en general”(CNCom., sala E, Kosta’s y otro, LA LEY, 1982-B 313 –ED, 94-729 del 1/6/81.3). Es el modo reparatorio que la ley de Concursos y Quiebras admite exclusivamente para los acreedores (como surge de su artículo 142 in fine, que solo veda la indemnización para los terceros). Y **en la búsqueda de brindar esa reparación debiera perseguir “minimizar las pérdidas” del acreedor 2**. Así también lo impone la debida interpretación de la regla hermenéutica contenida en el artículo **159, que exige atender a la “debida protección del crédito”**. Debida protección que es lo contrario al agravamiento de esas pérdidas.

2.3. Pérdidas que son mayúsculas en un proceso liquidativo que consuma una grosera violación a la garantía de plazo razonable (la liquidación fue decretada el 6 de junio de 1997: hace 22 años). Cabe subrayar que esa garantía, se ha integrado al sistema jurídico argentino a través del bloque de constitucionalidad de la Constitución Nacional, y consecuentemente ha sido reiteradamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, antes que ella, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en pronunciamientos vinculantes. En efecto, según ha enfatizado nuestro más alto Tribunal “el art. 8 de la CADH, en el que se enmarca **el principio Del plazo razonable** (art. 8.1) como parte integrante de las “Garantías Judiciales” ha sido entendido por la Corte IDH como referido tanto a las exigencias del debido proceso legal como al derecho de acceso a la justicia y es en esta misma línea como la Corte Suprema considera debe ser interpretado pues no existe un debido proceso allí donde la parte no encuentra una satisfacción plena de su derecho a obtener de todas las instancias procesales una respuesta a sus demandas en un plazo razonable de duración del proceso” (CS, 9.4.2019, CSJ 001381/2018/RH001, Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, Fallos: 342:584). **Los procesos de quiebra no están ajenos a esa garantía**, que se predica de todo tipo de procesos, y también al presente, el que no encontraría excepción en las reglas que la Corte Interamericana ha construido para juzgar la existencia de una violación a ella. Sobre todo en un proceso en el que, no solo la regulación positiva determina que el magistrado concursal tiene, no solo la “dirección del proceso”, sino también el impulso de su trámite (art. 274, ley de Concursos y Quiebras), y la consecuente responsabilidad de “hacer cumplir estrictamente todos los plazos de la ley”, incluso los que a él están dirigidos (artículo 217 de la ley de Concursos y Quiebras). De allí que “la prolongación injustificada

del trámite, puede ser considerada mal desempeño del cargo” (art. 273, in fine, ley de Concursos y Quiebras). Es que, como ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera reiterada, más allá de las explicaciones de índole burocrática, “el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no depende ya de manera exclusiva de la iniciativa procesal de las partes de los procesos (C.I.D.H. 3.3.2011, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, párr. 83; Id., 24.11.2009, caso Acevedo Buendía Y Otros (“Cesantes Y Jubilados De La Contraloría”) Vs. Perú, párr. 76; id., 31.8.2012, Furlan Y Familiares Vs. Argentina, párr 169).2.4. También justifica el derecho al mejor resultado en la distribución, la naturaleza que asumen los créditos verificados en la instancia liquidativa de la quiebra. **El proceso liquidatorio falencial acuerda al acreedor el derecho a obtener el mejor valor de la realización de los activos.** Es en este sentido, una obligación de valor en los términos del artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto no significa que tenga derecho a recibir el valor exacto de su monto, a la fecha de reparto, sino el mejor valor posible. Precisamente orientadas a esa finalidad, están todas las reglas de plazo, modo y formas de la administración y enajenación de los bienes del activo (ej. arts. 177, 179, 181, 183, 184, 189, 203, 204 y concordantes de la ley de Concursos y Quiebras).2.5. La reivindicación del fin reparatorio del proceso concursal, hecha al comienzo, también debiera imponer la atención de los deberes consecuentes a ese fin. En particular, la regla general del derecho contenida en el actual artículo 1710 del Código Civil y Comercial, que predica de toda persona el deber de “evitar causar un daño no justificado” y el de “no agravar el daño, si ya se produjo” (es, en otros términos, la citada minimización de las pérdidas) 3.3 El recordado maestro italiano Piero Pajardi, en una reflexión estrictamente vinculada con el texto, destacaba la irracional debilidad del derecho del acreedor frente a la fortaleza de los derechos reales, incluso cuestionando la actitud cercenadora de los magistrados: “Una sensibilidad por la cual el juez es severísimo a favor del propietario actual en reconocer la subsistencia de una usucapión, mientras, por el contrario, frente a la devaluación También debe atenderse a la regla fundamental de esa reparación, que es la “reparación plena”, que “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie” (art. 1740 del Código Civil y Comercial).6. En el marco de las precedentes consideraciones, la imposición de la conversión de los dólares existentes en la cuenta de autos a pesos, impondrá los daños adicionales a los padecidos por el suscripto y que ya fueran relacionados en el apartado 1.1.2.7. En orden a todo lo expuesto, solicito de V.S. que por las razones que anteceden, revise y disponga que la distribución pendiente se realice de y con las divisas existentes en la cuenta de autos, atribuyendo a monetaria que empobrece económica de un modo dramático al derecho de crédito, da vueltas, como diría el Florentino, en torno a las condiciones, los presupuestos y los límites de la revaluación, más preocupado por evitar un enriquecimiento del acreedor (¡que cuando ha sido vista!) que de obligar al deudor a resarcir, restituir, a devolver el todo, según justicia, no el todo formal” (Piero Pajardi, Radici e ideologie del fallimento, Milano 1992, Giuffrè Editore S.p.A., pg. 8, traducción de la dirección letrada). cada acreedor la porción que le corresponde según las reglas de reparto vigentes en esta instancia.8. Reserva Para el supuesto de no prosperar esta petición deo formulada la reserva de acudir oportunamente a la instancia federal, a través

de la vía contemplada en el artículo 14 de la ley 48. En el caso citado, se habrá consumado una lesión al derecho de obtener la reparación plena, en el marco y con los límites del presente proceso, al derecho a la tutela efectiva consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por haberse lesionado la garantía del plazo razonable y omitido su reparación, la consecuente privación de justicia y por la concurrente lesión a la garantía de la propiedad. También se habrá violentado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, que tiene rango constitucional. 9. Por todo lo expuesto, solicito: 1. Se me tenga por presentado y domiciliado. 2. Se disponga el pago de los dividendos en la moneda en que están depositados los fondos. 3. Se tenga presente la reserva efectuada”

CAMARA COMERCIAL - SALA C
SOFOL I (PATRIMONIO FIDEICOMITIDO) s/QUIEBRA Expediente N°
25127/2012/CA8 Juzgado N° 7 Secretaría N° 13

Buenos Aires, 13 de mayo de 2019.

Y VISTOS:

I. Viene apelada la resolución de fs. 1213, por medio de la cual el Sr. juez de primera instancia rechazó el pedido de readecuación de la liquidación de distribución, que fuera solicitada por los Sres. Ruiz y Almada.

II. Los recursos fueron interpuestos por los nombrados y sustanciados con el liquidador, según constancias individualizadas en la nota de elevación de fs. 1263, a la que cabe remitir en honor de brevedad.

III. A juicio de la Sala, asiste razón a los recurrentes. A través de la distribución de fondos de fs. 1078/1083 fueron determinados los importes que correspondían asignar a los distintos acreedores (capital más un “plus” por intereses), y se hizo la reserva respectiva en esos mismos términos respecto de los aquí apelantes, quienes, a ese momento, no se encontraban en condiciones de recibir ningún pago.

Ahora bien, no obstante que esos importes se encontraban individualizados en moneda de curso legal, a fs. 1056 fue propuesta su cancelación en dólares estadounidenses, toda vez que en esa moneda se encontraban depositados los fondos en el expediente.

Ese pago fue autorizado a fs. 1058 punto iii, y a los efectos de la conversión respectiva se utilizó la paridad de 1 u\$s = \$ 17.10. Es verdad que por las razones antes apuntadas los ahora apelantes no pudieron percibir sus créditos en esa oportunidad.

No obstante, no ha sido alegado -con relación al pago de tales créditos- ningún óbice que impida disponer de los dólares que a ese momento le hubiesen correspondido, utilizando la misma paridad cambiaria que se usó con relación a los créditos contenidos en la distribución antes referida. Y tampoco se advierte imposibilidad jurídica que obste a que estos acreedores perciban sus acreencias en los mismos términos que el resto de sus acreedores, según las pautas contenidas en el referido proyecto y la mecánica utilizada para su pago. En ese contexto, corresponde decidir la cuestión del modo adelantado.

IV. Por ello se RESUELVE: a) hacer lugar a las apelaciones interpuestas y revocar la resolución impugnada con el alcance que surge de las consideraciones precedentes; b) imponer las costas de Alzada en el orden causado en función a las particularidades que exhibe la cuestión decidida. Notifíquese por Secretaría.

Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). EDUARDO R. MACHIN. JULIA VILLANUEVA JUECES
RAFAEL F. BRUNO SECRETARIO DE CÁMARA

Antecedente:

Buenos Aires, 28 de marzo de 2017.-RGNo advirtiéndose que lo solicitado fuere a provocar una afectación numérica respecto de la cuenta distributiva, no existe óbice para proceder del modo sugerido. En consecuencia, déjase sin efecto la liquidación de divisas ordenada a fs. 1029 vta.. Sin perjuicio de ello, estése previamente al traslado que se conferiere en la fecha seguidamente. FERNANDO G D´ALESSANDROJUEZ

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2017. 1. Prácticamente la readecuación presentada sigue los mismos lineamientos del proyectode distribución de fondos presentado en fs. 889/94,motivo por el cual se la aprueba en cuanto ha lugarpor derecho.2. Sin perjuicio de ello y según informa el actuario en este acto, se hace saber al liquidador que personal de la Secretaría se comunicó telefónicamente con el Banco de la Ciudad de BuenosAires y fue informado acerca de la imposibilidad de instrumentar el pago de los dividendos en el modo pretendido. Primero, porque de intentarse el pago en moneda extranjera –dólares estadounidense- ineludiblemente el anexo al prenumerado debería expresar el quantum del dividendo en esa misma divisa. Y además, en tanto la Comunicación A5212/2011 –cuentas a la vista para uso judicial, Pagos y otros débitos- de la sección 5. de las normas sobre “Depósitos de ahorro, cuentas sueldo, gratuita universal y especiales” del Banco Central dela República Argentina, dispone que los pagos deimportes superiores a U\$S 30.000 deben realizarse portransferencia. Por otra parte, hácese saber tambiénque de acuerdo a la constancia que precedentemente seagrega, los fondos “invertidos actualmente” asciendenal importe de U\$S 477.887,02”.FERNANDO G D´ALESSANDROJUEZ

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2017.-RGTéngase presente y hágase saber a losacreedores la conversión a dólares efectuada por elliquidador.Líbrese oficio prenumerado porSecretaría al Banco de la Ciudad de Buenos Aires,sucursal Tribunales, a fin de que previadesafectación de los fondos invertidos a plazo fijoen la cuenta de autos, aún con pérdida de intereses,proceda a:

- i) vender la cantidad de dólares estadounidenses necesarios para obtener la suma de pesos doscientos mil novecientos veintisiete cincuenta centavos (\$200.927,50).Fecho, procederá a transferir las sumas correspondientes al crédito de la AFIP, y aquellas para satisfacer los gastos detallados a fs. 1056 vta.
- ii) Transferir a cada una de las cuentas denunciadas en autos por cada acreedor, los montos en dólares resultantes de la conversión efectuada en el escrito en despacho de conformidad con el dividendo aprobado para cada uno de ellos.
- iii) Disponer el pago directo respecto de aquellos acreedores que no hubieran denunciado ni requerido la transferencia del dividendo asignado. A tales fines, deberá el liquidador confeccionar los anexos correspondientes, cuyos formularios se encuentran en Secretaría a su disposición. FERNANDO G D´ALESSANDROJUEZ

Usuario/Domicilio: 1-38718

Destinatario/s: LEDESMA, JUAN CARLOS; GOMEZ, JORGE RAUL;

Dependencia: JUZG 1A INS C.C.26A-CON SOC 2-SEC

Expediente: 5900187 - METALURGICA ZANNIER S.A

AUTO NUMERO: 34. CORDOBA, 12/06/2020.

Y VISTOS: Estos autos caratulados: "METALURGICA ZANNIER S.A. - QUIEBRA INDIRECTA - (EXPTE. 5900187)", en los que el síndico designado en estos autos, ha presentado Informe Final y Proyecto de Distribución a fs. 2526/2539, reformulado mediante diferentes presentaciones efectuadas en el Anexo Electrónico generado con fecha 18/05/2020, caratulado: "SOLICITA HABILITACION DE DIA Y HORA EN EXPEDIENTE PAPEL - SINDICO, CR. GOMEZ - DR. LEDESMA – SOLICITA HABILITACION DE DIA Y HORA EN EXPEDIENTE PAPEL" EXPTE. N° 9210270. Finalmente, a fs.2667 y ss., adecua el proyecto de manera definitiva.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Proyecto de distribución. Que la sindicatura ha confeccionado el proyecto de distribución con arreglo a las disposiciones contenidas en los art. 222 y concordantes de la ley concursal, por lo que corresponde su aprobación.

Que sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa arriba aludida, este Tribunal procedió a publicar edictos en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba (fs. 2559), haciéndose saber la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes y la presentación del proyecto de distribución.

Además, dado que los acreedores incluidos en el Proyecto han concurrido a esta Sede con patrocinio de diversos profesionales, algunos de los cuales han sido cargados en dentro de la radiografía de la causa, corresponde: 1) la carga de los profesionales que restan ser incorporados al S.A.C., y 2) la notificación mediante e cédula a los mencionados profesionales a los fines de la comunicación de la presente resolución.

SEGUNDO: Fondos depositados y su pago. Que según constancias de autos, los fondos incluidos en el proyecto de distribución formulado por el funcionario concursal, se encuentran depositados en el Banco de la Provincia de Córdoba, Sucursal Tribunales en los plazos fijos N° 692290094, 692290095, 692290096, 692290097 y 6922137162, disponiéndose en proveído de fecha 28 de mayo de 2020, la desafectación de los mismos y su transferencia a folio judicial en dólares que la entidad deberá abrir abierto a tal fin.

Ahora bien, una situación particular se ha presentado en esta causa: el síndico ha presentado un proyecto de distribución actualizado y definitivo; y los montos reconocidos por este Tribunal en pesos, los ha convertido a dólares estadounidenses, por ser la moneda en que se invirtieron los fondos obtenidos en la liquidación del activo falencial.

La situación esbozada como solución por el órgano concursal no es habitual.

En una búsqueda de antecedentes jurisprudenciales, nos encontramos con la resolución de fecha 04/03/2016 en los autos Costas del Plata S.A. s/Concurso Preventivo", en donde la sala E de la Cámara Nacional de Comercio, relata que en la resolución apelada el juez a quo consideró que no existía impedimento alguno para el pago de los créditos en la moneda en que se encuentran depositados. Se explica que, en el caso, de las cláusulas de la propuesta luego homologada, indicaban que la concursada daba en pago y los acreedores aceptaron, sin limitación alguna, los derechos y acciones sobre los depósitos existentes en el Banco Ciudad de Buenos Aires, a la orden de un Juzgado Penal; así como también los derechos y

acciones para reclamar la “redolarización” de los fondos y todo perjuicio sufrido por su pesificación. Por eso, explica que, los fondos producto de ese recupero en dólares correspondían que sean distribuidos entre los acreedores. Si bien se trataba de la propuesta aceptada en el marco de un concurso preventivo, no se hicieron objeciones a la modalidad de pago en moneda extranjera.

En Sofol I (Patrimonio Fideicomitido) s/Quiebra - Expediente N° 25127/2012, del 13/05/2019, la resolución de la Cámara Nacional de Comercio, sala C explicaba que, no obstante que los importes se encontraban individualizados en moneda de curso legal, se había propuesto su cancelación en dólares estadounidenses, toda vez que en esa moneda se encontraban depositados los fondos en el expediente; y ese pago fue autorizado.

En otro antecedente, en el cual, la diferencia en cuanto al tiempo de pago de créditos del art.240 L.C.Q. generaba controversias respecto de la cotización de la moneda estadounidense (lo cual dejare de lado pues no es objeto de la presente resolución y me interesa la explicación del Tribunal), se relata que donde solo alcanzan los fondos que se distribuyen para satisfacer una porción de créditos con la preferencia del art. 240 LCQ; y que existían créditos reconocidos en pesos y en dólares, “...habiéndose habilitado a los primeros a percibir sus acreencias también en dólares (ver fs. 6198/6200), donde el Magistrado a cargo del Tribunal indicó que en tanto las sumas se encontraban depositadas a plazo fijo en dólares estadounidenses no mediaba obstáculo para proceder al pago en dicha moneda, resolución que quedó firme en tanto no fuera materia de agravios al respecto por ante este Tribunal...” (CNCom., sala B, Conapa Cia. Naviera Paraná S.A. y otro s/quiebra, del 24/06/2015, lo resaltado me pertenece).

La compra de la moneda extranjera en los términos del art.183 L.C.Q. se justificó en el entendimiento de que era una inversión conveniente respecto de las sumas logradas en las subastas. Cabe recordar que, al tiempo de efectuar la compra, no existían restricciones cambiarias para ello ni era necesario pagar un porcentaje adicional. Pues bien, el suscripto considera que no existen cortapisas legales para seguir la idea de la sindicatura respecto de la opción de transferencia de los montos asignados, con respecto a las sindicatura respecto de la opción de transferencia de los montos asignados, con respecto a las acreencias oportunamente reconocidas. En efecto, entiendo que la satisfacción del dividendo concursales puede realizarse en pesos o en dólares.

Interpreto que la tarea realizada por el sindico de trasladar en este momento los montos que cada uno de los beneficiarios del proyecto (a excepción de los gastos que deben obrarse en moneda de curso legal) les correspondería en pesos y convertirlos en dólares a la cotización oficial de pizarra del Banco de la Provincia de Córdoba, no genera agravio alguno y permite la opción a los beneficiarios del proyecto a elegir cómo se les sufragarán esos dividendos. Es que no causa perjuicio alguno para los interesados, pues la transferencia de esos fondos con la modalidad ideada puede hacerse indistintamente y a elección del acreedor. Enseña Federico Ossola que el régimen previsto por el art.765 C.C.C. no es de orden público, pues “...no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 CCyC) pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Como bien se ha indicado, la posibilidad de pagar en moneda de curso legal no está impuesta de manera indefectible (se dice que el deudor puede liberarse) ...” (en Obligaciones, Abeledo Perrot, 2016, pag.347 y ss.).

No advierto, pues, inconvenientes u obstáculos para realizar el pago en la forma propuesta por la sindicatura. Es que, como trasfondo cultural, aquella admisión de pagar en moneda

extranjera una obligación contraída en moneda de curso legal (o viceversa) nos transporta a la idea de permanencia y vigencia en el tiempo del art.617 C.C., texto según versión de la ley 23.928. Ahora bien, puede suceder que no todos los beneficiarios tengan una cuenta especial en dólares, o bien pueden pretender percibir la asignación del dividendo en pesos. Para ellos, no encuentro otra solución que convertir la cantidad de dólares necesarios para llegar a la cifra nominal asignada en el Proyecto de Distribución en pesos al cambio que el Banco de la Provincia de Córdoba determine.

En definitiva, no admitir las opciones expuesta por la sindicatura encontraría su justificación en un excesivo e inadecuado apego a lo formal y sin consideración de la realidad que subyacente. El producto de las liquidaciones realizadas oportunamente se invirtió en dólares y el beneficio o plus que obtendrían sus destinatarios, esto es, los acreedores créditos laborales o relacionados con la labor desempeñada en la causa, excede el marco de especulaciones que pudiera efectuar el suscripto. Además, dejaría sin chances de elección a los beneficiarios y pondría en cabeza de este magistrado tal elección.

Por lo tanto, corresponde aprobar el proyecto de distribución presentado por la sindicatura y habilitar a los acreedores a solicitar las transferencias de los montos asignados a sus respectivas cuentas, a opción de los mismos beneficiarios (en dólares o en pesos convirtiendo las cantidades necesarias a la cotización oficial del Banco de la Provincia de Córdoba).

Ante la imposibilidad de enviar una planilla a la entidad bancaria en virtud de la situación sanitaria general, se deberá efectuar la transferencia de fondos y sin costos para los acreedores (Comunicación “A” 6957/2020). En este sentido, la Comunicación “A” 5212 acreedores (Comunicación “A” 6957/2020). En este sentido, la Comunicación “A” 5212 01/08/2011, B.C.R.A., punto 5.8.3 establece que La acreditación de los importes correspondientes a las causas judiciales ordenadas por los juzgados intervinientes se realizará mediante transferencias electrónicas desde cuentas a la vista abiertas en entidades financieras o a través de cualquier otro medio de pago distinto del efectivo, cuando se trate de importes superiores a \$ 30.000 y, preferentemente por esos medios, cuando se trate de depósitos menores o iguales a dicho importe. Cualquiera sea el medio y monto de la acreditación, será sin costo para el originante y/o el depositante. En los casos de cuentas en moneda extranjera, se utilizarán medios electrónicos de pago, cuando éstos se encuentren implementados por la entidad financiera interviniente en la operación. También se admitirán créditos por cobro de depósitos e inversiones a plazo constituidos por el juzgado y/o por otras operaciones realizadas por este último.

Para ello, cada uno de los acreedores deberá solicitar la correspondiente transferencia bancaria, denunciando CBU y demás datos identificatorios de sus cuentas particulares.

Por todo ello, dispositivos legales mencionados y demás constancias de autos;
RESUELVO:

I) Aprobar, sin perjuicio de terceros y bajo la responsabilidad de la sindicatura, el proyecto de distribución de fondos definitivo presentado a fs. 2526/2539 y reformulado definitivamente a fs.2667 y ss.

II) Ordenar la transferencia electrónica de fondos y sin costos para todos los beneficiarios (Comunicación “A” 6957/2020).

III) Hágase saber que cada uno de los acreedores deberá solicitar la correspondiente transferencia bancaria y seleccionar la moneda en que recibirá el pago, denunciando CBU y demás datos identificatorios de sus cuentas particulares. Protocolícese, hágase saber y dese copia. Fdo. CHIAVASSA, Eduardo Néstor. JUEZ DE 1RA. INSTANCIA

Expte. n° 073048 FIDEICOMISO CALLE CHILE 2286/94/96 S/ LIQUIDACION JUDICIAL Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34

Buenos Aires, 12 de noviembre de 2012. RF.AUTOS Y VISTOS:

1. Por presentado el proyecto de distribución de fondos confeccionado por los liquidadores. A los fines de que los interesados tomen conocimiento del mismo, publíquense edictos por tres días en el Boletín Oficial de la República Argentina.

2. De la tasa de justicia liquidada, vista al Sr. Representante del Fisco, a cuyo fin remítanse las actuaciones a sudespacho.

3. Atento al estado de autos y toda vez que los liquidadores han concluido la gestión que le fue encomendada, corresponde proceder a la regulación de sus honorarios profesionales. A los fines de merituar las tareas llevadas a cabo por los auxiliares del tribunal, se hará en primer término una breve reseña de las actuaciones que cumplieron en autos.

a. Liminarmente ha de señalarse que tal como se expuso en la resolución del 12 de septiembre de 2011, frente a la ausencia de normativa específica referida a la liquidación de los fideicomisos, el procedimiento tramitó bajo el amparo de los arts. 101 y siguientes de la ley de sociedades comerciales. Ante el vacío legal, a los fines de garantizar la protección de los derechos de los acreedores y beneficiarios, se dispuso la aplicación analógica de un proceso de reconocimiento de la condición de tales, en los términos del arts. 32 y siguientes de la ley 24.522 (ver fs. 322/328).

b. Los liquidadores aceptaron los cargos conferidos a fs. 328 y 328 vta. En la presentación de fs. 344/360 acreditaron la trabada la inhibición general de bienes del fideicomiso así como la realización de la diligencia de constatación en el domicilio de la calle Chile 2286/2294/2296. Con el escrito de fs. 367/399 acreditaron la publicación de edictos dispuesta en la resolución liquidatoria y solicitaron se decretara la subasta de los inmuebles de propiedad del fideicomiso sitios en Pichincha sin número esquina Chile 2294/2296 y Chile 2286 de estaciudad, lo que fue proveído de conformidad a fs. 401/403. A fs. 456/479 presentaron el dictamen sobre los acreedores que se insinuaron en sus oficinas para obtener el reconocimiento judicial de su calidad de tales, lo que motivó el dictado de la resolución de fs. 489/501. Con fecha 28 de agosto de 2012 se procedió a la venta de los inmuebles detallados en el auto de subasta, aprobándose el acto mediante resolución del 12 de septiembre de 2012, obteniéndose la suma de U\$S 500.000 como precio de adjudicación de los bienes (ver fs. 589/606 y fs. 634).

c. Pues bien, conforme surge de las constancias de autos y de la reseña efectuada en este decisorio, la liquidación del fideicomiso fue dispuesta con arreglo a las disposiciones de la ley de sociedades comerciales. Tiénesse en cuenta en este orden de ideas que, en definitiva, la labor efectuada por los liquidadores judiciales se asemejó a la de un administrador en la etapa final de la vida del fideicomiso, así como que la ley de sociedades comerciales pone en cabeza de los administradores -en principio- la tarea de liquidar el ente (art. 102) y confiriéndoles la representación del mismo (art. 105). -Ello así, corresponde regular los honorarios profesionales de los liquidadores con sujeción a las pautas del art. 15 de la ley 21.839 en lo que respecta al Dr. Fernando Strusberg dada su condición de abogado y a las del decreto ley 16.638/57 en lo que atañe al Dr. Juan Marcelo Villoldo, en razón de su calidad de contador público. Cabe destacar la actuación diligente y efectiva

quellvaron a cabo los liquidadores en cumplimiento de la función que les fue encomendada, quienes en poco más de un año coadyuvaron a que prácticamente se llegue a la conclusión de la presente liquidación. Por tales razones, la normativa citada, teniendo en cuenta el mérito de la labor desarrollada, la trascendencia jurídica y económica del trabajo, la responsabilidad comprometida; ponderándose la totalidad de las citadas pautas de manera integral, así como la localización y extensión de las tareas desempeñadas, tomando en cuenta particularmente el valor del activo liquidado así como la duración de la liquidación, se regulan los honorarios de los liquidadores, Dr. Fernando Strusberg en la suma de ... pesos ... y los del contador Juan Marcelo Villoldo, en la suma de ... pesos ... (conf. arts. 6, 7 y 15 ley 21.839 modificado por ley 24.432 y art. 12 decreto ley 16.638/57). Déjase constancia que el monto del salario regulado no incluye la alícuota del I.V.A., impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas, conforme la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los autos Cía. General de Combustible S.A. s/Recurso de apelación del 16-6-93. La adición corresponderá previa acreditación por parte del beneficiario de su condición de responsable frente a ese tributo (R.G.DGI 3316/91). Notifíquese por cédula por Secretaría a los liquidadores.

FEDERICO A. GÜERRI JUEZ

Buenos Aires, 18 de febrero de 2013. Agréguese la constancia acompañada. Téngase presente la cesión denunciada. En atención a lo manifestado en el escrito a despacho, déjese sin efecto la transferencia ordenada a fs. 715 punto d) y 727 punto I.- (oficios prenumerados corriente a fs. 721 -N°0099038 F1232579- y a fs. 739-N°0099044 F1300568-). En consecuencia, líbrese oficio prenumerado por Secretaría afin de que el Banco de la Ciudad Argentina, proceda a transferir de la cuenta de autos L°911 F°646/0 a las cuentas que se detallan a continuación: a) Se abone al Dr. Fernando Strusberg C.U.I.T. ... la suma de u\$s, imputado de la siguiente manera: u\$s- en concepto de honorarios y u\$s- en concepto de capital, a la caja de ahorro en dólares abierta en el Banco b) Se abone a María Inés Strusberg C.U.I.T. ... la suma de u\$s- en concepto de honorarios, a la caja de ahorro en dólares abierta en el Banco

FEDERICO A. GÜERRI

8. BREVE OPINION- CONVERSION DE LOS FONDOS A DOLARES:

La LCQ en su Art. 159 exige: "... el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, **atendiendo a la debida protección del crédito**, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general."

La quiebra busca la reparación del daño causado por la insolvencia minimizando las pérdidas en protección a los derechos de dichos acreedores que se vieron postergados por el proceso.

La indexación está prohibida en nuestro país desde 1991, cuando la ley 23.928 prohibió la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas. Esto se dispuso como una medida anti-inflacionaria. Pero el gobierno reconoce la situación real del país permitiendo la indexación en la nueva Ley de alquileres 27551, que permite la actualización anual del precio de todos los contratos (independientemente de su valor), sobre la base de una fórmula de indexación mixta que combina en partes iguales la evolución de la inflación (IPC) y de los salarios (RIPTE).

La Ley 21488 preveía la indexación en los procesos de quiebra.

“En la actualidad, ante un escenario inflacionario sostenido durante los elongados plazos de la quiebra, el mantenimiento de la prohibición de la actualización de las deudas, importaría una disociación de la realidad económica y el patrimonio del acreedor no sólo está disminuido por la quita propia de la insuficiencia del activo, o la suspensión de los intereses desde el decreto de quiebra, sino que experimenta un daño adicional que está dado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por una multiplicidad de causas, entre ellas, las políticas económicas y el tiempo insumido en el pago del crédito.” Por Gabriela Fernanda Boquin

https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/V2/doctrina2.asp?id=13177&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=03/07/2020&indice=doctrina&suple=Empresarial

Debe recordarse que **el proceso concursal no está instituido en exclusivo beneficio** del deudor, sino **también de los acreedores** y del comercio en general, y todos esos intereses reciben amparo legal, porque también resultan afectados con el procedimiento (CNCom, en pleno –obiter in re- “Vila, José M.”, del 3-2-65; cfr. Argeri, Saúl, “La quiebra...”, ed. Platense, 1972, -t. 1, p. 189 y ss.).

Por lo tanto es necesario también la protección de los derechos del acreedor a obtener el mayor monto posible que atenue el daño provocado por no poder cobrar en un lazo razonable, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y la inflación.

La ley concursal debe buscar el bien común impidiendo agravar la situación del país y evitando que esos acreedores caigan en una futura insolvencia y permitir que sigan manteniendo una actividad económica productiva.

Para lograr esto, una posibilidad que se vislumbra de los fallos analizados no sería la indexación, pero si, mantener los activos falenciales en dólares y luego distribuirlos en esta moneda.

9. OTRAS SITUACIONES A CONTEMPLAR: DÓLAR VS LCQ

Muchas veces se intento desdolarizar el país pero para lograrlo debería fortalecerse nuestra moneda y lograr una estabilidad económica que hoy no existe y que se vio agravada por la pandemia. Incluso, algunos doctrinarios opinan que no debería revalorizarse los pasivos de todas las operaciones, pero por aplicación de la teoría de la imprevisión y el principio de buena fe, todos los contratos deberían ser renegociados. Por otro lado, el art. 765 CCCN es una norma de carácter supletorio, no es una norma imperativa ni mucho menos de orden público, por lo que no existen inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie de moneda designada (arts. 766 y 958). Dado el holgado plazo que podría transcurrir entre la liquidación de la deuda y el pago, se considera que “debería subsistir la obligación de valor que mantiene la estabilidad del crédito a través del tiempo cualquiera fuera la contingencia económica.” (<http://universojus.com/ccn-comentado-infojus/interpretacion-art-772>)

Entonces, dado un contrato en dólares, porque el acreedor preveía la futura crisis del país, por ejemplo un mutuo que se concedió teniendo en cuenta el patrimonio de la sociedad en el momento del otorgamiento, en la quiebra, al momento de verificar su crédito la deuda es convertida a pesos.

Se sabe que en las quiebras no existen los plazos razonables. Si los bienes del deudor fueran hayados y liquidados en pesos, en distintos momentos, durante 5 años, y por diferentes planteos dentro del expediente el proyecto de distribución llevara 3 años más, el producido de dichos bienes en moneda de quiebra, aún siendo depositados a plazo fijo a

una bajísima tasa de interés, no compensaría la pérdida del valor de la moneda, la inflación, provocando a dichos acreedores un daño aún mayor pese a ser precavido.

Ahora bien, cumpliendo con la Ley, pesificando los créditos en moneda extranjera, pero convirtiendo el producido de los bienes en dólares colocándolos a plazo fijo, y llegado el proyecto de distribución se convertirían la totalidad de los créditos en dólares cumpliendo con la regla de la par *conditio creditorum*, todos los acreedores se beneficiarían compensando en parte el daño causado por la falencia.

La idea sería frenar el efecto cascada que esta situación generaría en la sociedad.

Doctrina:

“La realidad económica ha impuesto que en nuestro país se piense, hable, calcule y pacte en moneda fuerte (dólar); y como consecuencia de ello, se prevean en los contratos de ejecución continuada o diferida, cláusulas de pago en moneda extranjera como factor de estabilización de las prestaciones dinerarias futuras. ...

Como se señaló, en un país signado por las nocivas secuelas de la inflación, la incorporación de cláusulas de pago en moneda extranjera pasó a constituir una modalidad contractual corriente a la que los operadores acuden, en general, como mecanismos de ajuste de las prestaciones dinerarias objeto de los contratos...

Por eso pensamos que la solución puede encontrarse en el artículo 772 CCYC al prever que para la cuantificación de las deudas de valor el monto de las mismas deba referirse al valor real que corresponda tomar a la fecha de su evaluación, pudiendo ser expresada en moneda sin curso legal habitualmente utilizada en el tráfico.

Insistimos con la idea que solo mediante la interpretación de que se trata de deudas de valor las obligaciones pactadas en moneda que no sea de curso legal en el país, se podrán estipular prestaciones en esas especies como una opción válida y legal que permita a las partes intervinientes en el acto jurídico que les de origen resguardarse de algún modo de la pérdida de valor de la moneda local, toda vez que deberá el deudor cumplir con lo comprometido mediante la entrega de la especie designada (Art. 766), o bien su equivalente en dinero (Art. 765), pero en este caso la conversión deberá ser realizada a la fecha de cumplimiento de la obligación (Art. 772)....

Con la intención anunciada se puede sostener que: III.1.a.- No existe prohibición para la contratación en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación....

III.1.e.- Es posible la estipulación de una cláusula de pago mediante la entrega de bonos o acciones que coticen en moneda extranjera. Podría darse el caso que, **ante restricciones cambiarias que impidan la cancelación de la prestación debida por el deudor de moneda extranjera (generalmente divisa norteamericana), las partes prevean que la misma se haga efectiva mediante la entrega de bonos externos, acciones o papeles de deuda en mercados extranjeros o internos que permitan su liquidación en dólares billetes y posibilite el pago en esa moneda al acreedor.** En estos casos, las partes deberían dejar claramente convenido que se trata de una opción subsidiaria convenida para asegurar el cumplimiento efectivo en moneda extranjera, aun cuando tal mecánica importe un incremento en la adquisición de la moneda comprometida que podría aumentar sensiblemente el monto de la prestación originaria. Si esto se estipulara expresamente en el contrato, se descartaría la aplicación de la teoría de la imprevisión reglada por el artículo 1091 del nuevo estatuto civil y comercial y la parte que se obligó debería cancelar su obligación en la forma convenida, aunque se configure una onerosidad sobreviniente. Ello, porque si las partes expresaron su intención

en tal sentido dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y de los principios de información, integridad y buena fe, no sería lícito invocar luego dificultades administrativas o mayores costos para tratar de sortear la estipulación contractual asumida con pleno discernimiento y libertad, en un país en el que situaciones como las descriptas no constituyen casos excepcionales y extraordinarios o ajenos al riesgo propio a los que nos tiene acostumbrado nuestra frágil economía nacional.

No obstante ello, dejamos a salvo que si como consecuencia de una medida extrema del Estado se produjere una devaluación tan significativa del peso nacional que tornara excesivamente onerosa la obligación pactada por las partes, estas podrían pedir, o bien la resolución total o parcial del contrato, o bien su adecuación conforme a lo prescripto por la citada norma legal (Art. 1091 CCYC)...

V. Las deudas en moneda extranjera frente al concurso y quiebra del deudor.

Revisada la regulación dispuesta en el Código Civil y Comercial respecto a las prestaciones acordadas en moneda que no sean de curso legal en la República Argentina, corresponde analizar ahora su aplicación en los concursos preventivos y las quiebras.

Es por todos conocido que el proceso concursal en cualquiera de sus especies -preventivo o falencial-, cristaliza la masa pasiva del patrimonio del deudor obligando a todos los acreedores por causa o título anterior a insinuar sus acreencias mediante el singular trámite de verificación de créditos estatuido por la ley, dentro de las que quedan naturalmente incluidas las obligaciones en moneda extranjera.

La Ley Concursal 24.522 establece como deben hacerse valer estas pretensiones crediticias regulando una mecánica para los concursos preventivos y otra diferente para las quiebras.

En el segundo párrafo del artículo 19 se prescribe que: "Las deudas en moneda extranjera se calculan en curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto por el art. 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías."

..., para la legislación concursal las deudas en moneda extranjera no son deudas dinerarias y deben ser incluidas como obligaciones de dar cantidades de cosas ciertas o inciertas que no sean dinero. Esta clasificación haría plenamente compatible el nuevo Código con el régimen concursal en vigor, al no existir colisión normativa ni conceptual en el tratamiento que ambos ordenamientos le han asignado a las obligaciones de entregar moneda que no sea de curso legal en la Nación.

Es decir que, en consonancia con el sistema adoptado por el nuevo régimen legal privado argentino, la Ley Concursal manda a convertir a moneda de curso legal todas las deudas en moneda extranjera, fijando como fecha para su cuantificación la de la presentación del informe individual del síndico que, según términos de esa propia ley, debe hacerse como máximo treinta días hábiles posteriores a la fecha fijada por el juez para la presentación de los pedidos de verificación de créditos al síndico.

Se advertirá que, de acuerdo a esta disposición concursal, no resulta relevante, a los fines de la conversión de la deuda, ni el momento del vencimiento de la obligación ni el momento de su efectivo pago sino la fecha de presentación del informe individual del síndico tal como lo dispone el referido texto legal.

Esta aparente **ausencia de razonabilidad temporal** del cálculo de valor tiene su fundamento en la propia mecánica establecida por la Ley Concursal para la determinación del cómputo de las conformidades a la propuesta del deudor, que deberá observar tanto una proporción del pasivo verificado y declarado admisible como un porcentaje de la cantidad de acreedores aceptados, en un juego de doble mayoría que corresponde evaluar al juez para dictar la homologación del acuerdo preventivo.

Es el mismo estatuto concursal el que establece que dicha conversión a moneda de curso legal será "...al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías..." (Art. 19) adoptando un criterio distinto al régimen de la quiebra en la que esta clase de acreedores concurren por un valor en moneda de curso legal calculado con carácter definitivo a la fecha de la declaración de la falencia o del vencimiento de la obligación, si fuere anterior, a opción del acreedor conforme lo prescribe el artículo 127 de ese cuerpo legal.

Esto lleva a afirmar que en el concurso preventivo la conversión es meramente provisoria y se realiza a los fines del cálculo del pasivo y de las mayorías que habrá que tenerse en cuenta para la determinación de la existencia del acuerdo concursal. En cambio en la quiebra, la transformación monetaria se producirá a la fecha de la resolución que la declare o del vencimiento del plazo obligacional si este fuere anterior y así lo pretendiese el acreedor. Establecido entonces el procedimiento regulado por la ley para el tratamiento de deuda en moneda externa frente a un concurso preventivo o una quiebra, una cuestión de decisiva importancia en esta materia es la determinación del valor de cobro, ya que el problema de mayor interés que presentan esta clase de acreencias no es su conversión transitoria para la determinación de las mayorías ni del cómputo del pasivo, sino su cuantificación al momento del efectivo pago.

Bajo esta óptica, se presentaron dos escenarios diferentes conforme a que la plataforma fáctica hubiese tenido lugar con anterioridad o luego de que comenzara a regir la Ley 23.928, toda vez que antes de entrar en vigor la convertibilidad existía amplio consenso de que las deudas expresadas en moneda extranjera podían ser convertidas (por segunda vez) al momento del pago de la cuota concordataria o de la efectivización del dividendo falencial, en su caso, respetándose en los procedimientos preventivos las quitas y esperas que hubiera contenido la propuesta aprobada por los acreedores.

Otro sector de la doctrina sostenía que en los concursos sólo podían percibirse en moneda extranjera aquellos créditos emergentes de obligaciones que auténtica y realmente hubiesen sido constituidas en moneda extranjera. Se precisaba que eran los créditos en los que la causa fuente de la obligación reconocía una relación económico-jurídica que justificaba el empleo de moneda externa como contraprestación. Como pedagógico ejemplo se aludía a créditos financieros de fuente externa, o con fuente en depósito de divisas, la importación de mercaderías u otros bienes o contratos internacionales en general, pero esas posiciones fueron todas mantenidas mientras se encontraba vigente la mentada Ley de Convertibilidad. Es innegable que el tema dejó de atraer la atención de la doctrina durante la vigencia de la convertibilidad, ya que, existiendo paridad cambiara equivalente entre el peso y el dólar durante más de diez años, la cuestión de la conversión o su fecha dejó de ser un tema de interés. Resultaban estériles los esfuerzos intelectuales destinados a elucidar si era más justo y conveniente que la transformación en moneda de curso legal de las acreencias instrumentadas en divisas foráneas se produjera a la fecha de la presentación del informe individual del síndico, al momento del pago de la cuota concordataria o de la liquidación del dividendo falencial que le correspondiere percibir a esta clase de acreedores.

Pero con anterioridad a la vigencia de la Ley de Convertibilidad, mientras por una parte el Código Civil clasificaba a esta clase de deuda como obligaciones de dar cantidades de cosas y por otra parte la Ley de Concursos las mandaba a cuantificar en moneda de curso legal, la fecha de esa cuantificación resultaba de máxima relevancia por el diferente valor que podía adquirir la moneda extranjera pactada, según fuera practicada en las diferentes etapas procesales enunciadas.

Estas dificultades llevaron a que algún sector de la doctrina entendiese que, a los efectos de

garantizar adecuadamente la aplicación del principio de la *pars conditio creditorum*, las deudas en moneda extranjera debían convertirse a moneda de curso legal a la fecha de la presentación en concurso, a todos los efectos del procedimiento.

Incluso, aún con posterioridad a que comenzara a regir la Ley 23.928, se predicó que en los supuestos de quiebra la conversión era definitiva a moneda de curso legal como reflejo del principio de la igualdad en el trato de los acreedores a fin de evitar que aquellos que pactaron en otra moneda puedan beneficiarse o perjudicarse según las fluctuaciones del mercado de cambios, poniéndose de relieve que la ley de quiebras es el instrumento que tiene el estado para tutelar y defender el crédito no de los incumplimientos, sino contra la insolvencia.

Algunos sostuvieron que existía una notable diferencia entre los acreedores de otras prestaciones no dinerarias que siendo convertidas a dinero legal a la fecha de la presentación del concurso, de su vencimiento si fuere anterior o de la declaración de la quiebra según el caso, solo podrán cobrarlas en dinero como consecuencia de la novación objetiva impuesta por imperio de la ley. En cambio, las deudas en moneda extranjera podrán ser cobradas por el acreedor en los términos concursales acordados pero en la moneda originariamente pactada o bien a su valor de cambio a la fecha del pago.

Esta reflexión, válida por cierto mientras el sistema legal argentino contemplaba a las obligaciones en divisas externas como de dar dinero como consecuencia de la modificación introducida en 1991 al artículo 617 del Código Civil y ratificada luego por la ley 25.561 de 2002, entra en crisis ahora frente a la norma del artículo 765 del CCYC que las considera como obligaciones de dar cantidades de cosas, impidiendo por vía de su definición legal que los jueces puedan interpretarlas como de otra naturaleza. Siendo ello así, cabría preguntarse qué régimen les resultará aplicable a partir de la vigencia del flamante compendio legal, visualizándose algunas interesantes situaciones de aparente conflicto normativo, que señalamos a continuación.

a.- Siendo que el nuevo Código Civil y Comercial define a las obligaciones de moneda extranjera como de dar cantidades de cosas -entiéndase de género por desaparición de aquella categoría-, vedando al intérprete la posibilidad de considerarlas como obligaciones dinerarias y habida cuenta que la Ley de Concursos y Quiebras contiene una expresa regulación para las deudas no dinerarias que manda a convertir al momento de la presentación o su vencimiento anterior, podría afirmarse que a partir del 1ro de Agosto de 2015 las deudas en moneda extranjera deberían recibir el tratamiento previsto por el ordenamiento concursal respecto a las deudas no dinerarias.

El efecto que esto produciría sería que las deudas pactadas en otras monedas que no sean de curso legal se deberían convertir a la fecha prevista por la ley para las obligaciones no dinerarias, produciéndose su novación legal y que sean canceladas en pesos argentinos cristalizados a la fecha de la presentación en concurso o del vencimiento de la obligación si este fuere anterior.

b.- Dada la previsión contenida en el artículo 55 de la Ley de Concursos y Quiebras que confiere efecto novatorio al acuerdo preventivo homologado respecto de todas las obligaciones por causa o título anterior a la presentación, bien podría pensarse que las obligaciones originariamente pactadas en moneda extranjera quedarían transformadas, por imperio del concordato, en obligaciones dinerarias a pagar en moneda local.

Esta conclusión no resulta fácil de contradecir a luz de la expresa previsión legal y el tema no ha sido suficientemente tratado por la doctrina. No obstante, consideramos que esta clase de obligaciones bien podrían constituir una categoría especial dentro de la propuesta

de acuerdo preventivo, lo que les permitiría conservar su calidad de divisa externa aún luego de la homologación. En estos casos, el deudor sólo podría desobligarse pagando el dividendo concursal en la moneda pactada por derivar esta obligación de la propuesta concordataria.

Pero el conflicto se presentaría si el deudor omitiese en su propuesta dar tratamiento a las obligaciones en moneda extranjera, considerando a estas como pesificadas a la fecha de presentación del informe individual e incluidas en la misma categoría que a las obligaciones dinerarias y las no dinerarias convertidas en moneda de curso legal.

Resulta notorio que esto beneficiaría desproporcionadamente al deudor mediante la licuación de esta clase de pasivos, generándose una clara desigualdad frente a otros acreedores. Creemos que en estos casos sí se violaría el principio de tratamiento igualitario de la planta de acreedores, desde que se tendría como si fuesen de igual naturaleza a los créditos pactados en pesos y los de otra clase de moneda, cuando evidentemente no pueden ser equiparados. El problema se presentaría también en el caso de quiebra devenida como consecuencia de incumplimiento del acuerdo preventivo homologado, ya que, en estos casos, en la falencia ulterior sólo podrían hacerse valer las prestaciones concordatarias homologadas. Ello implicaría que quién verificó un crédito en moneda extranjera tendría muy diferentes resultados según el tipo de proceso concursal de que se trate y la naturaleza y contenido de la propuesta del deudor.

En efecto, en casos de concursos en los que se incluye en una categoría a los acreedores de moneda extranjera, el concordato homologado no produciría más que el reconocimiento de esa obligación sellándola para el futuro, sea que se paguen en el proceso preventivo o que se declare la quiebra posterior. En cambio, si nada dice el deudor en su propuesta respecto a esta clase de obligaciones o las incluye dentro de las deudas pesificadas, la aprobación del acuerdo en estos términos podría producir la transformación de esos créditos en obligaciones en dinero legal, con un doble efecto perjudicial ya que no solo se percibiría la acreencia en pesos, sino que se cobraría en moneda de quiebra con las demoras y disminuciones propias de los procesos liquidativos.

Frente a esta situación de inequidad, el juez concursal bien podría echar mano al resorte legal reconocido por la jurisprudencia y parte de la doctrina que se ha dado en llamar "la tercera vía" y que consiste en exigir al deudor, como condición para la homologación del acuerdo, la contemplación de una nueva categoría residual que incluya a los acreedores en moneda extranjera previéndose su pago en la divisa comprometida. Se evitaría de este modo que los alcances novatorios previstos por la ley configuren un abuso de derecho que afecte o lesione garantías de jerarquía constitucional.

Aunque esta solución ha sido implementada por la jurisprudencia únicamente ante la existencia de abusos contenidos en las propuesta de acuerdo preventivo, bien podría darse a esta herramienta pretoriana una mayor laxitud y permitir que ante la inequívoca desproporción de las prestaciones producto de la licuación o eventual remisión de la deuda, el juez pueda exigir al deudor la reformulación de su oferta con inclusión de esta clase de acreedores en una nueva categoría concursal que les asegure la percepción del valor real de la acreencia.

Ya en el año 1986 la Cámara Nacional en lo Comercial había considerado un abuso de derecho el aprovechamiento de estas circunstancias para excusarse al pago de una obligación cartular en dólares. En esa oportunidad se resolvió que "Los perjuicios derivados de las restricciones cambiarias son a riesgo del deudor moroso de una obligación en moneda extranjera...La opción del Art. 44 del decr. Ley 5965/63 en el caso de una letra

de cambio en moneda que no tiene curso en el lugar de pago, se otorga al acreedor y no al deudor... El deudor de una letra de cambio en dólares estadounidenses no puede ejercer su facultad de liberarse satisfaciendo lo debido con más el perjuicio moratorio un año después de la fecha en que la deuda se hizo exigible, pues al ejercer su derecho en la ocasión mas perjudicial para el acreedor incurre en un ejercicio antifuncional y abusivo de su derecho.”

c.- Otro análisis permitiría sostener que existiendo una disposición en la ley concursal que contempla la existencia de deudas en moneda extranjera en forma expresa y, sin atribuirles el carácter de dinerarias, **reglamenta su insinuación así como la forma de su percepción por parte del acreedor en el proceso concursal,** esta reglamentación especial tendría supremacía legal respecto del régimen general del nuevo Código y en consecuencia se mantendría inalterado. Creemos que esta última es la interpretación adecuada, ya que el artículo 19 de la Ley 24.522 replica la previsión del artículo 20 de Ley 19.551 dictada en el año 1972 durante la plena vigencia del sistema reglamentado por Vélez Sarsfield en los originarios 617 y 619 del Código Civil, a los que retorna el nuevo ordenamiento luego del cambio introducido por el Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la subsistencia sin cambios del Decreto/Ley 5965/63 que en su artículo 44 contempla el libramiento de una letra de cambio en moneda extranjera previendo su efectivo pago en esa divisa como cláusula de mención facultativa, confirma la posibilidad de que por imperio de previsiones expresas incluidas en leyes especiales, y sin que ello importe un apartamiento de la norma general dispuesta en el artículo 765 CCYC ni considerar a las obligaciones pactadas en moneda extranjera como dinerarias, puedan ser tratadas en la forma en que cada uno de estos regímenes legales haya previsto para su regulación particular.

Además, la presencia del artículo 772 en el Código Civil y Comercial que considera la existencia de las obligaciones de valor aplicando su régimen precisamente a aquellas que no son dinerarias, lleva a la solución propuesta al no existir ahora dudas respecto a que las estipulaciones en moneda extranjera no encubren un factor de corrección del peso, sino el referente de valor que debe guardar el pago al momento de practicarse con la real cuantía de la prestación original.

El principio de respeto a la *pars conditio omnium creditorum* importa el tratamiento igualitario de aquellos que estén en similares condiciones contractuales. Este principio de igualdad también tiene raíz en el precepto constitucional que ordena el tratamiento igualitario de todos los iguales en iguales circunstancias (Art. 16 Constitución Nacional). De esto se desprende que si el acreedor que concedió crédito a su deudor tomó los recaudos de gravar con prenda o hipoteca activos del obligado, es de toda legitimidad que no se lo equipare con los quirografarios a la hora de cobrar, del mismo modo que no podrá asimilarse a los acreedores que acordaron en pesos con aquellos que por previsión, desconfianza, sagacidad o por la naturaleza misma del negocio, convinieron que el pago se haga en divisa externa. Se evitará el perjuicio al acreedor que de otra forma vería cristalizado el monto nominal de su crédito a la fecha del informe del síndico y percibiría una cantidad nominal igual a la comprometida pero licuada y reducida en su poder adquisitivo. Coincidiendo con esta posición, se ha destacado que en los concursos la ley no manda a una conversión forzosa y definitiva a moneda local, sino por el contrario, resulta legalmente admisible que en el acuerdo preventivo se pacte el pago de estas deudas en la moneda de origen, lo que nomafectaría la paridad de trato, agregándose que si nada previera en la propuesta al respecto, las deudas en moneda extranjera deben ser satisfechas en la especie de moneda originaria.

Por eso sostenemos que ante la presencia en el nuevo Código del artículo 772 que autoriza a que las deudas que consistan en cierto valor, el monto del mismo debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Esta norma da la posibilidad de ser expresada en moneda sin curso legal que sea utilizada normalmente en el tráfico, señalando que una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esa sección (Obligaciones de dar).”

<file:///C:/Users/Adriana/Downloads/10946-Texto%20del%20art%C3%ADculo-28745-1-10-20150416.pdf>

EL PRINCIPIO DE BUENA FE. Enviado el 15/11/2018

“...La buena fe es un modelo o arquetipo de conducta social, hay una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico.

...Por conducta de buena fe, entiende la doctrina términos como, honestidad, lealtad, honradez, integridad, fidelidad, rectitud, veracidad, comportamiento leal, cooperación, información, asesoramiento.

...El juez del siglo XXI debe buscar por todos los medios posibles el resultado social esperado. La más eminente misión del juez no es aplicar la ley, sino hacer justicia. ...

Nuestra Corte Suprema en el caso «Santa Coloma» 5 de agosto de 1986) expresa que “ las sentencias de los jueces no pueden ofender el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna».

...La recepción de esos principios romanos en el derecho vigente ha sido señalada por la doctrina:

Honeste vivere: art. 279 del CCC Objeto del Acto Jurídico: El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

Alterun non laedere: Art. 1717. Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”

Suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo) materializado a través del Poder Judicial, organizado por la Constitución nacional y las constituciones provinciales. Artículo 2º Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que urgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

- El PREAMBULO de la Constitución Nacional expresa: - 1. afianzar la justicia - 2. consolidar la paz interior - 3. proveer a la defensa común - 4. promover el bienestar

...En cuanto al principio de buena fe, la doctrina observa que también éste sirve para atenuar una norma demasiado rígida o para completar o colmar otra.

...Esta función de la buena fe que excede del propio campo del Derecho Civil y que penetra en la Teoría General del Derecho.

...La buena fe objetiva alude al comportamiento negocial honesto, probo, leal y su campo es el negocio jurídico y las relaciones obligacionales que el mismo engendra (Mosset Iturraspe J.; "Justicia contractual", obra citada página 133)

Buena fe en sentido subjetivo concierne a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por tanto es aquella en la que se puede afirmar un especial estado psíquico del sujeto: ignorancia, conocimiento o creencia errónea acerca de una

determinada situación jurídica que hacen que ese sujeto produzca hechos con consecuencias en el derecho. En este sentido, la buena fe comprende un estado de ignorancia en el que se encuentra la persona en el momento en que cumple la acción (Conforme Rezzónico; "Principios ...", obra citada, quien sigue a Von Thur, Breccia, De los Mozos, a quienes cita al pie de página 513.)...

Expresa Vallet de Goytisolo (Prologo obra de Delia Ferreira): Que hoy asistimos a una renovación del espíritu que aspira a corregir los excesos del legalismo positivista. Como reacción a la posición exegética, se aprecia una tendencia a la flexibilización del ordenamiento jurídico. En esta dirección, **la buena fe resulta uno de los elementos aptos para lograr la adecuación del Derecho a la realidad.** A medida que los problemas surgen la inagotable virtud jurígena del principio de la buena fe brinda soluciones nuevas”.

...En cualquier tipo de relación jurídica el principio de buena fe es de orden público, tiene carácter imperativo y las partes no pueden excluirlo o limitarlo (Así hemos visto el artículo 1.7 de los Principios de Unidroit que establece en su inciso (2) que "Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber".) Siendo un principio de orden público el mismo es aplicable de oficio por los jueces ampliándose las facultades judiciales.

... “Cuando la mora llega a desnaturalizar la misma esencia del contrato, convirtiéndolo de oneroso en prácticamente gratuito, es indudable que su invocación es contraria a los principios elementales de la buena fe, y de la moral y buenas costumbres” (CNCiv. JA 1980-III-307)....

9. El principio del equilibrio prestacional

Nos dice Mosset Iturraspe, que “en los contratos onerosos la buena fe exige que la prestación y la contraprestación guarden un razonable equilibrio. Ahora bien, se autoriza a las partes a contratar en desequilibrio – a pactar un precio vil, no así uno irrisorio, asimilado a un no precio – siempre y cuando ese ajuste desproporcionado no sea la resultancia de un aprovechamiento de una de las partes sobre la otra, de una imposición o de un abuso de sus circunstancias personales. La falta de equilibrio al momento de la celebración configura el elemento objetivo de la lesión – art. 954 CC hoy 332 CCyC - así como el desequilibrio sobreviniente en uno de los presupuestos de la revisión por excesiva onerosidad, art. 1198 , segunda parte CC, hoy art. 1091 CCyC. La buena fe apadrina la lesión, la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente, la condena al ejercicio irregular o anti funcional de los derechos, etc. (“Justicia contractual”, pág. 122 y 144). Coincidiendo una vez más con el querido maestro Mosset Iturraspe (“Interpretación económica de los contratos”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, página 237.), en los contratos onerosos lo que una de las partes da, hace o deja de hacer, debe guardar armonía o proporción con lo que la otra parte, a su vez, da, hace o deja de hacer. La equivalencia de los valores que se intercambian está en la naturaleza de tales contratos; es lo común y ordinario, lo que se halla efectivamente en los carriles exigidos por la naturaleza del hombre en sociedad, aquello que en mayor medida favorece el desenvolvimiento de la personalidad de los hombres en sociedad.

Por el contrario, la desproporción o desequilibrio en las prestaciones es un hecho anormal que se aparta de las coordenadas de la perfección; es injusto y por tanto inadmisibles que una de las partes cambie un mayor valor por uno menor, que pague un precio que es excesivo en la realidad del tráfico, por los bienes que recibe.

Hay coincidencia en doctrina que el contrato, como instrumento de intercambio de bienes y servicios, está sometido al principio de justicia conmutativa; eso implica que cada una de las partes reciba el equivalente de lo que da. Los jueces, antes y ahora se han esforzado por realizar en la medida de lo posible la justicia contractual.

Como ha ocurrido en nuestro país en distintas crisis inflacionarias “**Los jueces administran justicia conforme al ordenamiento jurídico positivo, pero en graves crisis los tribunales deben recurrir a los principios generales**” (Hirschberg, Eliyahu; “El principio nominalista”, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1976, pág. 115.)...

Una balanza simboliza a la justicia conmutativa para representar el equilibrio entre las prestaciones de un contrato bilateral. A través de esa imagen emblemática se ve con claridad que los valores económicos en juego de una relación patrimonial deben guardar equivalencia entre sí. La idea se remonta a la antigüedad y fue desarrollada por los filósofos griegos, cultores de la armonía.

...Como hemos dicho anteriormente la buena fe es una fuente inagotable de deberes jurídicos”. <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3909-principio-buena-fe>

Código Civil y Comercial Nacional

Artículo 1091. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Artículo 9. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Artículo 729. Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado y previsión y según las exigencias de la buenas fe.

Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Artículo 772. Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

Ley 21.488

ACTUALIZACION MONETARIA DE CREDITOS DERIVADOS DE QUIEBRA Y CONCURSO CIVIL. 30-12-76 “...ARTICULO 1.- En los concursos civiles y quiebras, aún abiertos con anterioridad a la sanción de la presente ley, una vez satisfechos los créditos en la forma prevista en la primera parte del artículo Nro. 228 de la ley 19.551, si hubiere remanente, se aplicará al pago de: a. **Las sumas que resulten de calcular la incidencia de la depreciación monetaria sobre los créditos verificados, regulados o reconocidos en juicio** b. Una vez satisfechas las cantidades anteriores, los intereses suspendidos por el concurso, calculados sobre los créditos actualizados.

ARTICULO 2.- **La actualización prevista en el artículo anterior se efectuará según el índice de precios mayoristas no agropecuarios computado sobre el monto de los créditos ... VIDELA”**